

Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay

HACIA LA JUSTICIA PENAL ACUSATORIA EN BRASIL

Jacinto Nelson de
Miranda Coutinho

Leonel González Postigo

Marco Aurélio
Nunes da Silveira

(Dirección)

Leonardo Costa de Paula
(Coordinación)



REFLEXIONES BRASILEÑAS SOBRE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN URUGUAY

Hacia la justicia penal acusatoria en Brasil

Dirección:

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Leonel González Postigo
Marco Aurélio Nunes da Silveira

Coordinación:

Leonardo Costa de Paula

© 2019 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA

Rodo 1950 Providencia

Santiago, Chile

Tel.: 56 2 22742933

www.cejamericas.org

© 2019 Observatório da Mentalidade Inquisitória

Rua Washington Mansur, n. 343 – Bairro Ahú

Curitiba – Paraná – Brasil – CEP 80.540-210

www.observatoriommi.org.br

Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay

Registro Propiedad Intelectual: A-308001

ISBN: 978-956-8491-65-9

Distribución gratuita

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) es un organismo internacional autónomo creado en 1999 por resolución de la Asamblea General de la OEA, dando cumplimiento de ese modo al Plan de Acción de la Segunda Cumbre de las Américas en 1998 y las recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA).

La Misión de CEJA es apoyar a los Estados de la región en sus procesos de reforma a la justicia, para lo cual desarrolla actividades de capacitación, estudios e investigaciones empíricas, entre otras acciones.

<http://cejamericas.org>

Twitter: @CEJAoficial

Facebook: @CEJAoficial

Linkedin: /CEJAoficial

Youtube: /CEJAoficial

Instagram: @cejaoficialok

O Observatório da Mentalidade Inquisitória é um instituto de pesquisa fundado no ano de 2016, por professores de diferentes estados brasileiros, com a missão de fomentar, no meio jurídico nacional, por meio de eventos acadêmicos, grupos de pesquisa, publicações e cursos, o surgimento de consciência crítica em relação à necessidade da refundação acusatória do processo penal.

<http://www.observatoriomi.org.br>

Facebook: @observatoriomi

Youtube: /observatoriomi

Instagram: @observatoriomi

**Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Leonel González Postigo
Marco Aurélio Nunes da Silveira
(Dirección)**

**Leonardo Costa de Paula
(Coordinación)**

REFLEXIONES BRASILEÑAS SOBRE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN URUGUAY

Hacia la justicia penal acusatoria en Brasil



**Santiago - Curitiba
2019**

AUTORES

Alexandre Bizzotto
Ana Cláudia Bastos de Pinho
Andreia de Brito Rodrigues
Antonio Vieira
Aury Lopes Jr.
Bruno Augusto Vigo Milanez
Bruno Cunha Souza
Camilin Marcie de Poli
Diego González Camejo
Édson Luís Baldan
Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro
Fernando Laércio Alves da Silva
Flaviane de Magalhães Barros
Giovani Frazão Della Villa
Guilherme Madeira Dezem
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jéssica Oníria Ferreira de Freitas
José de Assis Santiago Neto
José María Gómez Ferreyra
Leonardo Augusto Marinho Marques
Leonardo Avelar Guimarães

Leonardo Costa de Paula
Leonardo Marcondes Machado
Leonardo Marques Vilela
Leonel González Postigo
Luís Eduardo Lopes Serpa Colavolpe
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho
Luiz Fernando de Vicente Stoinski
Luiz Fernando Pereira Neto
Marcio Guedes Berti
Márcio Soares Berclaz
Marco Aurélio Nunes da Silveira
Marco Fandiño
Priscilla Kavalli
Rodrigo Faucz Pereira e Silva
Rodrigo Fernandes da Silva
Rômulo de Andrade Moreira
Santiago Pereira Campos
Thiago Miranda Minagé
Tiago Dias de Meira
Vinícius Diniz Monteiro de Barros

PRESENTACIÓN

La construcción de una justicia penal adversarial requiere de un conjunto de esfuerzos enfocados en promover cambios en el plano normativo, la organización y funcionamiento de las instituciones y el modo de capacitar y enseñar el derecho procesal. Sin embargo, en todos estos ámbitos subyace una necesidad común: producir un cambio cultural en la manera de comprender el proceso penal. Para contribuir a este objetivo, un ejercicio muy efectivo, y afortunadamente instalado en nuestros países, ha sido estudiar y socializar prácticas, discusiones y problemas del derecho comparado.

Me complace enormemente presentar el libro “Reflexiones brasileñas sobre la Reforma Procesal Penal en Uruguay”, organizado conjuntamente entre CEJA y el Observatorio Mentalidad Inquisitoria, producto de un viaje de estudios realizado por un importante grupo de estudiosos del sistema adversarial que hace ya muchos años se ha dedicado a problematizar acerca de su posible (y necesaria) implementación en Brasil tras casi ocho décadas de un modelo inquisitivo morigerado.

En los últimos años, en Brasil se ha retomado y solidificado un histórico movimiento de reforma procesal penal que promueve la ineludible transformación de su sistema de enjuiciamiento. Hablamos de un movimiento sólido y fortalecido pues en los años recientes se ha ampliado considerablemente el número de profesores, jueces, promotores, policías y defensores que plantean la necesidad y urgencia del cambio. Si bien aún hay un largo camino por delante, lo cierto es que este grupo de personas (muchos de ellos autores y autoras de artículos del libro que presento) ya constituyen lo que podemos denominar la

escuela adversarial del proceso penal brasileiro, que se ha autonomizado y comenzado a dar debates muy serios y específicos en torno a la manera en que debiese construirse un modelo de justicia penal adversarial en Brasil.

Este libro, además, representa una imprescindible reivindicación de las relaciones históricas que se dieron en la escuela rioplatense de derecho procesal entre profesores del Brasil y Uruguay a fines de la década del 70 y durante toda la década del 80, en cuyo contexto se redactaron importantes textos normativos como el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que sirvió como base teórica y política para iniciar procesos de reforma en varios países de nuestra América Latina.

Esos esfuerzos, que no fueron en vano, nos permiten reconocer una línea histórica en relación a los inacabados intentos por modernizar y racionalizar el enjuiciamiento criminal. Las voluntades del presente no son ni una moda ni una tendencia. Son la continuación de una escuela histórica que no ha claudicado ni siquiera en la peor de las adversidades. Ahora bien, de igual forma debo resaltar que el nuevo movimiento de reforma brasileiro no debe olvidar una de las premisas básicas que ha permitido mantener estos programas durante tanto tiempo: ningún proyecto de cambio se sostiene sobre la base de meros tecnicismos o debates intelectuales. Por el contrario, la construcción de un programa de reforma requiere considerar sus elementos políticos y organizar una estrategia en base a ellos. Esta lección, que desde el derecho procesal nos enseñan Maier y Vélez Mariconde, ha sido fundamental para evitar que la reforma a la justicia penal sea solo un debate académico.

Esperamos que las ideas y debates contenidos en este libro inunden los claustros universitarios y los espacios institucionales en donde se disputa cotidianamente el duelo de prácticas entre el histórico paradigma inquisitorial y el modelo constitucional de enjuiciamiento penal.

Leonel González Postigo
Director de Capacitación, CEJA

CONTENIDO

CAPÍTULO I - PANORAMA DEL NUEVO PROCESO PENAL URUGUAYO

El nuevo sistema de justicia penal de Uruguay: roles de los sujetos y principales estructuras 21
Santiago Pereira Campos

CAPÍTULO II - PRINCIPIOS GENERALES

A oralidade no novo processo penal acusatório brasileiro: o ensinamento uruguaio 101
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

O que temos que aprender com o uruguaio 111
Rômulo de Andrade Moreira

CAPÍTULO III - SUJETOS PROCESALES

O papel dos sujeitos processuais penais no sistema jurídico uruguaio 121
Camilin Marcie de Poli

O papel do Ministério Público e a obrigatoriedade no processo penal uruguaio 129
Bruno Cunha Souza

O juiz de garantias e o perigo de sua transfiguração em face dos anseios “acuatórios”: impressões à praxe judicial do Uruguai com olhos para o Brasil.....137

Alexandre Bizzotto
Andreia de Brito Rodrigues

Juiz de garantias: a mudança da cultura inquisitorial a partir do pragmatismo legal143

Tiago Dias de Meira

O processo penal e o juiz de garantias151

Marcio Guedes Berti

CAPÍTULO IV - VÍCTIMA Y PROCESO PENAL

La relocalización de la víctima como parte del conflicto en el proceso penal uruguayo: la aspiración hacia una genuina justicia restaurativa como valor vinculado al concepto de pacificación humana.....163

José María Gómez Ferreyra

A participação da vítima no processo penal acusatório195

Flaviane de Magalhães Barros

O lugar da vítima como sujeito no processo penal.....205

Leonardo Marques Vilela

A justiça restaurativa no novo Código de Processo Penal uruguaio: o papel da vítima entre o ranço inquisitorial e a tentativa do sistema acusatório211

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro

CAPÍTULO V - INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

A investigação preliminar no Uruguai vista por um brasileiro ..223

Aury Lopes Jr.

Projetando estruturas e funções de polícia num modelo acusatório de processo penal 239

Édson Luís Baldan

A investigação no novo Código de Processo Penal uruguaio..... 247

Leonardo Augusto Marinho Marques

Sistema uruguaio de investigação preliminar: uma breve exposição legal..... 257

Leonardo Marcondes Machado

O princípio da isonomia na fase de investigação na reforma uruguaia..... 265

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Indagatoria preliminar: apontamentos sobre o modelo uruguaio de investigação preliminar 273

Luiz Fernando de Vicente Stoinski

A fase investigativa do procedimento penal reformado no Uruguai: algumas comparações críticas com o sistema brasileiro 281

Vinícius Diniz Monteiro de Barros

CAPÍTULO VI - PROCESO ABREVIADO Y VÍAS ALTERNATIVAS

Quem nos salvará da bondade dos bons? O problema da instituição dos acordos pré-processuais sobre a pena fora das balizas da adversariedade e do marco da justiça restaurativa... 291

Fernando Laércio Alves da Silva

Considerações sobre a justiça penal consensual na comparação das estruturas do processo penal do Uruguai e do Brasil..... 301

Giovani Frazão Della Villa

Breves considerações sobre o *proceso abreviado* e sua utilização no primeiro ano do novo Código de Processo Penal uruguaio 307

Jéssica Oníria Ferreira de Freitas

A proposta de adoção de soluções negociadas no processo penal: uma comparação entre o modelo do Uruguai e a proposta para sua adoção no Brasil.....315

José de Assis Santiago Neto

Justiça penal negociada, celeridade e seletividade321

Rodrigo Faucz Pereira e Silva

Priscilla Kavalli

CAPÍTULO VII - ACUSACIÓN Y ETAPA INTERMEDIA

El plazo para acusar en el Código Procesal Penal uruguayo333

Diego González Camejo

A barganha judicial e a importância da etapa intermediária: lições para a reforma brasileira343

Marco Aurélio Nunes da Silveira

CAPÍTULO VIII - PRUEBA PENAL

Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: o que aprender com a reforma do Código Processual Penal uruguaio.....355

Antonio Vieira

Diligencias para mejor proveer: uma (indesejável) semente inquisitória no Código de Processo Penal uruguaio369

Luís Eduardo Lopes Serpa Colavolpe

CAPÍTULO IX - NULIDADES

As nulidades no sistema uruguaio377

Guilherme Madeira Dezem

O novo processo penal uruguaio: nulidades e novas fases de investigação criminal e de controle sobre a acusação penal.....385

Leonardo Avelar Guimarães

O decepcionante e insuficiente regime normativo das nulidades no novo Código de Processo Penal do Uruguai..... 399

Márcio Soares Berclaz

CAPÍTULO X - RECURSOS

O sistema recursal e controle de detenção no processo penal uruguaio e a ausência de controle das audiências de custódia no Brasil 413

Leonardo Costa de Paula

CAPÍTULO XI - PRISIÓN Y LIBERTAD

Estándar de prueba en la audiencia de medidas cautelares de Uruguay 423

Marco Fandiño

Leonel González Postigo

Prisão preventiva e a busca por um “DNA” de intolerabilidade 441

Ana Cláudia Bastos de Pinho

Thiago Miranda Minagé

Medidas cautelares diversas da prisão e o (inexistente) poder geral de cautela em um modelo acusatório: possível interpretação do atual art. 221.1. “l”, do CPP uruguaio..... 457

Bruno Augusto Vigo Milanez

A prisão preventiva no novo processo penal uruguaio: breves anotações críticas 467

Luiz Fernando Pereira Neto

O controle da prisão preventiva no sistema reformado uruguaio: mudanças e limites na passagem ao modelo acusatório 479

Rodrigo Fernandes da Silva

CAPÍTULO I
**PANORAMA DEL NUEVO
PROCESO PENAL URUGUAYO**

EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE URUGUAY: ROLES DE LOS SUJETOS Y PRINCIPALES ESTRUCTURAS

Santiago Pereira Campos¹

1 PROPÓSITO

El presente trabajo persigue una finalidad esencialmente práctica y pedagógica. Pretendemos brindar una guía básica para un primer acercamiento que contribuya a leer y aplicar en clave acusatoria la lógica y sistemática de las principales disposiciones legales del nuevo proceso penal uruguayo.

Aspiramos a que la lectura de las siguientes páginas facilite a los operadores jurídicos y comparatistas el análisis y comprensión de los pilares conceptuales del nuevo sistema procesal penal acusatorio y les permita una más fácil y eficiente aplicación de sus regulaciones en la práctica profesional presente o futura de cada uno de ellos.

Para ello, cabe partir de algunos aspectos esenciales:

- 1) Es clave comprender el rol de cada uno de los sujetos que actúan en el proceso y sus auxiliares, fundamentalmente porque el nuevo Código del Proceso Penal (CPP) introduce cambios esenciales en el modo de actuación de jueces y fiscales (sin perjuicio de reforzar el rol de la defensa) y porque la víctima asume un papel de mucho mayor incidencia. Pero, además, el modo de litigar, desde una perspectiva de litigación

¹ Profesor Titular de Derecho Procesal y Director del Postgrado en Derecho Procesal Aplicado y el LLM con énfasis en Derecho Procesal - Universidad de Montevideo. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Ex Presidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). @SantiagoPCampos / spereira@rap.com.uy

estratégica, impondrá cambios esenciales en las prácticas de todos los operadores del sistema procesal penal.

2) El nuevo sistema acusatorio, oral y público, implica un cambio fundamental en las prácticas de los operadores, que determina la necesidad de aprender nuevas habilidades y destrezas y salir de la zona de confort del sistema derogado. Si en el duelo de prácticas, triunfa el “seguir actuando como en el sistema anterior”, la nueva ley puede convertirse en letra muerta en aspectos fundamentales, lo que sería un fracaso para la reforma. Por ello, es imperioso que, conjuntamente con cursos sobre la nueva regulación jurídica del proceso penal, se desarrollen capacitaciones para adquirir y poner en práctica las habilidades y destrezas de litigación estratégica, el manejo de la teoría del caso y la oralidad argumentativa que debe ser el eje del modo de realizar los debates públicos en el proceso.

3) La reforma del sistema conlleva una nueva conceptualización del objeto del proceso, que deja de ser la averiguación de la verdad material y pasa a ser la solución de un conflicto entre el Estado (representado por la Fiscalía) y el imputado a través de las diferentes vías que el CPP ofrece.

Como se señala en la Instrucción General N° 6 de la Fiscalía General de la Nación, ese cambio se manifiesta en dos aspectos: primero, si bien la acción penal sigue siendo necesaria, se admite expresamente que la misma pueda no ejercerse en los casos establecidos por la ley (excepciones al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal: archivo provisional, principio de oportunidad, mediación extraprocetal); y segundo, porque el nuevo ordenamiento procesal admite distintas vías que se pueden recorrer para resolver el conflicto planteado.

4) Resulta importante entender el principio de inocencia en su real magnitud y aplicación práctica, lo cual tiene impactos en la lógica del sistema. Las medidas cautelares que pueden imponerse al imputado deben presuponer la existencia de alguno de los riesgos que la ley regula, y la prisión preventiva — de regla no obligatoria — es la última medida a aplicar cuando las demás cautelas no sean conducentes o la ley prevea o presuponga los referidos riesgos.

5) Es relevante entender que el proceso ordinario oral y público no es la única vía para resolver el conflicto penal y que — por imposición de la realidad — es necesario tener un sistema “multipuertas” que ofrezca

distintos caminos para poner fin al conflicto. Y aquí aparecen las figuras del proceso abreviado, la mediación, la suspensión condicional del proceso, los acuerdos reparatorios, etc., cuyos principales aspectos habremos de referir. Por ende, si bien el sistema acusatorio tiene como centro neurálgico el juicio oral y público, no podría operar adecuadamente sin ese elenco de otras posibilidades para resolver el conflicto, que debe ser tenido en cuenta por los operadores jurídico a la hora de diseñar y aplicar sus estrategias al caso concreto.

6) La lógica del sistema implica entender el papel y contenido que tiene el juicio oral, al que se llega cuando los demás caminos no resultaron viables o aplicables. Es allí donde se despliegan los contenidos más complejos y las garantías más amplias. Por ello desarrollaremos dicho proceso en sus distintas etapas.

7) Porque suele ser tema de especial preocupación para jueces, fiscales y defensores, haremos una referencia a los medios impugnativos y al sistema de nulidades.

Si en algunos de estos caminos de análisis, este texto inicial le resulta útil al lector, habremos cumplido nuestro objetivo.

2 ROLES DE LOS SUJETOS DEL PROCESO PENAL: EL CAMBIO DE PARADIGMA

2.1 EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y LA CLARA SEPARACIÓN DE ROLES DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES

El nuevo proceso penal acusatorio implica un cambio esencial — si lo comparamos con el derogado sistema procesal penal anterior — en los roles de los sujetos que intervienen, fundamentalmente redefiniendo la actuación de jueces y fiscales, sin perjuicio de las mayores garantías y derechos que se regulan para el imputado y las amplias facultades de la defensa.

A ello se suma el fortalecimiento del rol e intervención de la víctima y de su defensor.

Las tres funciones esenciales se distribuyen con claridad:

- a) El Ministerio Público investiga (con el auxilio de la policía), solicita la formalización, acusa o pide el sobreseimiento.
- b) El Defensor público o privado, realiza la defensa del imputado en todas las etapas del proceso y también en la indagatoria preliminar (administrativa).
- c) El Juez dirige las audiencias y juzga sin aportar prueba², respetando la estrategia y teoría del caso de cada parte.

Desaparece por ende el rol del juez investigando con el auxilio de la policía y a la vez resolviendo el procesamiento y la condena, como ocurría en el sistema derogado, lo cual atentaba contra la esencia de un sistema procesal democrático.

Asimismo, como habremos de analizarlo, se establece que el Juez que intervino en la formalización y determinación de medidas cautelares, no podrá participar de la audiencia de juicio, evitándose la “contaminación” de una decisión con la otra.

La vigencia del principio acusatorio, implica que *“no se podrá iniciar actividades procesales, imponer prisión preventiva o medidas limitativas de la libertad ambulatoria, condenar o imponer medidas de seguridad, si no media petición del Ministerio Público”* (art. 9 inc. 2º).

Por otra parte, se limita el rol del juez en materia probatoria y en cuanto a su actuación en las audiencias, en beneficio del ejercicio por el fiscal y defensor de imputado (y eventualmente defensor de la víctima) de amplias prerrogativas que le permiten diseñar sus respectivas estrategias en el marco de la teoría del caso.

² Este principio fue debilitado por la Ley N° 19.653 de 17/08/2018 que agregó al CPP el art. 271.8 que dispone:

“El tribunal podrá disponer, durante el plazo para dictar sentencia, diligencias para mejor proveer. Las partes podrán solicitar, a modo de contraprueba, diligencias complementarias de las dispuestas por el tribunal, el cual resolverá sin otro trámite y sin perjuicio del recurso de apelación diferida, si se violan las garantías del derecho de defensa.

El tribunal de segunda instancia, si considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el proceso, podrá disponer las medidas complementarias que entienda adecuadas para asegurar el respeto del derecho de defensa en juicio.

Las diligencias para mejor proveer solo pueden tener como objeto hechos alegados y controvertidos por las partes”.

Las pruebas solo se admiten a solicitud del Ministerio Público, la defensa y la víctima. El tribunal no podrá aportar prueba al proceso (salvo el caso de diligencias para mejor proveer³) y, por supuesto, tampoco podrá aportar hechos, limitándose su rol en materia probatoria a decidir la admisión de la prueba ofrecida por fiscal y defensores, pudiendo rechazar los medios probatorios innecesarios, inadmisibles o inconducentes (art. 140.2), así como formular preguntas aclaratorias (art. 158.3), eliminándose la posibilidad de preguntas ampliatorias que preveía la redacción anterior del nuevo CPP.

Al igual que ocurre en el CGP, las resoluciones dictadas por el tribunal sobre producción, denegación y diligenciamiento de la prueba, serán apelables con efecto diferido (140.3.). En mi opinión el efecto diferido de la apelación resulta razonable en el proceso penal para impugnar la prueba mal admitida por el juez, pero no parece la mejor solución para la prueba mal desestimada. Estando en juego la libertad, podría ser preferible el efecto no suspensivo de la apelación para la prueba desestimada, pero la solución legal es clara y no admite dudas.

El art. 144, al regular las llamadas “Reglas probatorias”, ratifica los criterios de aportación señalados (aunque con cierta terminología confusa entre prueba y evidencias). Dispone que la recolección de evidencias probatorias estará a cargo del Ministerio Público, que actuará bajo los principios de objetividad y buena fe; y por su parte el imputado y su defensa podrán recolectar sus propias evidencias probatorias y recurrirán al Ministerio Público solo si fuese necesaria su intervención. El literal c) repite la limitación impuesta al tribunal: *“los jueces no podrán realizar actividad probatoria ni incorporar de oficio evidencia alguna”* (principio que fue luego afectado por la previsión de las diligencias para mejor proveer)⁴.

Asimismo se regula la posibilidad de alcanzar acuerdos probatorios entre fiscal e imputado asistido por su defensor, lo que implicará dejar fuera del objeto de la prueba, ciertos hechos que las partes aceptan: *“las partes podrán acordar tener por admitidos ciertos hechos, en cuyo caso corresponderá al juez en la audiencia de control de*

³ Ver nota anterior.

⁴ Ver notas anteriores.

acusación declararlo como acreditado, dejando debida constancia en el auto de apertura a juicio” (art. 144 lit. d).

El principio acusatorio se manifiesta también en el principio de congruencia (consecuencial del primero), previsto en el art. 120, ya que la sentencia no podrá imponer pena ni medida de seguridad sin previa petición fiscal, ni superar el límite de la pena o medida requerida por el Ministerio Público. No obstante, se prevé la hipótesis de error manifiesto: *“Si por error manifiesto la pena requerida es ilegal, el juez procederá igualmente al dictado de sentencia y si resultare de condena, impondrá la pena dentro de los márgenes legales, poniendo en conocimiento del hecho al jerarca del Ministerio Público. Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, los errores del fiscal serán juzgados en vía administrativa” (art. 120.2).*

Asimismo el art. 121 contiene otra manifestación del principio acusatorio: *“En segunda instancia y en casación, si solo recurrió la parte del imputado no se podrá modificar la sentencia en perjuicio de este” (principio de no reforma en perjuicio).*

2.2 EL TRIBUNAL

Como surge inicialmente de lo ya expuesto, uno de los cambios esenciales introducidos por el nuevo sistema refiere al rol del juez.

Como ya lo señalamos, el juez no puede traer al proceso ni hechos ni pruebas (salvo en el sistema uruguayo diligencias para mejor proveer), quedando éstas en el exclusivo resorte de las partes y, eventualmente de la víctima.

Se busca garantizar la independencia e imparcialidad del juez, no solo por el diseño de la organización del sistema judicial (lo cual también ocurría en el anterior sistema), sino también por el rol y poderes deberes que se le asignan y por las claras limitaciones que se le establecen.

No obstante, el juez mantiene un rol clave en la dirección de las audiencias. Conforme al art. 137, las audiencias serán dirigidas por el tribunal. Este ordenará las lecturas pertinentes, hará las advertencias que correspondan y moderará la discusión, impidiendo derivaciones

inadmisibles, impertinentes o inconducentes, sin coartar por ello el libre ejercicio de la acción penal y el derecho de defensa.

Por su parte, el art. 138 asigna al juez poderes deberes de disciplina y control:

El tribunal deberá adoptar a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias para asegurar el normal y continuo desarrollo de las audiencias, así como la preservación de su decoro y eficacia, estando facultado especialmente para:

- a) ordenar que se retire de sala quien perturbe el desarrollo de la audiencia;
- b) prohibir al público y a la prensa el empleo de medios técnicos de reproducción y filmación, cuando ello perturbe la regularidad del acto.

En relación a la declaración de testigos, el juez podrá rechazar cualquier pregunta que juzgue inconducente, innecesaria, dilatoria, sugestiva, perjudicial o agravante para el testigo, así como dar por terminado el interrogatorio cuando lo considere del caso (art. 158.4). Luego de que las partes interroguen al testigo, el tribunal podrá formular preguntas aclaratorias (no ampliatorias) (art. 158.3).

Se plantea la duda de si el juez puede admitir que las partes formulen preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio. La lectura aislada del art. 158.4 no permitiría su formulación. Sin embargo, en mi opinión, la conclusión podría ser diversa a la luz del art. 271.2 in fine que dispone: *“Los testigos, peritos e imputados declararán bajo las reglas del examen directo y contra examen previstas en el presente Código”*. No parece razonable que pueda realizarse un contraexamen profundo en el marco de la teoría del caso sin la posibilidad de formular preguntas sugestivas, las cuales, por supuesto, no deben vulnerar las garantías del imputado ni los derechos del testigo (las preguntas no deben ser agravantes, por ejemplo). Por ende, analizando las dos normas contextualmente, podemos interpretar que el art. 158.4 se refiere al examen directo y que para el contraexamen pueden admitirse preguntas sugestivas. Es una opinión preliminar, y habrá que esperar desarrollos jurisprudenciales y, fundamentalmente, cómo funcionan en la práctica las audiencias de juicio, para poder tener un panorama más claro al respecto.

2.3 EL MINISTERIO PÚBLICO

Otro de los cambios esenciales del nuevo sistema es la redefinición del rol y poderes-deberes del Ministerio Público.

Ello surge en primer lugar de la existencia de un nuevo servicio descentralizado regulado por la Ley 19.334 que crea la Fiscalía General de la Nación y de la nueva Ley de Organización y Funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación y Estatuto de los Fiscales, N° 19.483.

El Ministerio Público es el titular de la acción penal. Deberá practicar todas las diligencias que sean conducentes al éxito de la investigación (art. 43.1). Cuando tome conocimiento de la existencia de un hecho con apariencia delictiva, promoverá la persecución penal con el auxilio de la autoridad administrativa, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley (art. 43.2.). Para el cumplimiento de su rol, la ley asigna al Ministerio Público poderes deberes fundamentales que surgen del art. 45:

- a) dirigir la investigación de crímenes, delitos y faltas, así como la actuación de la Policía Nacional, de la Prefectura Nacional Naval y de la Policía Aérea Nacional en sus respectivos ámbitos de competencia disponiendo por sí o solicitando al tribunal, según corresponda, las medidas probatorias que considere pertinentes;
- b) disponer la presencia en su despacho de todas aquellas personas que puedan aportar elementos útiles para la investigación, incluyendo el indagado, el denunciante, testigos y peritos;
- c) no iniciar investigación;
- d) proceder al archivo provisional;
- e) aplicar el principio de oportunidad reglado (art. 100);
- f) solicitar medidas cautelares;
- g) solicitar al tribunal la formalización de la investigación,
- h) deducir acusación o solicitar el sobreseimiento;
- i) atender y proteger a víctimas y testigos;
- j) solicitar al Instituto Técnico Forense los antecedentes judiciales del indagado o imputado según corresponda;
- k) solicitar, en forma fundada, a las instituciones del Estado, toda información que sea necesaria en el marco de la investigación que se encuentre realizando y esté disponible en sus registros, siempre que la entrega no implique afectación de garantías o derechos fundamentales de las personas.

Las decisiones del Ministerio Público se dictarán bajo los principios de legalidad y objetividad, con expresión precisa de las disposiciones legales aplicables y su debida correlación con los hechos. En todos los casos estarán debidamente fundadas, especialmente en las hipótesis de los literales c), d), e) y h) precedentes. La ausencia de fundamentación configurará responsabilidad administrativa.

Cuando el Ministerio Público ejerce la acción penal, es parte en el proceso (art. 45.2).

En las diligencias que se practiquen, el Fiscal Letrado actuará directamente o representado por el Fiscal Letrado Adjunto o por un funcionario letrado de la Fiscalía designado por él. En este último caso, bastará con una designación genérica para su efectiva representación.

El nuevo sistema le asigna un rol eventualmente muy activo a la víctima, dándole la oportunidad de participar de las actuaciones. Y en ese marco, los fiscales tienen el deber de informar y proteger a las víctimas, como lo dispone el art. 48.

Durante todo el procedimiento es deber de los fiscales adoptar medidas o solicitarlas en su caso, a fin de proteger a las víctimas de los delitos, facilitar su intervención en el proceso y evitar o disminuir al mínimo cualquier afectación de sus derechos (art. 48.1).

Los fiscales están obligados a realizar entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima (art. 48.2):

- a) entregarle información acerca del curso y del resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debe realizar para ejercerlos;
- b) ordenar por si mismos o solicitar al tribunal en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y de su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o agresiones;
- c) informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de ejercerlo.

Si la víctima designó abogado, el Ministerio Público estará obligado a realizar también a su respecto la actividad señalada en el literal a) precedente.

El Fiscal de Corte reglamentará los procedimientos a seguir por los fiscales para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta norma.

2.4 EL IMPUTADO

En el nuevo texto legal, se utiliza -en general- una única expresión (“imputado”) para referirse a la persona que está siendo investigada desde la indagatoria preliminar hasta que se ponga fin al proceso de conocimiento. Dispone el art. 63:

Se considera imputado a toda persona a quien el Ministerio Público atribuya participación en la comisión de un delito, o que sea indicada como tal ante las autoridades competentes. Dicha calidad jurídica puede atribuírsele desde el inicio de la indagatoria preliminar de un hecho presuntamente delictivo o durante el desarrollo de los procedimientos y hasta que recaiga sentencia o resolución que signifique conclusión de los mismos”.

“El imputado es parte en el proceso con todos los derechos y facultades inherentes a tal calidad, en la forma y con los límites regulados en este Código.

El art. 64 establece el elenco de los principales “*derechos y garantías del imputado*”, desarrollando los que surgen de la Constitución y tratados internacionales y sin perjuicio de éstos (no es un elenco taxativo: “*entre otros*”):

Todo imputado podrá hacer valer hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren la Constitución de la República y las leyes.

Entre otros, tendrá derecho a:

- a) no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes;
- b) designar libremente defensor de su confianza desde la primera actuación del Ministerio Público y hasta la completa ejecución de la sentencia que se dicte. Si no lo tuviera, será asistido por un defensor público en la forma que establece la ley;

- c) que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan y los derechos que le otorgan la Constitución de la República y las leyes;
- d) solicitar del fiscal las diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulan;
- e) solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual deberá concurrir con su abogado con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación;
- f) conocer el contenido de la investigación, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada reservada y solo por el tiempo que dure esa reserva, de acuerdo con las normas que regulen la indagatoria preliminar;
- g) solicitar el sobreseimiento de la causa y recurrir contra la resolución que rechace la petición, en ambos casos mediante intervención de su defensor;
- h) guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad;
- i) negarse a prestar juramento o promesa de decir la verdad;
- j) no ser juzgado en ausencia.

Por su parte, el art. 113 señala:

113.1 Toda persona, a la que un medio masivo de comunicación haya atribuido la calidad de imputada en un proceso penal, tiene derecho a que se publique gratuitamente en nota de similares características, información relativa a su sobreseimiento, absolución o clausura del proceso, cualquiera fuera la razón de la misma.

113.2 Si el medio de información se negare a ello, el interesado podrá acudir al procedimiento establecido en la ley para el ejercicio del derecho de rectificación o de respuesta.

Se establecen otras garantías esenciales del imputado en los arts. 65 a 70.

2.5 EL DEFENSOR

El Defensor mantiene un rol similar al que tenía en el sistema derogado, pero se desarrollan en forma más precisa y certera sus derechos y deberes. Asimismo, el nuevo sistema propende a que el defensor, al

igual que el fiscal, puedan desarrollar durante el juicio oral una estrategia basada en la teoría del caso.

El art. 71 establece el elenco fundamental de derechos y deberes del defensor:

71.1 El defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que esta expresamente reserve su ejercicio exclusivo a este último.

71.2 El ejercicio de la defensa es un derecho y un deber del abogado que acepta el cargo y abarcará la etapa de conocimiento y la de ejecución.

71.3 El defensor actuará en el proceso como parte formal en interés del imputado, con todos los derechos y atribuciones de esa calidad.

71.4 El defensor tiene derecho a tomar conocimiento de todas las actuaciones que se hayan cumplido o que se estén cumpliendo en el proceso, desde la indagatoria preliminar y en un plano de absoluta igualdad procesal respecto del Ministerio Público. El juez, bajo su más seria responsabilidad funcional, adoptará las medidas necesarias para preservar y hacer cumplir este principio, sin perjuicio de las medidas urgentes y reservadas.

71.5 Todo abogado tiene derecho a requerir del funcionario encargado de cualquier lugar de detención, que le informe por escrito y de inmediato, si una persona está o no está detenida en ese establecimiento.

El ejercicio de este derecho no condiciona en modo alguno el ejercicio de la acción de habeas corpus.

La garantía esencial de la defensa técnica se asegura en el art. 75, consagrando la nulidad de toda actuación ante la ausencia del defensor: *“La ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley exija expresamente su participación, acarreará su nulidad”*.

2.6 LA VÍCTIMA

El nuevo sistema procesal penal, asigna un rol relevante a la víctima que, si bien no es parte del proceso, dispone de facultades muy trascendentes.

Conforme al art. 79.1, se considera víctima a la persona ofendida por el delito. Al momento de formular instancia o denunciar el hecho, la víctima o su representante podrá manifestar su intención de participar en el proceso penal, con los derechos y facultades que el Código le asigna (art. 79.2). En la primera oportunidad procesal la víctima que haya hecho uso del derecho a participar en el proceso, o su representante, deberá proporcionar sus datos identificatorios, constituir domicilio dentro del radio del juzgado, comunicando los cambios sucesivos y designar abogado patrocinante (art. 79.3). El nuevo rol de la víctima implica también un enorme desafío para la organización y eficiencia de la defensa pública. Ello, por cuanto a las víctimas carentes de recursos que así lo soliciten, se les proporcionará asistencia letrada mediante defensor público o a través de consultorios jurídicos de universidades públicas o privadas. El Poder Judicial podrá realizar convenios con las universidades públicas y privadas a tales efectos (arts. 79.4).

En el art. 81 se regulan los derechos y facultades de la víctima:

81.1 La víctima del delito tendrá los derechos que le reconoce este Código, sin perjuicio de los deberes que, para la defensa del interés de aquella, se imponen al fiscal. 81.2 La víctima del delito podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

- a) a tomar conocimiento de la totalidad de las actuaciones cumplidas desde el inicio de la indagatoria preliminar, sin perjuicio de la facultad del fiscal de disponer que las mismas se mantengan en reserva cuando ello sea necesario para asegurar la eficacia de la investigación (artículo 259.3 de este Código);
- b) a intervenir en el proceso y ser oída en los términos previstos en este Código;
- c) a proponer prueba durante la indagatoria preliminar, así como en la audiencia preliminar y en la segunda instancia, si la hubiere, coadyuvando con la actividad indagatoria y probatoria del fiscal. En el diligenciamiento y producción de la prueba que haya sido propuesta por la víctima, esta tendrá los mismos derechos que las partes;
- d) a solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o agresiones contra ella, sus familiares o sus allegados;

- e) a solicitar medidas asegurativas sobre los bienes del encausado o relacionados con el delito;
- f) a oponerse, ante el tribunal, a la decisión del fiscal de no iniciar o dar por concluida la indagatoria preliminar, o no ejercer la acción penal;
- g) a ser oída por el tribunal antes que dicte resolución sobre el pedido de sobreseimiento u otra determinación que ponga fin al proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 de este Código.

3 EL SISTEMA PROCESAL

3.1 FASE ADMINISTRATIVA, ESTRUCTURAS PROCESALES Y VÍAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO PENAL

En el siguiente cuadro se explicita el conjunto de las principales estructuras procesales que conforman el nuevo sistema de justicia penal⁵.



⁵ El esquema que se expone en estas páginas reviste finalidad didáctica y, en algunos puntos, constituye una simplificación del proceso penal acusatorio vigente en Uruguay.

En primer lugar, se señala la fase administrativa que no integra el proceso penal, denominada indagatoria preliminar.

En segundo lugar, se resume la estructura del proceso penal ordinario, compuesto por actos procesales escritos y orales. Su centro neurálgico son tres audiencias:

- La audiencia de formalización
- La audiencia de control de la acusación
- La audiencia de juicio (también denominado “juicio oral” en la terminología legal).

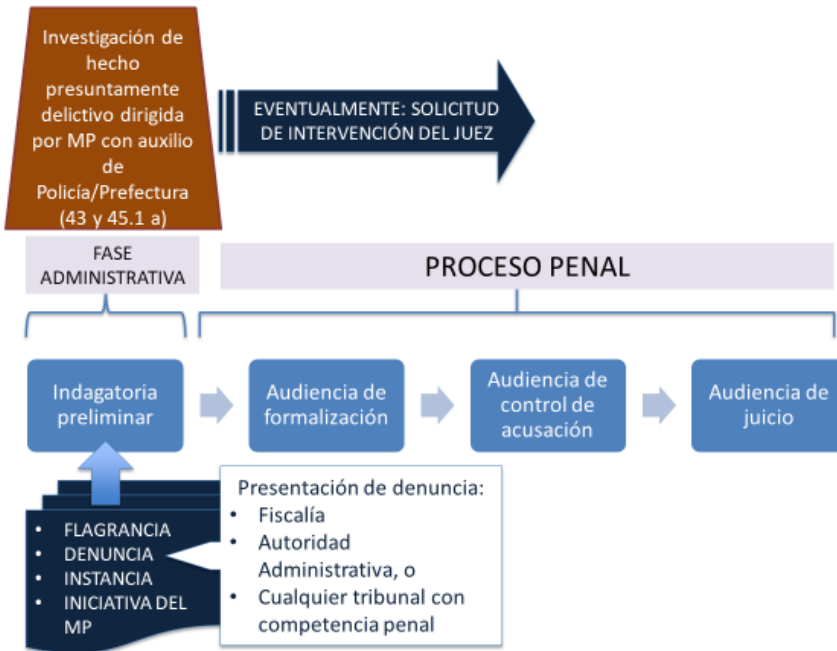
Si bien ello escapa al alcance de este esquema simplificado, es necesario tener presente que el proceso penal comprende la etapa o proceso de conocimiento y la etapa o proceso de ejecución, en su caso (art. 13). El llamado “proceso de ejecución” se regula en los arts. 286 y siguientes. Los Jueces Letrados de Primera Instancia de Ejecución y Vigilancia son los que conocen en todas las cuestiones formales y sustanciales que se planteen a partir del momento en que la sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza de definitiva, quede ejecutoriada (art. 26).

Ahora bien, en el diseño del nuevo sistema, junto con el proceso ordinario, se regulan otros instrumentos para buscar resolver el conflicto. Se considera que ello es necesario dado que no hay sistema que pueda resistir la carga de trabajo y recursos humanos y materiales que requeriría tramitar todas sus causas por la estructura de mayor complejidad y dado además que el proceso no debe ser la única vía para la resolución de los conflictos penales. Por ende, el nuevo CPP prevé:

- a) El *proceso abreviado*, como estructura procesal alternativa, cuando se dan determinadas condiciones (arts. 272 y 273 y 402.2).
- b) *Vías alternativas al proceso*, como mecanismos para resolver el conflicto:
 - b.1) Mediación extraprocésal (art. 382).
 - b.2) Suspensión condicional del proceso (arts. 383 a 392 y 397 a 401)
 - b.3) Acuerdos reparatorios (arts. 393 a 401 y 402.3).

3.2 LA INDAGATORIA PRELIMINAR

En el siguiente cuadro puede verse cómo llega la noticia del hecho con apariencia delictiva al sistema y el relacionamiento entre la etapa administrativa de indagatoria preliminar y la eventual intervención en dicha etapa del juez penal.



La indagatoria preliminar es una etapa administrativa de investigación de un hecho presuntamente delictivo, dirigida por el Ministerio Público con auxilio de la Policía Nacional, la Prefectura Nacional Naval y/o la Policía Aérea Nacional (43 y 45.1 a).

La Policía Nacional, la Prefectura Nacional Naval y la Policía Aérea Nacional, en sus respectivos ámbitos de competencia, son auxiliares del Ministerio Público en las tareas de investigación y deberán llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en el Código, de conformidad con las instrucciones que les impartan los fiscales (art. 49.1).

La investigación de un hecho presuntamente delictivo deberá iniciarse (art. 256):

- a) cuando exista flagrancia delictual (arts. 219 y 220);
- b) por denuncia o instancia;
- c) por iniciativa del Ministerio Público, cuando haya tenido conocimiento del hecho por cualquier medio idóneo.

Cuando el fiscal tome conocimiento de un hecho presuntamente delictivo, deberá disponer las medidas pertinentes para la averiguación de la verdad, conforme a lo dispuesto en el Código (art. 256.2).

En cuanto a la *denuncia*⁶, cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Público la comisión de un presunto hecho delictivo.

También podrá formularse la denuncia ante la autoridad administrativa competente (por ejemplo, la policía) o ante cualquier tribunal con competencia penal, los que deberán remitirla inmediatamente al Ministerio Público (art. 257).

Sea donde sea que se presente la denuncia, la misma debe terminar derivada al Ministerio Público que es el destinatario de las misma, constituyendo éste un gran cambio sistémico en relación al proceso penal derogado.

En los casos que sea necesaria la *instancia* (arts. 96 y 97), deberá formalizarse ante el Ministerio Público verbalmente o por escrito o necesariamente por escrito ante las autoridades con funciones de policía (art. 88), debiéndose confirmar esa voluntad de instar al inicio de las actuaciones judiciales (art. 90).

⁶ El artículo 258 regula la “Forma y contenido de la denuncia”:

“258.1 La denuncia podrá formularse en forma escrita o verbal y deberá contener la identificación del denunciante, su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, la indicación de la o las personas involucradas en el mismo y en su caso de quienes lo hayan presenciado o tengan noticia de él.

258.2 La denuncia escrita deberá ser firmada por quien la formula ante el funcionario que la reciba, quien, si el denunciante lo exigiera, le expedirá recibo. Cuando no supiere o no pudiere firmar lo hará otra persona a su ruego.

258.3 En el caso de denuncia verbal, el funcionario actuante dejará constancia por escrito, la que será firmada por el denunciante y por el propio funcionario. Si el denunciante no sabe o no puede firmar lo hará un tercero a su ruego”.

El CPP *no prevé que el imputado sujeto a la indagatoria preliminar deba ser notificado del inicio de la misma*. Por ende, si bien tiene derecho a tener conocimiento de las investigaciones que el fiscal va realizando⁷ (salvo casos especiales de reserva), podrá ocurrir que si no toma conocimiento de las mismas por las propias actuaciones del fiscal con el auxilio de la Policía, o por otra vía, podrá estar cierto tiempo siendo investigado sin tomar conocimiento de ello (sin perjuicio del conocimiento que a posteriori pueda tener de la carpeta de investigación).

Esta es una cuestión de especial relevancia para la defensa que podrá recurrir a la herramienta del art. 264 inc. 6º: *“Cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijar un plazo para que formalice la investigación”*.

En cuanto al *valor de la información recabada por el fiscal en la indagatoria preliminar*, dispone el art. 259.1: *“La actividad desarrollada en la indagatoria preliminar para reunir medios de prueba que posibiliten la ulterior iniciación del proceso no se integrará en ningún caso a este, salvo cuando hubiera sido dispuesta con intervención del tribunal”*.

En similares términos, el art. 264, inc. 4º, dispone: *“El legajo de la Fiscalía no podrá ser consultado por el órgano jurisdiccional, quien tendrá que resolver los planteos que le formulen las partes en audiencia, en base a las argumentaciones que estas hagan de la información recolectada y la contradicción que genera la parte contraria”*.

Por ende, el principio general es que esta actividad desarrollada en la indagatoria preliminar, sin intervención del juez, carece de todo valor probatorio y no debiera incidir en el proceso.

Sin embargo, en algunos supuestos, dichas actuaciones pueden tener incidencia refleja en el proceso.

⁷ El imputado y su defensor, así como la víctima, podrán examinar los registros y documentos de la investigación fiscal (art. 259.2).

Obsérvese que al regular la audiencia de formalización, dispone el art. 266.6 incs. 2º y 3º: *“La solicitud de medidas cautelares se resolverá atendiendo a la carpeta de investigación llevada por el Ministerio Público y siempre que hubiere sido controlada por la defensa”*.

“Si el juez, a solicitud de la defensa, lo considerare imprescindible, podrá producirse prueba en la propia audiencia, aun cuando no estuviere contenida en la carpeta de investigaciones. La prueba a diligenciarse deberá ceñirse estrictamente a los requisitos para la adopción de la cautela. Tratándose de la prisión preventiva, los requisitos que deberán reunirse son los establecidos en el artículo 224 del presente Código”.

El CPP es, por ende, bastante poco preciso en dos cuestiones vinculadas a estas normas:

- a) Se confunden los términos “prueba”, “evidencia”, “medios de prueba” en la indagatoria preliminar y en el proceso penal (véase por ejemplo que el art. 259.1 habla de “medios de prueba” que no son prueba). Conceptualmente, “prueba” en un sentido técnico procesal del mismo, solo debiera ser la producida en el proceso penal o antes con intervención del juez, careciendo — en caso contrario — de todo valor.
- b) Si bien la regla expuesta en el art. 259.1 transcrito es que las investigaciones que sin intervención del juez realiza el fiscal, no constituyen prueba y, por ende, no pueden ni deben ser incorporadas al proceso penal, existen varios artículos del CPP en los cuales las resultancias de la carpeta investigativa inciden en el proceso, sea por acuerdo de partes⁸, sea para recordar a quien declara en el proceso penal lo que declaró

⁸ Señala el art. 271.1, al regular la audiencia de juicio, que “la prueba deberá producirse en la audiencia de juicio, no resultando válida la incorporación como prueba de actuaciones realizadas durante la investigación, salvo las que se hayan cumplido con las reglas de prueba anticipada o que exista un acuerdo de partes”. El supuesto de prueba anticipada no es una excepción, sino una aplicación de principio de que es prueba aquella realizada con contralor jurisdiccional. En cambio, el acuerdo de partes para incorporar como prueba actuaciones realizadas durante la investigación, sí es una excepción a la regla general y se fundamenta en la posibilidad de acuerdos en el nuevo proceso penal. Si puede acordarse en dejar fuera del objeto de la prueba algún hecho (acuerdos probatorios), con igual fundamento se admite incorporar como prueba, por acuerdo de partes, una o más resultancias de la investigación administrativa.

antes⁹, sea para la argumentación de la solicitud de adopción de medidas cautelares¹⁰, etc.

Es importante destacar el *rol del defensor del imputado y de la víctima durante la indagatoria preliminar*. Durante la investigación, el imputado, su defensor y la víctima podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos investigados, si fuese necesaria su intervención. El fiscal ordenará aquellas que estime conducentes (art. 260).

La recolección de evidencias estará a cargo del Ministerio Público, no pudiendo ocultarlas a la contraparte salvo cuando se prevén hipótesis de reserva. En caso de negativa, el imputado y su defensa podrán recurrir al órgano jurisdiccional competente para que se lo ordene. Esta petición se tramitará en audiencia oral y pública (art. 260).

El fiscal dirige la investigación, pudiendo citar a declarar a las personas que entienda pertinentes. Así, el art. 261 prevé que si en el desarrollo de la investigación el fiscal requiere la comparecencia de una persona, podrá citarla por cualquier medio idóneo. Si el citado no comparece, el fiscal podrá solicitar al juez que le ordene comparecer y aun que disponga su conducción compulsiva si fuera necesario.

Específicamente en cuanto a la comparecencia del imputado ante el fiscal, el art. 262 indica que durante la investigación preliminar, el imputado deberá comparecer ante el fiscal cuando este lo disponga. Si no comparece voluntariamente, el fiscal podrá solicitar al juez que ordene su conducción. Cuando el imputado se encuentre privado de su libertad, el fiscal solicitará al juez su conducción, toda vez que ello sea necesario a los fines de la investigación.

Cuando el imputado comparezca ante el fiscal, deberá hacerlo asistido de defensor. Si se trata de su primera declaración, antes de comenzar

⁹ Conforme al art. 271.4: “Cuando sea necesario para demostrar o superar contradicciones o fuere indispensable para ayudar a recordar al testigo o perito, se podrá leer la parte pertinente de una declaración sin tenerla incorporada como prueba”.

¹⁰ Conforme al art. 266.6, la “solicitud de medidas cautelares se resolverá atendiendo a la carpeta de investigación llevada por el Ministerio Público y siempre que hubiere sido controlada por la defensa”. Ello, sin perjuicio del derecho del defensor de solicitar el diligenciamiento de prueba sobre las medidas cautelares.

el interrogatorio, el fiscal le comunicará detalladamente el hecho presuntamente delictivo que se le atribuye, los resultados de la investigación en su contra y su derecho a no declarar (art. 263.1). El imputado no podrá negarse a proporcionar su identidad, debiendo responder a las preguntas que con tal fin se le formulen, registrándose todo lo actuado (art. 263.2).

La actividad administrativa de investigación que se desarrolla en la indagatoria preliminar debe quedar *registrada*, de modo tal que el defensor del imputado pueda controlarla. Para ello, dispone el CPP que el Ministerio Público formará un legajo de investigación (la llamada carpeta de investigación o carpeta investigativa), con el fin de preparar sus planteos, el que no estará sujeto a formalidad alguna, salvo las normas prácticas internas de registración. En el legajo se deberá dejar constancia de las actuaciones que realice¹¹, utilizando al efecto cualquier medio que permita garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a la misma del imputado, su defensor y la víctima (art. 264 incs. 1° y 2°).

Como ya lo indicamos, el *legajo de la Fiscalía* no podrá ser consultado por el órgano jurisdiccional, quien tendrá que resolver los planteos que le formulen las partes en audiencia, en base a las argumentaciones que estas hagan de la información recolectada y la contradicción que genera la parte contraria (art. 264 inc. 4°). Ello sin perjuicio de las hipótesis ya indicadas donde las actuaciones administrativas pueden incidir en el proceso.

La defensa, por su parte, podrá armar su propio legajo de investigación, el que no será público (art. 264 inc. 5°).

Dado que, como señalamos, el CPP no establece que el Ministerio Público deba notificarle al imputado el inicio de las investigaciones de la indagatoria preliminar, el equilibrio entre los derechos de los sujetos involucrados se busca regular (no necesariamente se logrará) a través de la prerrogativa de cualquier persona investigada de solicitar al Juez que le ordene al fiscal informarle acerca de lo que está

¹¹ La constancia de cada actuación deberá consignar por lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar de realización, de los funcionarios y demás personas intervinientes, así como una breve relación de sus resultados (art. 264 inc. 3°).

ocurriendo o, incluso, que el juez le fije un plazo al fiscal para que formalice la investigación. Dispone el art. 264 inc. 6º: “*Cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijar un plazo para que formalice la investigación*”.

Durante la indagatoria preliminar, antes de solicitar la formalización, el fiscal puede solicitar algunas *medidas limitativas*. Conforme al art. 222, desde el inicio de la indagatoria preliminar el tribunal a petición del Ministerio Público solamente podrá disponer las siguientes medidas con la finalidad de asegurar el resultado de la investigación, por el plazo que el tribunal disponga:

- el deber de fijar domicilio y no modificarlo sin dar inmediato conocimiento al tribunal;
- la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;
- la retención de documentos de viaje; y
- la prohibición de concurrir a determinados sitios, de visitar o alternar en determinados lugares o de comunicarse con determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

Si bien en la indagatoria preliminar, lo que abunda es la actividad administrativa con escasa intervención judicial, *puede ser requerida la intervención del tribunal*, sea para solicitar las medidas precedentes, sea para disponer la producción de prueba anticipada (entre otras).

Conforme al art. 213, el fiscal, el defensor y la víctima o sus familiares en su caso, podrán solicitar el *diligenciamiento de prueba en forma anticipada* en los casos que la ley enumera¹² y que se orientan a evitar

¹² Dispone el art. 231 que el fiscal, el defensor y la víctima o sus familiares en su caso, podrán solicitar el diligenciamiento de prueba en forma anticipada en los siguientes casos:

“a) declaración de testigos e informe de peritos, cuando exista motivo fundado para considerar que no podrá formularse en las audiencias del proceso por enfermedad u otro grave impedimento o cuando hayan sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesas de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente;

que el transcurso del tiempo pueda frustrar la realización de la prueba o perjudicar su eficacia, así como para evitar la re-victimización.

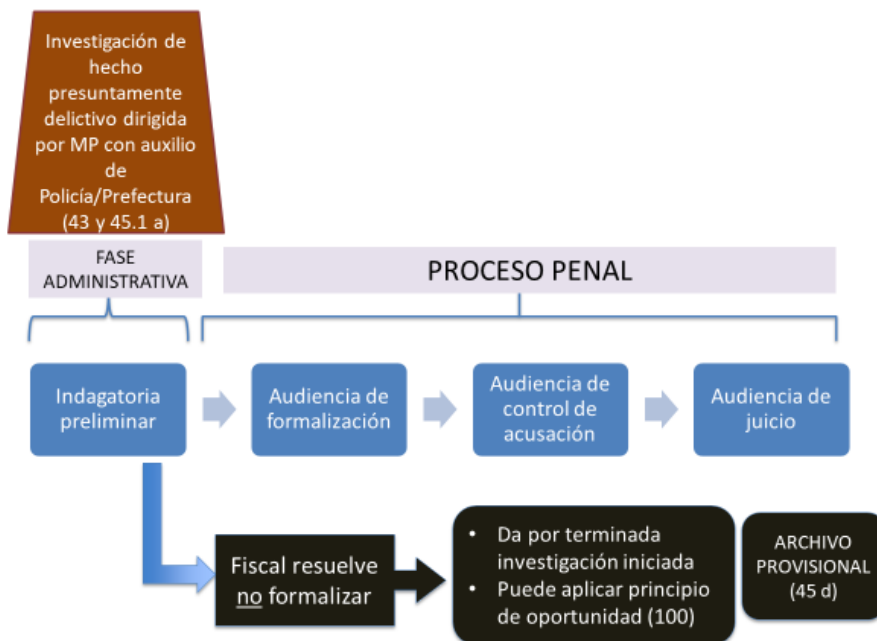
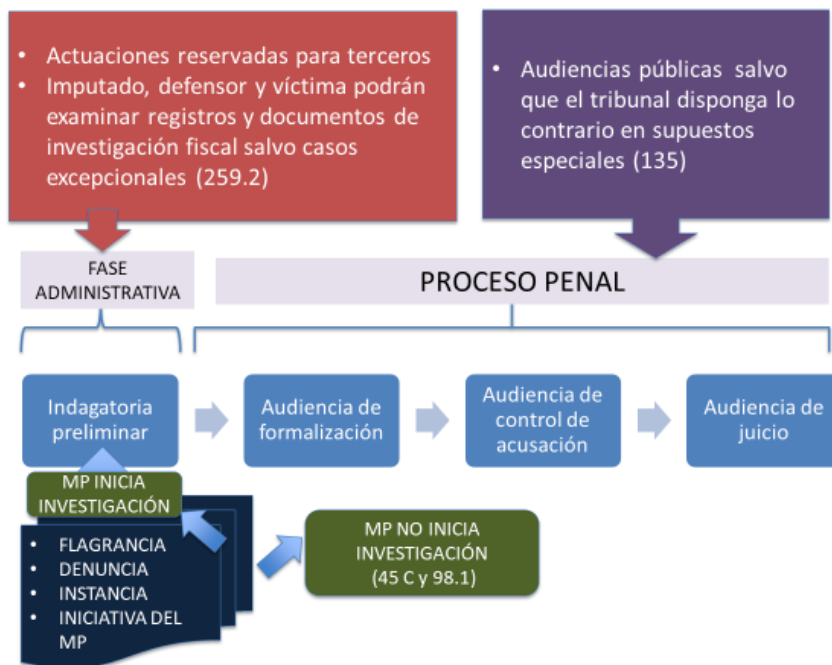
El procedimiento para la obtención de prueba anticipada se regula en el art. 214 y el régimen impugnativo en el art. 215.

En cuanto a la *duración de la investigación*, el art. 265, en su nueva redacción, dispone: “(*Duración máxima de la investigación*).- *La investigación no podrá extenderse por un plazo mayor de un año a contar desde la formalización de la investigación. En casos excepcionales debidamente justificados, el fiscal podrá solicitar al juez la ampliación del plazo hasta por un año más.*”

Esta norma plantea una serie de dificultades interpretativas, en tanto permite que el imputado esté formalizado y, sin embargo, siga adelante la investigación “administrativa”, cuyas características no quedan demasiado claras luego de la formalización, porque ya el caso está en la órbita judicial y el proceso penal iniciado. Ello incide también en el plazo que tiene el fiscal para presentar la acusación ya que ahora se trata de un plazo inicialmente indeterminado, pero que podría tener como límite el plazo de un año extensible a dos años de la investigación que puede continuar luego de la formalización (en la redacción anterior el plazo para acusar era de 30 días luego de la formalización).

En los siguientes gráficos se plantean las opciones que tiene el fiscal cuando llega a él la noticia del presunto delito. Asimismo, se pone de relieve el distinto alcance del principio de publicidad que rige en sede de indagatoria preliminar y en sede del proceso penal.

-
- b) declaración de testigos, cuando exista la probabilidad de que la espera a la realización de las audiencias del proceso, les cause un perjuicio severo o ponga en riesgo serio la calidad de la prueba testimonial;
 - c) reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles;
 - d) declaración de víctimas de delitos sexuales menores de dieciocho años, personas con discapacidad física, mental o sensorial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164.2 de este Código;
 - e) el diligenciamiento de cualquier medio probatorio, cuando el transcurso del tiempo pudiese frustrar su realización o perjudicar su eficacia”.



Una vez que llega al fiscal la noticia del hecho con apariencia delictiva, le corresponde realizar los *filtros pertinentes para determinar si cabe o no iniciar la investigación* (indagatoria preliminar). Del mismo modo, *si el fiscal inicia la investigación, podrá dar por terminada la misma en los casos que prevé la ley*.

Así, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, o dar por terminada una investigación ya iniciada, si los hechos relatados en la denuncia no constituyen delito, si los antecedentes y datos suministrados indican que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado, o si las actuaciones cumplidas no hubieren producido resultados que permitan la continuación útil de la indagatoria. La resolución de no investigar o de dar por terminada la investigación será siempre fundada, y se comunicará al denunciante y en su caso a la víctima que hubiere comparecido o estuviere identificada (art. 98.1).

En estos casos, se le asignan al denunciante o a la víctima importantes facultades.

El denunciante o la víctima podrá solicitar al tribunal que ordene el reexamen del caso por el fiscal subrogante, dentro de los treinta días de haber sido notificado (art. 98.2). Si oídos el peticionante y el fiscal actuante, el tribunal considerare que los hechos denunciados pudieran constituir delito, que la presunta responsabilidad penal del imputado pudiera no encontrarse extinguida o que es posible continuar útilmente la indagatoria, ordenará en la misma audiencia y sin más trámite el reexamen del caso por el fiscal subrogante, lo que notificará al jerarca del Ministerio Público para su conocimiento. La resolución no admitirá recursos. El fiscal actuante hasta ese momento quedará inhibido de seguir entendiendo en el asunto (art. 98.3). Las actuaciones se remitirán al fiscal subrogante, quien dispondrá de un plazo de veinte días para expedirse ordenando el comienzo o la continuación de la indagatoria, o reiterando la negativa a hacerlo. La decisión del fiscal subrogante concluirá la cuestión y se comunicará al tribunal, al jerarca del Ministerio Público y al peticionante que solicitó el reexamen del caso (art. 98.4).

Es importante destacar que aunque hubiese resuelto no iniciar o dar por terminada la investigación de un caso de conformidad con las

disposiciones del Código, el fiscal podrá siempre iniciarla o continuarla, si se produjeren nuevos hechos o se aportaren nuevos medios de prueba que lo justifiquen (art. 99).

Cabe aquí tener en cuenta uno de los aspectos más innovadores del nuevo sistema procesal penal: la previsión del llamado *principio de oportunidad* regulado en el art. 100:

(Principio de oportunidad).

100.1 El Ministerio Público podrá no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, en los siguientes casos:

- a) cuando se trate de delitos de escasa entidad que no comprometan gravemente el interés público, a menos que la pena mínima supere los dos años de privación de libertad, o que hayan sido presumiblemente cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones;
- b) si se trata de delito culposo que haya irrogado al imputado una grave aflicción, cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que derivan de la aplicación de una pena;
- c) si hubieren transcurrido cuatro años de la comisión del hecho y se presuma que no haya de resultar pena de penitenciaría, no concurriendo alguna de las causas que suspenden o interrumpen la prescripción.

La decisión del Ministerio Público de no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada se adoptará siempre por resolución fundada y se remitirá al tribunal competente, conjuntamente con sus antecedentes, para el control de su regularidad formal; también se comunicará al jerarca del servicio y, en su caso, al denunciante y a la víctima que hubiere comparecido (art. 100.2).

Si el tribunal entiende que la decisión del fiscal no se ajusta a derecho, así lo declarará, con noticia del jerarca del Ministerio Público. En tal caso el fiscal actuante quedará impedido de seguir conociendo en el asunto. Los autos se remitirán al fiscal subrogante, quien deberá expedirse en el plazo de veinte días reiterando o rectificando, definitivamente, la posición de la Fiscalía (art. 100.3).

Cabe ahora hacer una referencia al *principio de publicidad*.

En la indagatoria preliminar y en el proceso penal, el principio de publicidad tiene distintos alcances. En el primer caso, existe solo

publicidad interna (con excepciones a la misma) y en el proceso penal existe publicidad interna y externa.

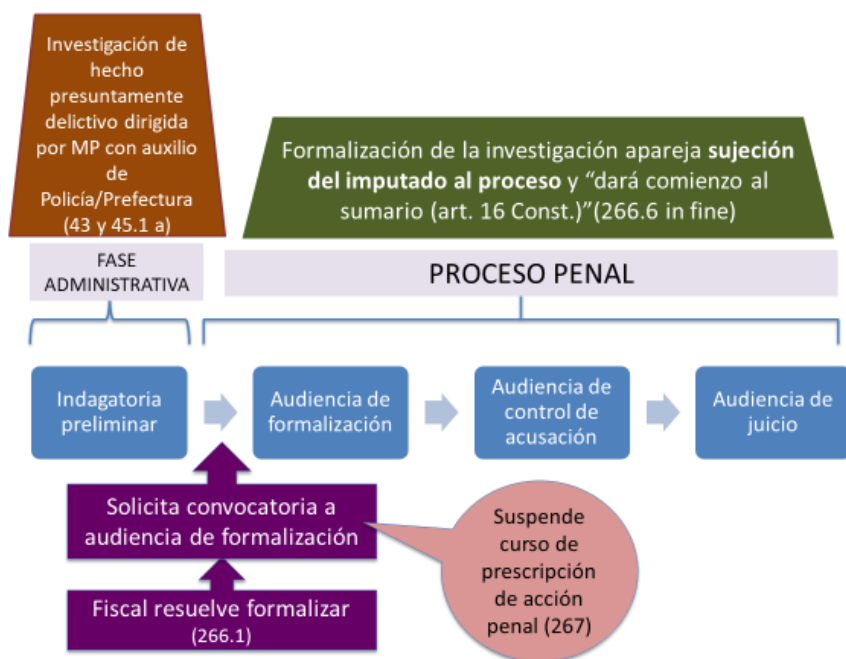
Las actuaciones de investigación preliminar llevadas a cabo por el Ministerio Público y por la autoridad administrativa, serán reservadas para los terceros ajenos al procedimiento. El imputado y su defensor, así como la víctima, podrán examinar los registros y documentos de la investigación fiscal (art. 259.2).

Sin embargo, el fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos permanezcan en reserva respecto del imputado, su defensor y demás intervinientes, toda vez que lo considere necesario para asegurar la eficacia de la investigación. En este caso, deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, y podrá fijar un plazo de hasta cuarenta días para el mantenimiento de la reserva, previa autorización judicial. Dicho plazo podrá ser prorrogado por el juez mediante petición fundada del Ministerio Público hasta por un plazo máximo de seis meses (art. 259.3.). El imputado y su defensor podrán solicitar al juez que ponga fin a la reserva o que la limite en cuanto a su extensión, a las piezas o actuaciones comprendidas en la misma o a las personas a quienes afectare (art. 259.4). No se podrá decretar la reserva para el imputado y su defensor respecto de su declaración, de los informes brindados por peritos referentes a su persona, o de cualquier otra actuación en que hubiere intervenido él o su defensor (art. 259.5).

Por otra parte, los funcionarios que hayan participado en la investigación y las demás personas que por cualquier motivo hayan tenido conocimiento de las actuaciones, estarán obligados a guardar secreto (art. 259.6).

3.3 SOLICITUD DE FORMALIZACIÓN

El siguiente gráfico presupone la decisión del fiscal de formalizar el caso, solicitando la convocatoria a la audiencia de formalización respectiva.



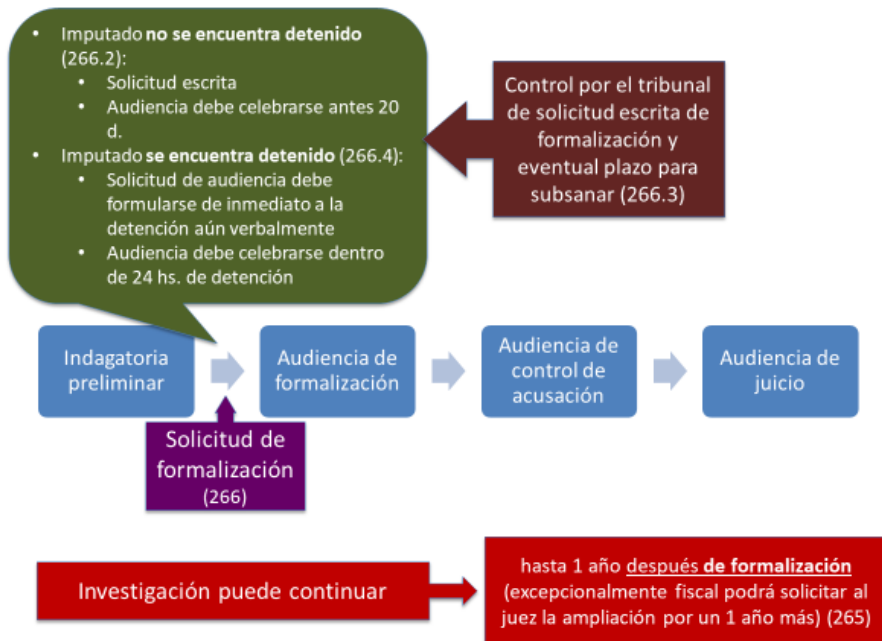
Cuando existan elementos objetivos suficientes que den cuenta de la comisión de un delito y de la identificación de sus presuntos responsables, el fiscal deberá formalizar la investigación solicitando al juez competente la convocatoria a audiencia de formalización (art. 266.1).

La solicitud de la formalización de la investigación tiene un efecto esencial: suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal (art. 267). La formalización de la investigación aparejará la sujeción del imputado al proceso y dará comienzo al sumario (artículo 16 de la Constitución de la República¹³). Cuando se produzca en una causa en la que pueda recaer pena de penitenciaría, tendrá el efecto previsto en

¹³ Artículo 16 de la Constitución: "En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumarias".

el artículo 80¹⁴ de la Constitución de la República (art. 266.6 inc. final).

El siguiente gráfico muestra los plazos para celebrar la audiencia de formalización, dependiendo de que el imputado esté detenido o en libertad, así como el contralor que el Juez debe realizar de la solicitud de formalización.



Conforme al art. 266.2, la solicitud de formalización se hará por escrito, salvo si el imputado se encontrare detenido por el hecho respecto del cual se decide formalizar la investigación (art. 266.4) y deberá contener en forma clara y precisa:

- a) la individualización del imputado y de su defensor, si este hubiera sido designado durante la investigación preliminar;
- b) la relación circunstanciada de los hechos y la participación atribuida al imputado;

¹⁴ Conforme al artículo 80 lit. b) de la Constitución, la ciudadanía se suspende por la condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena de penitenciaría.

- c) las normas jurídicas aplicables al caso;
- d) los medios de prueba con que cuenta;
- e) las medidas cautelares que el fiscal entienda pertinentes;
- f) el petitorio;
- g) la firma del fiscal o de un representante autorizado por la Fiscalía.

El contralor de la solicitud de formalización por el tribunal se regula en el art. 266.3 y, en la práctica, solamente operará para la solicitud escrita: presentada una solicitud de formalización de la investigación que no se ajuste a las disposiciones del Código, el juez ordenará que se subsanen los defectos en el plazo que señale, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada.

Si el imputado se encontrare en libertad, recibida la solicitud de formalización, el juez convocará a las partes y a la víctima a audiencia, la que deberá celebrarse en un plazo no mayor a 20 días (art. 266.5).

Cuando el imputado se encuentre detenido, el procedimiento a seguir es distinto porque el actuar del fiscal y del juez debe ajustarse a las exigencias constitucionales para estos casos. Dispone el art. 266.4 que si el imputado se encontrare detenido por el hecho respecto del cual se decide formalizar la investigación, la solicitud de audiencia deberá formularse de inmediato a la detención, aun verbalmente y la audiencia deberá celebrarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a dicha detención, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución de la República¹⁵.

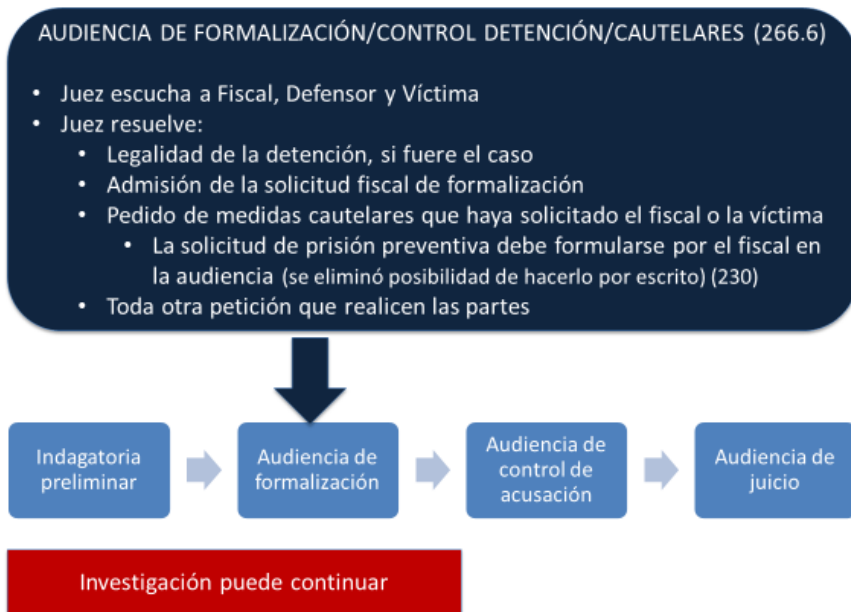
Como ya lo hemos señalado, la solicitud de formalización y la audiencia de formalización que se celebre, no implican que se tenga por terminada la investigación ya que en la actual redacción del art. 265 se dispone que la investigación puede continuar: “(*Duración máxima de la investigación*).- *La investigación no podrá extenderse por un plazo mayor de un año a contar desde la formalización de la investigación.*”

¹⁵ Artículo 16 de la Constitución: “En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales”.

En casos excepcionales debidamente justificados, el fiscal podrá solicitar al juez la ampliación del plazo hasta por un año más.”

3.4. AUDIENCIA DE FORMALIZACIÓN

En el siguiente gráfico se reseña el contenido de la audiencia de formalización, que tiene como objetivos formalizar la investigación, verificar si la eventual detención del imputado fue realizada de conformidad con las normas jurídicas y, eventualmente, resolver la aplicación de medidas cautelares.



La audiencia de formalización, está sujeta a las reglas esenciales de las audiencias judiciales en el nuevo CPP (art. 134):

- Las audiencias serán presididas por el tribunal.
- Las audiencias se celebrarán con la presencia del juez, del Ministerio Público, del defensor y del imputado.

- La ausencia de cualquiera de estos sujetos procesales aparejará la nulidad de la audiencia, la cual viciará a los ulteriores actos del proceso y será causa de responsabilidad funcional de los dos primeros y del defensor, según corresponda.
- La víctima podrá asistir y su participación será facultativa, con el alcance, los derechos y de la forma que se establece en el Código.

Se trata de una audiencia pública regida por los arts. 9 y 135.

Conforme al art. 9, el proceso penal será público y contradictorio en todas sus etapas, con las limitaciones que se establecen en el Código.

El art. 135 ratifica ese principio al disponer que las audiencias que se celebren una vez concluida la investigación preliminar serán públicas, salvo que el tribunal decida lo contrario por alguno de los siguientes motivos:

- a) por consideraciones de orden moral, de orden público o de seguridad;
- b) cuando medien razones especiales para preservar la privacidad y/o dignidad de las personas intervinientes en el proceso;
- c) cuando por las circunstancias especiales del caso, la publicidad de la audiencia pudiere perjudicar a los intereses de la justicia o comprometer un secreto protegido por la ley.

Contra la decisión del tribunal sobre la limitación o no de la publicidad, solo cabrá el recurso de reposición.

3.4.1 Contenido de la audiencia de formalización

El art. 266.6 constituye la norma clave de la regulación de la audiencia de formalización.

Conforme dicha norma, en la audiencia de formalización se escuchará a las partes (fiscal e imputado con su defensor) y a la víctima que hubiere comparecido.

En dicha audiencia el juez resolverá:

- a) la legalidad de la detención si fuese el caso;

- b) la admisión de la solicitud fiscal de formalización de la investigación¹⁶;
- c) el pedido de medidas cautelares¹⁷ que haya formulado el fiscal o la víctima de acuerdo con lo dispuesto en el literal e) del artículo 81.2 y en los artículos 216 y siguientes del Código;
- d) toda otra petición que realicen las partes.

El art. 217 refiere al *estado de inocencia* del imputado, que es clave para comprender el sistema de medidas cautelares: “*En todo caso el*

¹⁶ Como ya lo hemos señalado, la formalización de la investigación aparejará la sujeción del imputado al proceso y dará comienzo al sumario (artículo 16 de la Constitución de la República). Cuando se produzca en causa en la que pueda recaer pena de penitenciaría, tendrá el efecto previsto en el artículo 80 de la Constitución de la República (art. 266.6 inc. final).

¹⁷ El art. 221 regula las medidas limitativas o privativas de la libertad ambulatoria, donde la prisión preventiva es a la que debe recurrirse en último lugar (sin perjuicio de que para muchos casos la ley prevé la posibilidad de aplicarla).

“221.1 El fiscal podrá solicitar al juez en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado, su integridad o la de la víctima, o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición de cualquiera de las medidas que se indican a continuación:

- a) el deber de fijar domicilio y no modificarlo sin dar inmediato conocimiento al tribunal;
- b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen;
- c) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- d) la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;
- e) la retención de documentos de viaje;
- f) la prohibición de concurrir a determinados sitios, de visitar o alternar en determinados lugares o de comunicarse con determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- g) el retiro inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado;
- h) la prestación por sí o por un tercero de una caución de contenido económico adecuada y proporcional a la gravedad del delito que se está investigando y a la condición económica del imputado;
- i) el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga;
- j) la vigilancia del imputado, mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o de su ubicación física;
- k) la prohibición de abandonar el domicilio o residencia por determinados días u horarios, en forma que no perjudique el cumplimiento de sus obligaciones ordinarias;
- l) cualquier otra medida alternativa a la prisión preventiva, en las condiciones previstas en la ley;
- m) la prisión preventiva, en el caso en que las medidas limitativas anteriormente descriptas no fueren suficientes para asegurar los fines indicados precedentemente”.

“221.2 Las medidas de coerción enunciadas en este artículo pueden ser complementadas con medidas cautelares respecto de bienes del imputado o de terceros, dictadas por el juez a solicitud de parte”.

imputado será tratado como inocente hasta tanto no recaiga sentencia de condena ejecutoriada. La prisión preventiva se cumplirá de modo tal que en ningún caso podrá adquirir los caracteres de una pena". En concordancia, el art. 223 dispone que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual y que *"en ningún caso la prisión preventiva será de aplicación preceptiva"*.

Ello incide en las condiciones en que debe darse cumplimiento a la medida cautelar, generando un gran desafío para el sistema carcelario, ya que la prisión preventiva *"se ejecutará en establecimientos especiales, separados de aquellos lugares de reclusión donde son alojados los condenados con sentencia ejecutoriada. La autoridad competente dispondrá lo necesario para el efectivo cumplimiento del designio legal"* (art. 232).

La solicitud de prisión preventiva está prohibida en ciertos casos de escasa entidad¹⁸.

Una cuestión ya muy debatida en el nuevo sistema procesal penal uruguayo (más en la teoría que en la práctica) es *sobre qué insumos e información debe resolverse respecto de la solicitud fiscal de medidas cautelares y, fundamentalmente de la prisión preventiva.*

Conforme al texto legal vigente, la *"solicitud de medidas cautelares se resolverá atendiendo a la carpeta de investigación llevada por el Ministerio Público y siempre que hubiere sido controlada por la defensa"*.

Por ende, cabe concluir que, de regla, las decisiones que se adopten en la audiencia de formalización sobre las medidas cautelares se basan en la oralidad argumentativa y no en prueba producida. Ello es especialmente así si vinculamos el art. 266.6 con los arts. 259.1 y 264 inc. 4º ya mencionados. En efecto, dispone el art. 259.1: *"La actividad*

¹⁸ El art. 229 regula la prohibición de solicitar prisión preventiva:

"229.1 El fiscal no solicitará la prisión preventiva cuando:

- a) se trate de procedimiento por faltas;
- b) el delito imputado esté sancionado únicamente con pena pecuniaria o de inhabilitación;
- c) considere que solicitará pena alternativa a la privación de libertad.

229.2 Sin perjuicio de ello, el imputado deberá permanecer en el lugar del juicio hasta su finalización, presentarse a los actos de procedimiento para los cuales sea citado y posibilitar el efectivo cumplimiento de la sentencia a recaer."

desarrollada en la indagatoria preliminar para reunir medios de prueba que posibiliten la ulterior iniciación del proceso no se integrará en ningún caso a este, salvo cuando hubiera sido dispuesta con intervención del tribunal”. En similares términos, el art. 264 inc. 4º dispone: “El legajo de la Fiscalía no podrá ser consultado por el órgano jurisdiccional, quien tendrá que resolver los planteos que le formulen las partes en audiencia, en base a las argumentaciones que estas hagan de la información recolectada y la contradicción que genera la parte contraria”.

De todos modos, para asegurar el derecho de defensa (y para prevenir algunas opiniones doctrinarias que habían planteado dudas sobre la constitucionalidad de la anterior previsión legal que no preveía expresamente la posibilidad de la defensa de producir prueba sobre las medidas cautelares), se le ha incorporado al art. 266.6 un inciso especial:

Si el juez, a solicitud de la defensa, lo considerare imprescindible, podrá producirse prueba en la propia audiencia, aun cuando no estuviere contenida en la carpeta de investigaciones. La prueba a diligenciarse deberá ceñirse estrictamente a los requisitos para la adopción de la cautela. Trátese de la prisión preventiva, los requisitos que deberán reunirse son los establecidos en el artículo 224.

En virtud de lo expuesto, el debate que había planteado la redacción anterior del art. 266 acerca de la eventual inconstitucionalidad (invocada por algunos autores) de una interpretación normativa que implicara la imposición legal de la adopción o rechazo de medidas cautelares por el juez sobre la base de la carpeta de investigaciones (oralidad argumentativa) sin producir prueba ante el juez en la audiencia de formalización, ha quedado al menos mitigado con el derecho de la defensa a solicitar prueba (aunque queda sujeta dicha solicitud a que el juez considerare la misma imprescindible y se ciña estrictamente a los requisitos para la adopción de la medida cautelar).

El debate se plantea porque el art. 224, al regular los requisitos para disponer la prisión preventiva, señala: *“Iniciado el proceso y a petición del Ministerio Público, el tribunal podrá decretar la prisión preventiva del imputado si hubiera semiplena prueba de la existencia del*

hecho y de la participación del imputado y elementos de convicción suficientes para presumir que intentará fugarse¹⁹, ocultarse o entorpecer de cualquier manera la investigación²⁰ o que la medida es necesaria para la seguridad de la víctima o de la sociedad²¹ (artículo 15 de la Constitución de la República²²)”²³. Por ende, para algunos autores, es imprescindible que el juez resuelva sobre la prisión preventiva en base a prueba (“sempierna prueba” o “elementos de convicción suficiente”) y no en base a argumentos no acreditados con prueba producida ante el juez.

¹⁹ El art. 226 define el “peligro de fuga”: “Para determinar la existencia de peligro de fuga se tendrán en cuenta entre otras, las siguientes pautas: a) desarraigo determinado por la carencia de domicilio o residencia habitual asiento de su hogar, de sus negocios o de su trabajo; b) disposición de facilidades extraordinarias para abandonar el país; c) circunstancias, naturaleza del hecho y gravedad del delito; d) ocultamiento de información sobre su identidad o domicilio, o que los hubiera proporcionado falsamente.”

²⁰ El art. 225 define qué se entiende por “entorpecimiento de la investigación”: “Se entenderá que la prisión preventiva resulta indispensable para el éxito de la investigación cuando exista sospecha grave y fundada de que el imputado puede obstaculizarla mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos probatorios, o cuando exista la presunción de que podrá inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros, a fin de que declaren falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”.

²¹ El art. 227 define el “riesgo para la seguridad de la víctima o de la sociedad”:

“227.1 Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en riesgo cuando existan motivos fundados que permitan inferir que el imputado puede atentar contra ella, su familia o sus bienes.

227.2 Se entenderá que existe riesgo para la sociedad cuando el imputado posea la calidad de reiterante o de reincidente, o cuando se tratare de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra”.

²² Dispone el art. 15 de la Constitución: “Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente”.

²³ El art. 228 regula otros elementos de especial relevancia para resolver en torno a la prisión preventiva: “228.1 Para decidir acerca de la imposición o en su caso la sustitución o la cesación de la prisión preventiva, el juez le asignará especial relevancia a los siguientes elementos de juicio: a) necesidad de atender circunstancias familiares o especiales del imputado que hicieran evidentemente perjudicial su internación inmediata en prisión; b) imputadas en estado de gravidez a partir del quinto mes de embarazo o madres que estén amamantando durante el primer año de lactancia; c) imputados afectados por una enfermedad que acarree grave riesgo para su vida o salud, extremo que deberá ser acreditado por el informe pericial correspondiente; d) imputados mayores de setenta años cuando ello no involucre riesgos considerando las circunstancias del delito cometido.

228.2 El juez ordenará la internación provisional del imputado en un establecimiento asistencial adecuado cuando se acredite por informe pericial que sufre una grave alteración de sus facultades mentales que acarree grave riesgo para su vida o salud”.

Reiteramos que si bien el debate puede mantenerse con argumentos a favor y en contra de las distintas posiciones, al menos ha sido mitigado porque la defensa tiene derecho a solicitar prueba sobre las circunstancias fácticas vinculadas a los presupuestos de la prisión preventiva y, si no lo hace y renuncia a ella, podría entenderse que el juez puede resolver en base a la admisión de la defensa del imputado o a los argumentos del fiscal sobre la base de lo que ha investigado previamente.

La práctica de los primeros meses de aplicación del CPP ha puesto de manifiesto que los jueces resuelven en base a los argumentos de las partes y que es muy excepcional que el defensor utilice su derecho a que se produzca prueba sobre los presupuestos de la medida cautelar.

Debe señalarse además que el CPP busca que el debate jurídico y fáctico en la audiencia de formalización, acerca de las medidas cautelares, sea de calidad y argumentativo, pudiendo las partes alegar lo que consideren pertinente, considerando la información que exista en la carpeta investigativa de la Fiscalía (previamente analizada por la defensa) y la que, por su parte, tenga la defensa.

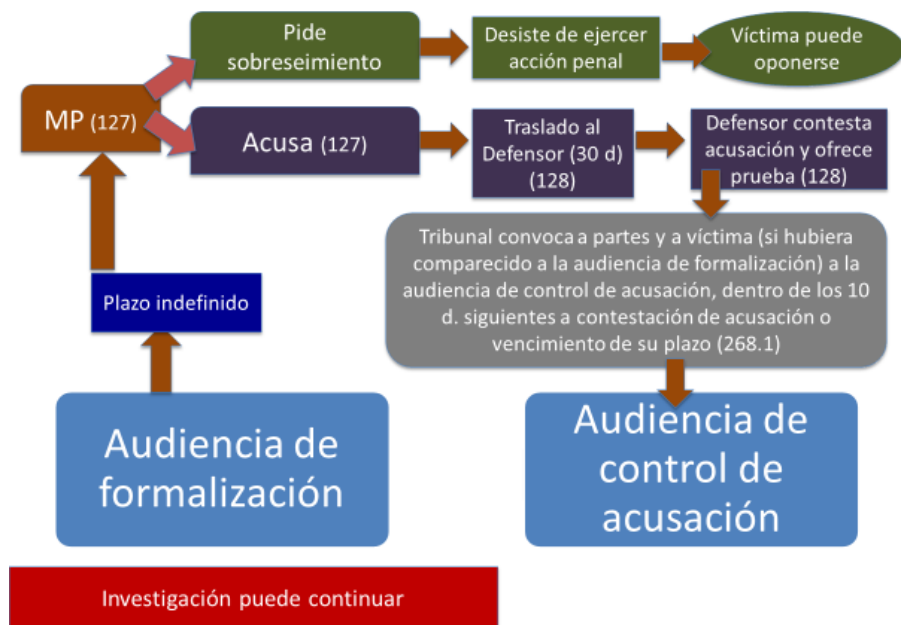
También es de destacar que, conforme al art. 230, la solicitud de prisión preventiva deberá formularse por el fiscal en audiencia y se tramitará de acuerdo con las disposiciones del Código.

El art. 266.7 refiere a la “*ampliación del objeto de la investigación*”: si se atribuyeren nuevos hechos al imputado cuya investigación preparatoria ya fue formalizada, o se ampliara a nuevos imputados, se convocará a una nueva audiencia.

3.5 ACTITUDES DE LA FISCALÍA: PRESENTA ACUSACIÓN O SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO

En el siguiente gráfico, se resume lo que ocurre entre la audiencia de formalización y la audiencia de control de la acusación.

Esencialmente, el fiscal puede presentar el escrito de acusación (que es la verdadera demanda del proceso penal), lo que determinará la contestación de la misma por la defensa, o también puede solicitar el sobreseimiento del imputado.



La actual redacción del CPP no establece expresamente un plazo a contarse desde la celebración de la audiencia de formalización para que el fiscal acuse (en la redacción anterior el plazo era de 30 días).

En consecuencia, deben armonizarse las normas de la acusación con el art. 265 ya citado que establece que *“la investigación no podrá extenderse por un plazo mayor de un año a contar desde la formalización de la investigación. En casos excepcionales debidamente justificados, el fiscal podrá solicitar al juez la ampliación del plazo hasta por un año más.”*

En nuestra opinión, esta norma incide en el plazo que tiene el fiscal para presentar la acusación ya que ahora se trata de un plazo inicialmente indeterminado, pero que podría tener como límite el plazo de un año extensible a dos años de la investigación que puede continuar luego de la formalización.

Si el fiscal deduce la acusación contra el imputado, deberá cumplir con los requisitos que para dicho acto procesal exige el art. 127.

La acusación se ajustará formalmente a las reglas prescriptas para la sentencia en lo pertinente, se presentará por escrito y deberá contener:

- a) los datos que sirvan para identificar al imputado y su defensor;
- b) la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho o hechos que se le atribuyen al imputado;
- c) los fundamentos de la imputación, con expresión de los medios de prueba que lo motivan;
- d) la expresión precisa de las disposiciones legales aplicables y su debida correlación con los hechos y con la intervención atribuida al imputado;
- e) el ofrecimiento de la prueba para el juicio, la que de ser admitida de acuerdo con el artículo 268, será incorporada en la oportunidad procesal pertinente de acuerdo con el artículo 270;
- f) las circunstancias alteratorias concurrentes y el requerimiento de pena estimado y en su caso, las medidas de seguridad que correspondieren.

La acusación solo podrá referirse a los hechos y personas sobre las que se formalizó la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

Presentada la acusación, se dará traslado de la misma a la defensa para que la conteste en el plazo de 30 días.

Conforme al art. 128, la defensa deberá ajustarse formalmente y en lo pertinente a las mismas reglas que rigen la acusación. Será por ende un acto escrito, en el que esencialmente se controvertirán los hechos y fundamentos jurídicos que se aleguen en la acusación y no se comparan por la defensa, y se ofrecerá la prueba de la defensa.

En efecto, conforme al art. 128, recibida la acusación el juez emplazará al acusado y su defensor, notificándole la acusación en su contra, para que en el plazo de treinta días ofrezca la prueba que pretende producir en juicio oral.

Es de destacar, porque puede incidir en la estrategia de la defensa, que si hubiere varios enjuiciados con diversos defensores, el plazo para evacuar el traslado será común a todos ellos.

No surge claro de las normas citadas si el ofrecimiento probatorio debe hacerse so pena de preclusión o puede posteriormente ofrecerse

prueba aunque no sea sobre hechos nuevos. Volveremos sobre ello al analizar las próximas etapas del proceso.

Ahora bien, la Fiscalía puede también decidir no acusar y, en cambio, *solicitar el sobreseimiento del imputado*.

Conforme al art. 129.1, el Ministerio Público, en cualquier estado del proceso anterior a la sentencia ejecutoriada, podrá desistir del ejercicio de la acción penal solicitando el sobreseimiento por alguna de las causales del artículo 130:

- a) cuando agotadas todas las posibilidades probatorias, no exista plena prueba de que el hecho imputado se haya cometido o que el imputado haya participado en su comisión;
- b) cuando el hecho no constituya delito;
- c) cuando resulte de modo indudable que medió una causa de justificación, de inculpabilidad, de impunidad u otra extintiva del delito o de la pretensión penal.

La víctima tiene un rol relevante en relación a la solicitud de sobreseimiento. Previo a resolver, el tribunal oír a la víctima en los términos que a continuación se establecen (art. 129.2):

- a) si el pedido es formulado fuera de audiencia y la víctima hubiera comparecido durante el proceso, se le dará traslado personal por seis días;
- b) si el pedido es formulado en audiencia y la víctima estuviera participando, previo traslado, lo evacuará en el momento. Si no estuviere presente en la audiencia, aunque hubiera participado con anterioridad, no se le conferirá traslado.

Si la víctima no se opone, el tribunal deberá decretar el sobreseimiento sin más trámite, mediante auto fundado exclusivamente en la solicitud del fiscal y en la no oposición de la víctima (art. 129.3). Si existe oposición, el juez podrá:

- a) desestimarla, decretando el sobreseimiento pedido por el Ministerio Público;
- b) acogerla, disponiendo en ese caso el reexamen del caso por el fiscal subrogante.

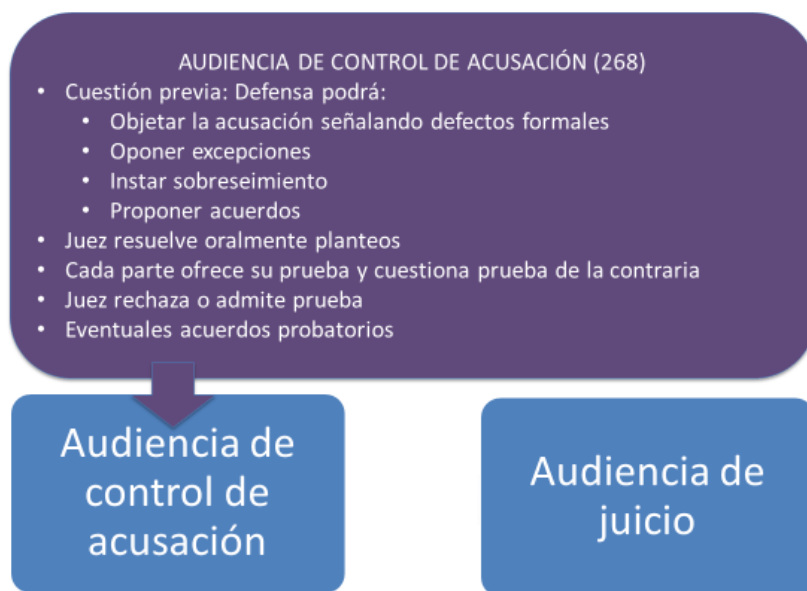
El fiscal subrogante dispondrá de un plazo de veinte días para expresarse, reiterando el pedido de sobreseimiento o continuando con el proceso según su estado (art. 129.4). Si el fiscal subrogante reitera el pedido de sobreseimiento, el juez lo decretará sin más trámite. La sentencia se notificará a las partes, a la víctima y al jerarca del Ministerio Público (art. 129.5). En todo caso, en consonancia con las reglas del proceso acusatorio, la última palabra en materia de sobreseimiento, la tendrá el fiscal (sea el inicial si no hay oposición o la oposición fue desestimada) o el subrogante (si se hizo lugar a la oposición de la víctima). El sobreseimiento también puede plantearse a pedido de la defensa (art. 131).

Antes de la acusación fiscal, la defensa podrá pedir al tribunal el sobreseimiento del imputado por cualquiera de las causas previstas en el artículo 130, ya transcriptas. El incidente se sustanciará con la víctima que hubiere comparecido a la audiencia de formalización (antes llamada “audiencia preliminar”) y luego con el fiscal. Si el fiscal no se opone al sobreseimiento, el juez deberá decretarlo. Si el pedido de sobreseimiento formulado por la defensa fuera denegado, esta no podrá volver a plantearlo, salvo que alegare hechos no conocidos al tiempo de formular la primera solicitud u ofreciere nuevos medios de prueba. Es importante tener en cuenta que el sobreseimiento tiene los mismos efectos que la sentencia absolutoria (art. 132).

3.6 AUDIENCIA DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN

Vencido el plazo de 30 días contemplado en el artículo 128 para que la defensa conteste la acusación, el juez convocará a las partes y a la víctima, si hubiere comparecido a la audiencia de formalización, a una audiencia de control de la acusación, dentro de los diez días siguientes (art. 268.1).

En el siguiente gráfico se reseña el contenido de esta audiencia, que no estaba prevista en el diseño original del nuevo CPP y que fue agregada por la Ley 19.549. Sus objetivos son preparar la audiencia de juicio y facilitar la intervención de dos jueces distintos: uno para las fases previas a la audiencia de juicio y otro distinto para la audiencia de juicio, como habremos de analizarlo luego.



Esta audiencia, se regirá por las normas generales previstas para las audiencias (arts. 9, 134 y 135, entre otros).

El contenido específico de la audiencia de control de la acusación es el siguiente (art. 268):

1) Cuestiones previas

Como cuestión previa en la audiencia, la defensa podrá:

- a) objetar la acusación señalando defectos formales;
- b) oponer excepciones;
- c) instar el sobreseimiento; y
- d) proponer acuerdos.

Una primera duda que plantea esta norma es si las cuestiones previas mencionadas en los literales a) y b) pueden plantearse en la audiencia de control de acusación si la defensa no las planteó al contestar la acusación. Una primera interpretación que podría hacerse es que en base al principio de preclusión, si la defensa no planteó la cuestión al

contestar la acusación no puede hacerlo en la audiencia, salvo que la cuestión refiriera a hechos nuevos o se motivara en prueba nueva. De lo contrario, la contestación de la acusación no tendría demasiado sentido. En esta lectura, podría agregarse que la norma prevé la posibilidad del planteo en la audiencia de estas cuestiones porque en la lógica del nuevo sistema procesal penal (fundamentalmente como consecuencia de las reformas introducidas por la ley 19.549) se busca que aún cuando se realice un planteo en fase escrita, el mismo se reitere en fase oral para permitir la “autosustentabilidad” de la audiencia; esto es: que quienes participan de la misma o la presencien, puedan comprender en su integralidad los puntos en debate. Una segunda interpretación podría ser que dado que la ley no establece expresamente la limitación (preclusión), podrían plantearse estas cuestiones en la audiencia de control de la acusación, aún cuando no se hubieran planteado al contestar la acusación, sin necesidad de invocar hechos nuevos o prueba nueva.

En cuanto a la facultad de instar el sobreseimiento que tiene la defensa en esta audiencia (literal c), cabe recordar que conforme a la interpretación lógica del art. 131, si el pedido de sobreseimiento formulado por la defensa fuera denegado anteriormente a la audiencia de control de acusación, la defensa no podrá volver a plantearlo, salvo que alegare hechos no conocidos al tiempo de formular la primera solicitud u ofreciere nuevos medios de prueba. En cuanto a la facultad de la defensa de proponer acuerdos (literal d), pareciera que no existirían limitaciones vinculadas al principio de preclusión.

2) Resolución de planteos y ofrecimiento probatorio

Resueltos los planteos en audiencia, cada parte ofrecerá su prueba y formulará las observaciones que considere pertinentes respecto de la prueba de la parte contraria.

Nuevamente aquí se plantea una duda similar a la ya expuesta respecto de las cuestiones previas. ¿Puede ofrecerse en la audiencia de control de acusación prueba no ofrecida con la acusación o contestación de la acusación y que no refiera a hechos nuevos? Las respuestas posibles son similares.

3) *Filtros probatorios*

El juez rechazará la prueba cuando esta resulte inadmisibile, impertinente, sobreabundante, dilatoria e ilegal.

Conforme al art. 268.4, no podrá admitirse en juicio ninguna prueba a la que la defensa no haya tenido acceso y posibilidad de control.

La audiencia de control de acusación tiene también un contenido esencial en lo que refiere al control de qué prueba ofrecida por las partes se incorpora al proceso y cuál se rechaza.

Existen diferencias del CPP con las normas procesales civiles (CGP) ya que el poder-deber de rechazo de la prueba por el juez refiere a algunas categorías distintas. Mientras que en el CGP, la facultad de rechazo probatorio se limita en la fase de la audiencia preliminar a la prueba inadmisibile, manifiestamente innecesaria, manifiestamente inconducente y manifiestamente impertinente (arts. 24 6) y 341 6) del CGP), en el proceso penal se utilizan las categorías “*inadmisibile, impertinente, sobreabundante, dilatoria e ilegal*”.

La prueba inadmisibile y la ilegal suelen ser análogas, pero que a la prueba impertinente y sobreabundante (podría equipararse a la innecesaria del CGP) se le quite el calificativo de “manifiesta” (grosera, patente, clara) puede implicar matices de mayor rechazo de prueba por el juez en el CPP en un proceso en que, por los derechos que están en juego (y dado que el juez de juicio no será el mismo que admitió o rechazó la prueba), se debiera tener un criterio de mayor amplitud.

Ello es mas relevante aún si se tiene en cuenta que la decisión de rechazo de prueba, conforme al art. 140.3, se apela con efecto diferido (en nuestra opinión sería preferible para el proceso penal el efecto no suspensivo de la apelación para los medios de prueba rechazados y el efecto diferido para los admitidos).

4) *Acuerdos probatorios*

Las partes podrán arribar a acuerdos probatorios, dando por acreditados determinados hechos, los que no podrán ser debatidos en juicio.

La posibilidad de acuerdos probatorios constituye una innovación del CPP. El art. 144 lit d) prevé que “*las partes podrán acordar tener por*

admitidos ciertos hechos, en cuyo caso corresponderá al juez en la audiencia de control de acusación declararlo como acreditado, dejando debida constancia en el auto de apertura a juicio”.

Los acuerdos probatorios excluirán hechos del objeto de la prueba y podrán determinar que prueba ofrecida por las partes no deba ser diligenciada por los posteriores acuerdos probatorios. La audiencia de control de acusación es el ámbito para implementar estos acuerdos y el juez los declarará así en ese acto. En cuanto al rol del juez en la audiencia de control de acusación, se establece que este:

- a) velará por un genuino contradictorio sobre los puntos en debate;
- b) evitará discusiones que son propias del juicio oral;
- c) resolverá oralmente, de manera inmediata y fundada los planteos de las partes, basándose en las evidencias que presentaren las partes en audiencia;
- d) adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control por la defensa de la prueba que se admitirá para el juicio.

La audiencia quedará registrada en soporte digital de audio (el sistema “Audire” será la regla) o video y se labrará un acta sucinta donde constará la fecha, las partes intervinientes y las decisiones arribadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 (art. 268.5).

3.7 AUTO DE APERTURA A JUICIO Y PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

Terminada la audiencia de control de acusación, y para poder llegar a la audiencia de juicio — también llamado en el CPP “juicio oral” — es necesario que se realicen una serie de actos para preparar el proceso para el nuevo juez o jueza que intervendrá.

Las modificaciones al CPP de último momento, aprobadas antes de su entrada en vigencia el 1º de noviembre de 2017 (pero que entraron a regir pocos días después), implicaron una mejora sustancial al sistema, al prever que *el juez que hubiere intervenido en actuaciones previas a la audiencia de juicio quedará automáticamente impedido de celebrar*

*la misma y dictar sentencia*²⁴, pasando a intervenir otro juez conforme al régimen de subrogaciones instrumentado por la Suprema Corte de Justicia. En el siguiente gráfico se resume la actividad procesal desde que culmina la audiencia de control de acusación y comienza las audiencias de juicio.



²⁴ Art 25.4: “Los Jueces Letrados de Primera instancia en lo Penal, los Jueces Letrados Penales Especializados en Crimen Organizado y los Jueces Letrados de Primera instancia del Interior con competencia en materia penal, que hubieren intervenido en actuaciones previas a la audiencia de juicio quedarán automáticamente impedidos de celebrar la misma y dictar sentencia. A los efectos de este artículo no se considerarán actuaciones previas el dictado de decretos de mero trámite. La Suprema corte de Justicia reglamentará el régimen de subrogaciones”. Cabe señalar que la Ley 19.587 agregó el art. 25.5. al CPP, disponiendo: “La misma regla dispuesta en el numeral 25.4 de este artículo se observará en el caso de los Jueces Letrados de Adolescentes y los Jueces Letrados de Primera Instancia del Interior con competencia en materia de adolescentes”.

Art. 24: “(Tribunales de Apelaciones en lo Penal).- Los Tribunales de Apelaciones en lo Penal conocen en segunda instancia de las apelaciones deducidas contra las sentencias dictadas por los Jueces Letrados de Primera Instancia en lo Penal, los Jueces Letrados de Primera Instancia del Interior con competencia en materia penal y los Jueces Letrados de Primera Instancia de Ejecución y Vigilancia”. “Los Tribunales de Apelaciones en lo Penal que hubieren intervenido en relación a actuaciones previas a la audiencia de juicio quedarán automáticamente impedidos de intervenir en actuaciones relacionadas con la audiencia de juicio y el dictado de sentencia”.

Dentro de los tres días de concluida la audiencia de control de acusación, el juez que intervino en ella deberá redactar el auto de apertura a juicio oral, el que será remitido al juez respectivo que intervendrá en el juicio oral.

El auto de apertura a juicio consiste en el resumen de los aspectos fundamentales de las etapas previas al juicio oral — fundamentalmente desde la acusación hasta la audiencia de control de la acusación — que el juez que termina de actuar en las primeras etapas del proceso le remite al nuevo juez que intervendrá en el caso a partir de la audiencia de juicio oral.

Conforme al art. 269.1, el auto de apertura a juicio oral contendrá:

- a) el órgano jurisdiccional competente para intervenir en el juicio oral;
- b) las partes intervinientes con sus respectivos domicilios;
- c) la acusación y la contestación admitidas;
- d) los hechos que se dieron por acreditados en virtud de las convenciones probatorias arribadas;
- e) la prueba que hubiera sido admitida, asentando los datos necesarios para la presentación de la misma en juicio;
- f) los planteos efectuados y rechazados; y
- g) cuando el acusado soporte una medida cautelar, la indicación sobre su subsistencia y su duración.

El auto de apertura a juicio es irrecurrible por expresa disposición legal.

La irrecurribilidad de la referida resolución plantea preocupaciones en aquellos casos en que el auto de apertura a juicio oral contuviera errores relevantes (por ejemplo: se estableciera en dicho auto que determinado hecho se dio por acreditado en virtud de una convención probatoria que no existió o existió pero respecto de otros hechos, o se dejara constancia que una determinada prueba fue admitida cuando en realidad fue rechazada, o se estableciera erróneamente un plazo de duración de la medida cautelar distinto al oportunamente dispuesto, etc.). Téngase en cuenta que el error o contradicción entre lo que efectivamente sucedió en las etapas previas al juicio oral y lo que dice el auto de apertura a juicio podrá generalmente demostrarse con facilidad

consultando los registros de audio del sistema Audire y/o las actas respectivas.

Al respecto pueden plantearse varios caminos interpretativos.

El primero, en una interpretación restrictiva de la ley, implicaría que este auto, al ser irrecurrible, no puede ser modificado posteriormente en ningún caso.

Otra posible interpretación sería sostener que se trata de una resolución dirigida al juez que asumirá el caso y no a las partes y, por ende, la irrecurribilidad se motiva en esa circunstancia. Pero ello no impide que el juez que asuma el caso pueda “corregir”, de oficio o a petición de parte, algún error manifiesto de ese auto que no alcanzaría en ningún caso autoridad de cosa juzgada y, además, tendría un status “provisorio” por tratarse de una resolución cuyo objeto es permitirle el trabajo eficiente y ordenado al juez que asume el caso a partir de la audiencia de juicio oral. Ello sin perjuicio de que pueda invocarse el principio de preclusión si las partes no hacen valer el error en la primer oportunidad que tengan. El juez que asume el nuevo caso podrá fundar la resolución modificatoria del auto de apertura de juicio oral en los registros de audio y actas.

Sin perjuicio de ello, podría pensarse también en casos excepcionales que si el auto de apertura de juicio oral contiene algún error material manifiesto que advirtiera el propio juez que dictó el mismo en forma inmediata (por ejemplo, antes de ser comunicada a las partes la fecha de realización de la audiencia de juicio oral), éste lo pudiera corregir.

Conforme al art. 269.2 en el plazo de cinco días de dictado el auto de apertura de juicio oral, se comunicará a las partes el juez que intervendrá en la audiencia y la fecha de su realización, la que deberá tener lugar no antes de diez días ni después de tres meses desde la notificación del auto referido. Obsérvese que no dice la norma que deba notificarse a las partes el auto de apertura a juicio (que, como dijimos, está dirigido al juez que asume la causa) sino solamente la indicación del juez que intervendrá en el proceso a partir de ese momento y la fecha de la audiencia de juicio oral. Sin perjuicio de ello, sería de buena práctica notificar el auto de apertura a juicio (sin perjuicio de que las partes puedan tomar conocimiento del mismo en el tribunal y sea de

litigante diligente controlar su contenido por si fuera necesario instar algún ajuste del mismo en el caso de entenderse que la posibilidad de su modificación es la interpretación correcta).

Dictado el auto de apertura a juicio, el juzgado procederá asimismo a la citación de los testigos, peritos, intérpretes y la víctima (art. 269.3), de modo que, a la fecha fijada para la realización del juicio oral, puedan comparecer todos los sujetos que las partes hubieran propuesto a efectos de las diligencias probatorias.

3.8 AUDIENCIA DE JUICIO (JUICIO ORAL)

Realizadas las citaciones para la audiencia de juicio, se celebrará la misma en la fecha fijada por el tribunal y que fue notificada luego de dictado el auto de apertura a juicio oral. Como ya lo señalamos, la audiencia de juicio deberá celebrarse no antes de diez días ni después de tres meses desde la notificación del auto referido (art. 269.2).

Como consecuencia de las diversas fuentes de sus disposiciones (e incluso por el distinto momento en que fueron incorporadas las regulaciones al texto actualmente vigente), el CPP utiliza en forma casi indiscriminada las expresiones “audiencia de juicio” y “juicio oral”. En ambos casos, el nuevo Código quiere referirse al momento en que comienza el debate sobre el fondo del caso, pero con un enfoque bastante distinto al del CGP.

En efecto, la idea de los códigos procesales — tanto penales como civiles — de última generación, es que llegada la etapa del debate sobre el fondo (pero también en las audiencias anteriores), la audiencia sea “autosustentable”; esto es: que quienes participan de la misma o la presencian, puedan comprender en su integralidad los puntos en debate sin necesidad de haber leído los actos escritos o presenciado audiencias anteriores.

Y ello porque en los últimos años, un valor esencial de los sistemas de justicia es que la sociedad pueda comprender lo que ocurre y se debate en los juicios (con etapas claras y lenguaje claro).

En otras palabras, el proceso se basa en lo que ocurre en las audiencias y no en el expediente. Por ello, la audiencia de juicio es también el juicio oral en este enfoque o significado.

Ello es muy diferente a lo que ocurre, por ejemplo, en códigos procesales orales un poco más antiguos, donde llegada la audiencia complementaria (o audiencia de juicio), no se reiteran ni resumen actos procesales previos y, por ende, quien no conoce las actuaciones escritas o las audiencias previas, difícilmente pueda comprender fácilmente la magnitud y alcance del debate y las características del caso.

En estos casos, sin perjuicio de la oralidad e inmediación, el expediente judicial sigue teniendo un rol preponderante.

Esta referencia conceptual es clave para comprender el contenido de la audiencia de juicio y explicar por qué se realizan algunas actividades que parecen reiterar etapas ya cumplidas antes de la audiencia de juicio.

El CPP regula el rol del juez en la audiencia de juicio así como la necesaria comparecencia de las partes:

- a) La dirección de la audiencia le compete al juez, quien presidirá el juicio, hará las advertencias legales y moderará el debate (art. 270.1).
- b) El juez tendrá poder de disciplina para velar por el orden y el respeto debido (art. 270.1).
- c) El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida del juez y de todas las partes (art. 270.2).
- d) El imputado no podrá retirarse de la audiencia sin el permiso del juez (art. 270.2).
- e) La audiencia de juicio oral se desarrollará en forma continua y deberá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su finalización (art. 270.3).
- f) El tribunal podrá suspender la audiencia por razones de absoluta necesidad y por el tiempo mínimo que resulte necesario, el que no podrá extenderse por más de diez días, salvo casos excepcionales y debidamente fundados (art.270.3).

En el siguiente gráfico se resume el contenido de la audiencia de juicio.

Audiencia de juicio

AUDIENCIA DE JUICIO ORAL (270 y 271)

- Apertura del debate
- Advertencias al imputado e información de sus derechos
- Alegato de apertura del Fiscal
- Alegato de apertura de Defensa
- Producción de prueba
- Alegatos finales
 - Fiscal
 - Abogado de la víctima
 - Defensor
- Eventuales réplicas
- Se interroga al imputado si tiene algo más que declarar
- Se declara cerrado el debate
- Sentencia
 - Regla: fallo con fundamentos al fin de la audiencia
 - Excepcionalmente: prórroga de audiencia por hasta 15 d. para dictar sentencia con fundamentos.

El contenido de la audiencia de juicio es complejo y está regulado con bastante detalle en los arts. 270 y 271.

Reseñamos a continuación el contenido de la audiencia de juicio:

1) Constitución del tribunal y apertura del debate

Conforme al art. 270.4, constituido el tribunal el día y hora programada se declarará abierto el debate.

Como ya lo hemos señalado, a partir de este momento, comienza la actuación de un nuevo juez, que no participó de las etapas previa al juicio oral.

2) Advertencias al imputado e información sobre sus derechos

A continuación se le advierte al imputado sobre la importancia del acto, el significado de la audiencia y los derechos que le asisten (art. 270.4).

Constituye una garantía para el imputado comprender la trascendencia de la audiencia de juicio y lo que está en juego en ella, así como los derechos que le asisten (derecho a declarar, a no declarar, a guardar silencio sobre todas o algunas cuestiones, contar en todo momento con la asistencia de su defensor, etc.).

Es de destacar que durante toda la duración del juicio, el imputado estará habilitado a realizar las declaraciones que considere pertinentes, siempre que el tribunal lo considere oportuno. Las partes podrán formularle preguntas, bajo las reglas del examen y contra examen (art. 270.5).

3) Alegatos de apertura (art. 270.5)

Inmediatamente se cederá la palabra al fiscal para que exponga sus alegatos de apertura.

Luego se invitará a la defensa para que haga lo propio.

No se prevén los alegatos de apertura del defensor de la víctima, aún cuando si están previstos, como habremos de ver, los eventuales alegatos finales de éste.

Los alegatos de apertura, conceptualmente, constituyen una exposición oral acerca de cuál es la posición del fiscal y de la defensa — tanto en cuanto a los extremos fácticos como a las cuestiones jurídicas en debate — y el anuncio de lo que cada uno de ellos intentará probar en la audiencia de juicio, afirmando también la carga de prueba que pesa sobre la contraparte.

4) Producción de la prueba

Uno de los principales contenidos de la audiencia de juicio es el diligenciamiento o producción de la prueba.

Después de las presentaciones iniciales se recibirá la prueba ofrecida por las partes y la víctima si correspondiere.

La ley establece el orden de producción de la prueba. Señala el art. 271.1 que comenzará por la prueba de la acusación, seguirá con la de la víctima en su caso y finalizará con la prueba de la defensa.

Es importante destacar que, en el proceso acusatorio, construido sobre la protección de la teoría del caso de cada sujeto interviniente, será el fiscal, el defensor de la víctima y el defensor del imputado, quienes irán indicando el orden de producción de la prueba de cada uno de ellos, conforme a la estrategia procesal diseñada. Lo que la ley sí marca es el orden, conforme a quién ofreció la prueba: primero el fiscal, luego la víctima (eventual) y finalmente el defensor del imputado.

Señala también el art. 271.1. que la prueba deberá producirse en la audiencia de juicio, no resultando válida la incorporación como prueba de actuaciones realizadas durante la investigación, salvo las que se hayan cumplido con las reglas de prueba anticipada o que exista un acuerdo de partes.

Recordemos que conforme al art. 259.1: *“La actividad desarrollada en la indagatoria preliminar para reunir medios de prueba que posibiliten la ulterior iniciación del proceso no se integrará en ningún caso a este, salvo cuando hubiera sido dispuesta con intervención del tribunal”*. En similares términos, el art. 264 inc. 4º dispone: *“El legajo de la Fiscalía no podrá ser consultado por el órgano jurisdiccional, quien tendrá que resolver los planteos que le formulen las partes en audiencia, en base a las argumentaciones que estas hagan de la información recolectada y la contradicción que genera la parte contraria”*.

Si bien la regla expuesta en las normas transcriptas es que las investigaciones que sin intervención del juez realiza el fiscal, no constituyen prueba y, por ende, no pueden ni deben ser incorporadas al proceso penal, existen varios artículos del CPP en los cuales las resultancias de la carpeta investigativa inciden en el proceso. En el caso del art. 271.1. el acuerdo de partes permite la incorporación. El supuesto de prueba anticipada previsto en la norma no es una excepción, sino una aplicación del principio de que es prueba aquella realizada con contralor jurisdiccional. En cambio, el acuerdo de partes para incorporar como prueba actuaciones realizadas durante la investigación, si es una excepción a la regla general y se fundamenta en la posibilidad de acuerdos en el nuevo proceso penal. Como ya lo señalamos, si puede acordarse en dejar fuera del objeto de la prueba algún hecho (acuerdos

probatorios), con igual fundamento se admite incorporar como prueba, por acuerdo de partes, una o más resultancias de la investigación administrativa.

En cuanto al desarrollo de la producción probatoria, el CPP prevé algunas reglas:

- Antes de declarar, los testigos, peritos e intérpretes no podrán comunicarse entre sí, ni podrán observar o escuchar lo que ocurre en la audiencia (art. 271.2).
- Los peritos podrán declarar consultando sus informes para explicar las operaciones periciales realizadas (art. 271.2).
- Los testigos, peritos e imputados declararán bajo las reglas del examen directo y contra examen previstas en el presente Código (art. 271.2). Esta norma es especialmente relevante por cuanto constituye una referencia indirecta a la teoría del caso que supone que el tribunal deba respetar la teoría del caso de cada parte y el derecho a realizar a su modo el examen directo, pero a su vez se debe favorecer el debate y contralor por la contraparte mediante el contrainterrogatorio.
- En relación a la declaración de testigos, el juez podrá rechazar cualquier pregunta que juzgue inconducente, innecesaria, dilatoria, sugestiva, perjudicial o agravante para el testigo, así como dar por terminado el interrogatorio cuando lo considere del caso (art. 158.4). Como ya lo hemos señalado, se plantea la duda de si el juez puede admitir que las partes formulen preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio. La lectura aislada del art. 158.4 no permitiría su formulación. Sin embargo, en mi opinión, la conclusión podría ser diversa a la luz del art. 271.2 in fine que dispone: *“Los testigos, peritos e imputados declararán bajo las reglas del examen directo y contra examen previstas en el presente Código”*. No parece razonable que pueda realizarse un contraexamen profundo en el marco de la teoría del caso sin la posibilidad de formular preguntas sugestivas, las cuales, por supuesto, no deben vulnerar las garantías del imputado ni los derechos del testigo (las preguntas no deben ser agraviantes, por ejemplo). Por ende, analizando las dos normas contextualmente, podemos interpretar que el art. 158.4 se refiere al examen directo y que para el contraexamen pueden admitirse preguntas sugestivas. Reiteramos que es una opinión preliminar, y habrá que esperar desarrollos jurisprudenciales y, fundamentalmente, cómo funcionan en la práctica las audiencias de juicio, para poder tener un panorama más claro al respecto.

- Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles. El tribunal tratará el planteo de inmediato, con mínima sustanciación si fuese necesario, evitando que las objeciones se utilicen para alterar la continuidad del testimonio (art. 271.3).
- Cuando sea necesario para demostrar o superar contradicciones o fuese indispensable para ayudar a recordar al testigo o perito, se podrá leer la parte pertinente de una declaración sin tenerla incorporada como prueba (art. 271.4). Estamos aquí ante un nuevo supuesto en el cual, de algún modo, lo que resulta de la carpeta investigativa puede terminar teniendo incidencia en el juicio, aunque más no sea indirectamente en virtud de la “presión psicológica” que pueda implicar para el declarante.
- Los documentos, informes, objetos secuestrados, grabaciones y elementos de prueba audiovisual solo podrán ingresar al debate previa acreditación de la parte que lo propuso (art. 271.5).
- Como ya lo señalamos, durante toda la duración del juicio, el imputado estará habilitado a realizar las declaraciones que considere pertinentes, siempre que el tribunal lo considere oportuno. Las partes podrán formularle preguntas, bajo las reglas del examen y contra examen (art. 270.5).
- Para que en el juicio oral la confesión (admisión por el imputado de los hechos contrarios a su interés) tenga valor probatorio es preciso que el imputado, asistido por su defensor, la haya prestado libremente ante el tribunal, y que además otro u otros elementos de convicción la corroboren (art. 146.2), lo que no ocurre en el proceso abreviado.
- El juez puede formular preguntas aclaratorias (art. 158.3), eliminándose la posibilidad de preguntas ampliatorias que preveía la redacción anterior del nuevo CPP.
- Las resoluciones dictadas por el tribunal sobre producción, denegación y diligenciamiento de la prueba, serán apelables con efecto diferido (140.3.).
- En el diligenciamiento y producción de la prueba que haya sido propuesta por la víctima, esta tendrá los mismos derechos que las partes (art. 81.2 c).

5) Alegatos finales

Conforme al art. 271.6, terminada la recepción de pruebas, el tribunal concederá sucesivamente la palabra al fiscal, al abogado de la víctima si hubiera comparecido y al defensor para que, en ese orden, expresen sus alegatos finales. Todas las partes tendrán derecho a réplica.

Los alegatos serán orales y solo se admitirá la lectura de notas o citas. El objetivo de los alegatos finales es expresar que lo que se había propuesto probar en el juicio oral se ha probado, individualizando en cada caso, con qué prueba se demostró cada hecho. Del mismo modo, se intentará demostrar que la contraparte no probó lo que tenía la carga de probar. Esto, en relación a los hechos que hacen a la configuración del tipo penal, atenuantes, agravantes, etc. También conviene hacer referencia a los argumentos jurídicos esenciales y terminar pidiendo al juez la condena y la pena pertinente — en el caso del fiscal y eventualmente el abogado de la víctima — o la absolución o disminución de la pena — por parte de la defensa del imputado.

Los alegatos finales tienen una especial relevancia en el nuevo sistema y la ley ha buscado fortalecer su incidencia y utilidad en el proceso.

En primer lugar, se prevé el orden de los mismos: primero el fiscal, luego el abogado de la víctima si hubiera comparecido y, finalmente el defensor del imputado. Obsérvese que aquí si se prevé el eventual alegato final del defensor de la víctima (no está previsto en cambio su alegato de apertura).

En segundo lugar, se hace especial énfasis en el carácter oral de los alegatos, no solo porque así deban exponerse ante el juez en audiencia pública, sino también porque implícitamente se prohíbe dar lectura en audiencia al alegato, ya que solo pueden leerse notas o citas.

En tercer lugar, se busca fomentar la contradicción mediante la previsión de la eventual réplica del alegato para “todas las partes” (debió decir: “fiscal, defensor de la víctima y defensor del imputado”, ya que la víctima no es parte). La réplica de los alegatos es especialmente interesante si la oralidad argumentativa, en el marco de la teoría del caso, se practica de forma adecuada y estratégica, ya que cada abogado deberá prever que a sus afirmaciones en el alegato, el abogado de la contraparte (o de la víctima) pueda formular réplicas.

6) Eventual manifestación final del imputado

Finalmente se preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar (art. 271.6).

Constituye este el derecho del imputado de expresar lo que piensa antes del dictado de la sentencia.

7) *Cierre del debate*

Luego de ello, se declarará cerrado el debate (271.6).

8) *Sentencia*

El tribunal deberá dictar la sentencia al término de la audiencia y en esa oportunidad expedir el fallo con sus fundamentos.

Excepcionalmente, cuando la complejidad del asunto no permitiere pronunciar la decisión inmediatamente, el tribunal podrá prorrogar la audiencia por un plazo no mayor a quince días para dictar la sentencia con sus fundamentos (art. 271.7).

El objetivo de la reforma es que, de regla, la sentencia se dicte al fin de la audiencia de juicio, pero se prevé la posibilidad de prórroga de la audiencia por un plazo no mayor a 15 días para el dictado de sentencia y fundamentos.

En cualquier caso, la sentencia debe dictarse en audiencia pública.

Es importante tener en cuenta que, conforme al art. 142.1, en el juicio oral, a diferencia de lo que ocurre en el proceso abreviado (art. 142.3), no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso plena prueba de la que resulte racionalmente la certeza del delito y la responsabilidad del imputado. Por ende, en caso de duda, deberá absolverse al imputado (art. 142.2.).

Merece destacarse que el principio acusatorio fue debilitado por la Ley N° 19.653 de 17/08/2018 que agregó al CPP el art. 271.8 que dispone:

El tribunal podrá disponer, durante el plazo para dictar sentencia, diligencias para mejor proveer.

Las partes podrán solicitar, a modo de contraprueba, diligencias complementarias de las dispuestas por el tribunal, el cual resolverá sin otro trámite y sin perjuicio del recurso de apelación diferida, si se violan las garantías del derecho de defensa.

El tribunal de segunda instancia, si considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el proceso, podrá disponer las medidas complementarias que entienda adecuadas para asegurar el respeto del derecho de defensa en juicio. Las diligencias para mejor proveer solo pueden tener como objeto hechos alegados y controvertidos por las partes.

Conforme al art. 119.1, la sentencia definitiva deberá consignar:

- a) la fecha, el lugar y el tribunal que la dicta, la identificación de los autos, el nombre del o de los imputados, el delito por el cual se los acusa, el de los defensores que actúan en el juicio e identificación del representante de la Fiscalía General de la Nación;
- b) expresará a continuación por Resultandos, las actuaciones incorporadas al proceso relacionadas con las cuestiones a resolver, las pruebas que le sirvieron de fundamento, las conclusiones de la acusación y la defensa y finalmente, debidamente articulados, los hechos que se tienen por ciertos y los que han sido probados;
- c) determinará luego por Considerandos, el derecho a aplicar respecto de: la tipicidad de los hechos probados, la participación de los imputados, las circunstancias alteratorias de la pena y la modalidad concursal de los delitos.

La sentencia definitiva puede ser de absolución o de condena.

La *sentencia de absolución* examinará el mérito de la causa y destacará la falta de prueba o la existencia de causas de justificación, de inculpabilidad, de impunidad o de extinción del delito (art. 119.3).

Si la sentencia es absolutoria, ejecutoriada cierra el proceso definitiva e irrevocablemente en relación al imputado en cuyo favor se dicta (art. 124.1). La sentencia absolutoria ordenará cuando sea del caso, la libertad del imputado o la cesación de las medidas de coerción que se le hubieren aplicado (art. 124.2). Aunque la sentencia sea recurrida por el Ministerio Público, la libertad o cese de las medidas limitativas de la libertad del imputado serán cumplidas con carácter provisional (art. 124.3). En similares términos, dispone el art. 119.7 que la sentencia absolutoria o la que dispone el sobreseimiento ordenará la libertad del imputado, la cesación de todas las medidas cautelares y que las cosas secuestradas sean devueltas a la persona de quien se obtuvieron.

Conforme al art. 119.4, la *sentencia de condena* solo podrá tener por acreditados los hechos contenidos en la acusación, expresará los fundamentos de la individualización de la pena y condenará a la que corresponda, no pudiendo el tribunal aplicar penas más graves a las requeridas. También se pronunciará sobre la pena de confiscación y demás accesorias, así como respecto de la aplicación de medidas de seguridad, en su caso.

La sentencia que imponga medidas de seguridad curativas fundamentará la declaración de inimputabilidad y precisará el régimen de las mismas (art. 119.5).

La sentencia dispondrá el destino de las cosas secuestradas y sujetas a confiscación (art. 119.6).

3.9 SEGUNDA INSTANCIA

La sentencia definitiva de primera instancia admite apelación.

Conforme al art. 361, la apelación de la sentencia definitiva suspende su ejecución. No obstante, en caso de apelación de sentencia absolutoria se decretará la libertad provisional del imputado.

El trámite ante el tribunal de alzada se realiza básicamente conforme al CGP, ya que el art 366 del CPP dispone que se aplicarán al proceso penal en lo pertinente lo dispuesto en los artículos 116, 257, 259 y 344 del Código General del Proceso.

3.10 CASACIÓN

La sentencia definitiva de segunda instancia admite recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia.

Se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones del Libro I, Título VI, Capítulo VII, Sección VI del Código General del Proceso, con algunas precisiones y modificaciones previstas en el art. 369.

La interposición del recurso de casación tiene efecto suspensivo hasta la resolución definitiva, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 124 del Código.

4 EL PROCESO ABREVIADO

El proceso abreviado, es una estructura procesal alternativa, que puede aplicarse cuando se dan determinadas condiciones.

Su finalidad es obtener rápidamente una sentencia de condena en aquellos casos en que el imputado está dispuesto a admitir su responsabilidad, beneficiándose a cambio, con una reducción de la pena que se acuerda con el fiscal dentro de los márgenes que fija la ley.

Más allá de los debates éticos y jurídicos en torno a esta figura procesal (muchos de los cuales presentan sólidos fundamentos), la misma surge en las reformas de casi todos los países como respuesta a la necesidad de evitar que una persona esté sujeta a un largo proceso –y eventualmente privada de libertad- cuando está dispuesta a reconocer su responsabilidad. Ello permite disminuir la carga de trabajo del sistema de justicia y dar una respuesta que compatibilice los intereses en juego.

En la Instrucción General N° 6 de la Fiscalía General de la Nación, se formula el siguiente concepto de proceso abreviado:

Consiste en una estructura procesal “simplificada” que tiene como base un acuerdo entre el fiscal y el imputado -debidamente asistido por su defensa- en el que el imputado acepta los hechos que se le imputan y los antecedentes de la investigación; a cambio de una rebaja de la pena aplicable en el caso concreto.

Se busca la obtención de una condena en el menor tiempo posible, con las garantías debidas, procurando optimizar los recursos humanos y evitar el congestionamiento del sistema. Se procura por esta vía obtener una resolución más eficiente del conflicto y evitar la victimización y criminalización secundaria.

En el nuevo CPP (art. 272), se aplicará el proceso abreviado para el juzgamiento de hechos cuya tipificación por el Ministerio Público de lugar a la aplicación de una pena mínima no superior a seis años de penitenciaría o de una pena de otra naturaleza, cualquiera fuere su entidad.

Obsérvese que este rango de pena permite una amplia aplicación del instituto considerando el tipo de delito, quedando muy pocas figuras penales fuera de su posible aplicación.

Para que procesa el proceso abreviado, será necesario que el imputado, *“en conocimiento de los hechos que se le atribuyen y de los antecedentes de la investigación, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este proceso. La existencia de varios imputados no impedirá la aplicación de estas reglas a algunos de ellos”*.

En ese caso, el acuerdo celebrado con un imputado no podrá ser utilizado como prueba en contra de los restantes.

La regulación del proceso abreviado es muy escueta en el CPP, siendo necesaria una amplia tarea de interpretación e integración para posibilitar su desarrollo práctico. En los primeros meses de vigencia del nuevo CPP, el instituto del proceso abreviado fue utilizado frecuentemente alcanzándose sentencias de condena en pocos días. Parte de la doctrina ha criticado la excesiva utilización de esta estructura procesal en desmedro del proceso ordinario o juicio oral.

Respecto del procedimiento, el art. 273 dispone que el proceso abreviado se regirá por lo establecido en el proceso ordinario, con las siguientes modificaciones:

273.1 Desde la formalización y hasta el vencimiento del plazo par deducir acusación o solicitar sobreseimiento, el fiscal podrá acordar con el imputado la aplicación del proceso abreviado.

273.2 La aceptación de los hechos y de los antecedentes de la investigación por el imputado, será considerada por el Ministerio Público al momento de solicitar la pena, pudiendo disminuir la solicitud hasta en una tercera parte de aquella aplicable al caso concreto.

273.3 El juez, en audiencia, verificará el cumplimiento de los requisitos del artículo 272 de este Código, así como que el imputado hubiere prestado su conformidad con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente. Si entendiera que el acuerdo no cumple con los requisitos legales, declarará su inadmisibilidad. En este caso, la pena requerida en el proceso abreviado no será vinculante para el Ministerio Público y la aceptación de los hechos y de los antecedentes de la investigación por parte del imputado se tendrá por no formulada.

273.4 En la misma audiencia, el juez dictará sentencia, luego de oír a la víctima si esta estuviera presente en la audiencia, la que en caso de ser condenatoria, no podrá imponer una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Público.

273.5 En estos procesos, el imputado deberá cumplir de manera efectiva y en todos sus términos con el acuerdo alcanzado con la Fiscalía.

273.6 La solicitud de pena disminuida por parte del Ministerio Público referida en el inciso 273.2, no podrá ser inferior al mínimo previsto por el delito correspondiente, en los casos de violación (artículo 272 del Código Penal), abuso sexual (artículo 272 - BIS del Código Penal), abuso sexual especialmente agravado (artículo 272 - TER del Código Penal), atentado violento al pudor (artículo 273 del Código Penal), abuso sexual sin contacto corporal (artículo 273 - BIS del Código Penal) y homicidio con dolo directo (artículo 310 del Código Penal).

273.7 En caso de que la víctima no hubiera estado presente en la audiencia en la que se dictó sentencia, esta será notificada del acuerdo alcanzado entre la Fiscalía y el imputado, en el plazo de diez días.”

En la Instrucción General N° 6 de la Fiscalía General de la Nación, se señala que la negociación con el imputado y su defensa puede alcanzar los siguientes aspectos:

- calificación jurídica del hecho.
- pena aplicable, la que podrá reducirse hasta en una tercera parte de aquella aplicable al caso concreto, pudiendo esto implicar la aplicación de una pena que inferior a la mínima legal prevista para el delito en cuestión. Al negociar la pena y ofrecer la correspondiente rebaja al imputado, deberá tenerse presente el momento procesal en el que se realiza la negociación, beneficiando aquellos procesos abreviados que se acuerden tempranamente sobre aquellos que se acuerden en etapas más avanzadas del proceso penal.
- forma de cumplimiento de la pena (Ej. privación de libertad, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva).

La mera lectura del art. 273 transcrito, deja de manifiesto grandes dudas sobre cómo instrumentar el acuerdo. Pareciera necesario –o al menos útil- que el acuerdo se hiciera por escrito, presentando ambas partes al juez la aceptación de los hechos por el imputado y la pena que prevé el fiscal con la disminución pertinente (la disminución

podrá ser de “*hasta en una tercera parte de aquella aplicable al caso concreto*”).

De ese modo el juez podrá realizar los contralores que prevé el art. 273.3. y si admitiera el acuerdo, dictará sentencia.

En la Instrucción General N° 6 de la Fiscalía General de la Nación, se realiza un interesante esfuerzo interpretativo para solucionar algunas cuestiones que la norma legal no regula expresamente:

Trámite.

El acuerdo celebrado con el imputado y su defensor debe ser documentado en forma circunstanciada por el fiscal del caso.

Realizado el mismo, deberá ser presentado al juez por las partes en escrito que deberá contener los hechos imputados, los antecedentes de la investigación, la calificación jurídica, la pena y su forma de cumplimiento y el petitorio. En este escrito deberá constar claramente la aceptación del imputado.

Si el tribunal entiende que no se cumplen los requisitos legales, declarará su inadmisibilidad y se seguirá el proceso en la etapa en la que suspendió (art. 273.3). En este caso la pena requerida en el proceso abreviado no será vinculante para el fiscal.

El proceso termina con el dictado de una sentencia, la que debe ser dictada en la misma audiencia y, en caso de ser de condena no podrá imponer una pena mayor a la solicitada por el fiscal.

Se señala también que todas las actuaciones que se realicen quedarán documentadas en la carpeta del caso que lleva la Fiscalía.

El art. 402.2. prevé la aplicación del proceso abreviado incluso en las causas ya en trámite a la entrada en vigencia del nuevo CPP²⁵.

²⁵ Dispone el art. 402.2: “En cualquier causa penal que se encuentre en etapa de sumario o ampliación sumarial, iniciada antes de la entrada en vigencia de este Código, hasta el dictado del auto que dispone el traslado al Ministerio Público para deducir acusación o sobreseimiento, el Ministerio Público podrá acordar con el imputado -asistido por su defensor- la aplicación del proceso abreviado previsto en los artículos 272 y 273 de este Código, siempre que concurran los requisitos establecidos en la norma y en las condiciones que la misma prevé.

La providencia que declare la inadmisibilidad del acuerdo podrá ser recurrida conforme a lo previsto en los artículos 362 a 366 inclusive de este Código. En caso de que la misma quede ejecutoriada, el

5 MEDIACIÓN EXTRAPROCESAL

Se prevén en el nuevo CPP varias *vías alternativas al proceso*, como mecanismos para resolver el conflicto

Comenzaremos por hacer alguna referencia a la mediación extraprocesal regulada en los arts. 382 y 383, que se lleva a cabo por el Poder Judicial.

Cuando se trate de conductas con apariencia delictiva que no revistan gravedad, el Ministerio Público puede derivar el caso a formas extraprocesales de resolución de ese conflicto (art. 382.1).

Al Poder Judicial se le asigna competencia en la resolución del caso, a través de la mediación extraprocesal (art. 382.2).

Para dar inicio al proceso restaurativo se requiere de la conformidad manifiesta del presunto autor y de la presunta víctima, quienes deben ser preceptiva y oportunamente informados por el funcionario a cargo (art. 382.3). Estamos pues, ante un instituto que presupone la conformidad de presunto autor y de la presunta víctima de transitar el camino de la mediación.

En caso de llegar a un acuerdo de reparación el Poder Judicial controlará su cumplimiento (382.4) y llevará un registro que especificará los acuerdos no alcanzados, los acuerdos alcanzados, los acuerdos alcanzados y cumplidos, así como los acuerdos alcanzados e incumplidos (art. 382.5).

Un punto que ha generado cierto debate es que las partes de este proceso restaurativo están eximidas de concurrir con asistencia letrada (art. 382.6). Siempre resulta complejo resolver el complejo conflicto de valores entre favorecer el acceso a la justicia (eximiendo de la asistencia letrada) o asegurar una mejor solución por contar con el debido asesoramiento jurídico. La función de información a las partes de la finalidad del instrumento de mediación y los derechos de cada una queda cargo del funcionario a cargo. La mediación extraprocesal no procederá respecto de delitos de violencia sexual (artículos 272, 273 y 274 del Código Penal) o explotación sexual (Ley N° 17.815, de 6 de

proceso se continuará tramitando por las disposiciones del Decreto-Ley N° 15.032, de 7 de julio de 1980 y sus modificativas, en el estado en que se encontraba”.

setiembre de 2004), del delito de violencia doméstica (artículo 321 bis del Código Penal) así como respecto de otros tipos penales que se hayan cometido como forma de ejercer violencia basada en género. (art. 382.7).

6 SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

Otras ce las vías alternativa a la finalización del proceso por sentencia, es la suspensión condicional del proceso regulada en los arts. 383 a 392 y 397 a 401.

Desde la formalización y hasta el vencimiento del plazo para deducir acusación o solicitar sobreseimiento, el fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al tribunal en forma fundada y bajo su responsabilidad funcional (artículos 24 y 25 de la Constitución de la República), la suspensión condicional del proceso a cambio de condiciones u obligaciones. La suspensión procederá cuando no exista interés público en la persecución y cuando la gravedad de la culpabilidad no se oponga a ello. (art. 383).

Se trata de un acuerdo entre fiscal e imputado que determina la solicitud al juez de que se produzca la suspensión del proceso condicionada al cumplimiento de ciertas condiciones u obligaciones por parte del imputado.

La suspensión condicional del proceso no procederá en los siguientes casos referidos en el art. 384:

- a) cuando la pena mínima prevista en el tipo penal supere los tres años de penitenciaría;
- b) cuando el imputado se encuentre cumpliendo una condena;
- c) cuando el imputado tuviera otro proceso con suspensión condicional en trámite.

Una vez convenida la suspensión condicional del proceso, el fiscal en audiencia informará de forma fundada al juez competente sobre las condiciones del acuerdo.

En lo que refiere al acuerdo alcanzado, el juez controlará que el imputado haya prestado su consentimiento en forma libre, voluntaria y que

haya sido debidamente instruido del alcance del instituto y de las obligaciones que asume (art. 385).

El juez podrá rechazar la suspensión propuesta cuando:

- a) concorra alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 384 ya mencionados;
- b) cuando las condiciones u obligaciones acordadas atenten contra los derechos humanos o menoscaben la dignidad del imputado.

Al decretar la suspensión condicional del proceso, el juez no podrá modificar las condiciones u obligaciones acordadas entre el Ministerio Público y el imputado.

La ley establece un elenco no taxativo de condiciones u obligaciones que pueden acordarse en forma conjunta o subsidiaria²⁶.

El plazo de cumplimiento de las condiciones u obligaciones no podrá ser superior a dos años. Excepcionalmente podrá ampliarse por razones fundadas (art. 387).

Durante el período de suspensión, las partes podrán modificar las condiciones u obligaciones acordadas, dando noticia al juez competente (art. 388). El imputado tiene la carga de comunicar al fiscal cualquier

²⁶ Artículo 386: “(Condiciones y obligaciones).- Pueden acordarse de forma conjunta o subsidiaria, entre otras, las siguientes condiciones u obligaciones:

- a) residir en un lugar específico;
- b) no acercarse a determinadas personas o lugares, o someterse a un régimen de vigilancia;
- c) llegar a un acuerdo de reparación material o simbólica con la víctima, a través de conciliación o mediación;
- d) realizar prestaciones en beneficio de la comunidad;
- e) someterse a tratamientos médicos o psicológicos;
- f) someterse a tratamientos de desintoxicación relativos al alcohol u otras drogas legales o ilegales;
- g) comprometerse a finalizar el ciclo de educación básica o incorporarse a un curso de capacitación, que debe ser cumplido efectivamente;
- h) prestar determinados servicios en favor del Estado u otra institución pública o privada;
- i) no poseer ni portar armas;
- j) no conducir vehículos por un tiempo determinado;
- k) cumplir efectivamente con las obligaciones alimentarias que correspondan;
- l) colaborar de forma seria y comprometida en un eventual tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas como consecuencia del delito;
- m) otras de carácter análogo que resulten adecuadas en consideración al caso concreto”.

inconveniente, causa de fuerza mayor o caso fortuito que dificulte o impida el cumplimiento del acuerdo (art. 389).

El Ministerio Público estará encargado del control, monitoreo y supervisión del cumplimiento de las condiciones u obligaciones establecidas en el acuerdo celebrado (art. 390) y llevará registro de las suspensiones condicionales del proceso alcanzadas (art. 401).

Conforme al art. 391, cuando el imputado incumpliere las condiciones u obligaciones convenidas sin efectivizar la comunicación prevista en el artículo 389, el juez, a petición fiscal y previo traslado al imputado (artículo 279.1), podrá revocar la suspensión del proceso. La revocación determinará la continuación del proceso a partir del momento procesal en que fue suspendido. La resolución que se dictare será recurrible con efecto suspensivo. Si la resolución dictada en segunda instancia acogiera la solicitud de revocación, el proceso continuará a partir del momento procesal en que fue suspendido. Si por el contrario, desestimara la solicitud de revocación, el acuerdo se mantendrá en los términos originalmente convenidos.

La suspensión condicional del proceso no obstaculiza la posibilidad de alcanzar acuerdos en procesos ulteriores, a excepción del caso previsto en el literal c) del art. 384 en que el imputado tuviera otro proceso con suspensión condicional en trámite (art. 392).

Una vez cumplidas las obligaciones o condiciones, asumidas para que proceda la suspensión condicional del proceso, quedará extinguida la acción penal, ordenándose la cancelación de la anotación en el Registro Nacional de Antecedentes Judiciales (art. 397).

Por otra parte, la prescripción se interrumpe por la suspensión condicional del proceso, comenzando a correr nuevamente el plazo desde su revocación (art. 398).

La información que se genere durante la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de la suspensión condicional del proceso no podrá ser invocada, leída, ni incorporada como medio de prueba a juicio alguno (art. 399). Dado que se busca conservar la investigación en estos casos, el art. 400 dispone que en los asuntos objeto de suspensión condicional del proceso, el Ministerio Público tomará las medidas necesarias para evitar la pérdida, destrucción o

ineficacia de la investigación realizada, hasta la extinción de la acción penal. En los dos primeros meses de aplicación del nuevo CPP ya se ha utilizado este instrumento de resolución del conflicto.

7 ACUERDOS REPARATORIOS

Los acuerdos reparatorios constituyen otra de las vías para resolver el conflicto penal de modo alternativo al proceso y la sentencia; en este caso mediante el acuerdo del imputado y la víctima que implique una reparación material o simbólica para ella.

Se busca de este modo responder a una necesidad ciudadana conforme a la cual, muchas veces, lo que la víctima busca no es que el imputado sea condenado y se le aplique una pena, sino que repare de algún modo, total o parcialmente el daño que le ha causado con su conducta ilícita. El instituto está regulado en los arts. 393 a 401 y 402.3.

El imputado y la víctima desde el momento de la formalización de la investigación y durante todo el proceso, podrán suscribir un acuerdo reparatorio material o simbólico, que será puesto a consideración del juez de la causa en audiencia, con intervención del Ministerio Público, cuando no exista interés público en la persecución y cuando la gravedad de la culpabilidad no se oponga a ello (art. 393).

El acuerdo reparatorio procederá en los casos que detalla el art. 394:

- a) delitos culposos;
- b) delitos castigados con pena de multa;
- c) delitos de lesiones personales y delitos de lesiones graves cuando provoquen una incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias por un término superior a veinte días y no pongan en peligro la vida de la persona ofendida;
- d) delitos de contenido patrimonial;
- e) delitos perseguibles a instancia de parte, excepto delitos contra la libertad sexual;
- f) delitos contra el honor.

No procederá respecto de delitos de violencia sexual (artículos 272, 273 y 274 del Código Penal) o explotación sexual (Ley N° 17.815, de 6 de setiembre de 2004), del delito de violencia doméstica (artículo

321 bis del Código Penal) así como respecto de otros tipos penales que se hayan cometido como forma de ejercer violencia basada en género.

En cuanto al procedimiento para alcanzar el acuerdo reparatorio, el art. 395, sienta algunas pautas fundamentales:

- El Ministerio Público debe instruir a las partes involucradas en el delito sobre la posibilidad de llegar a un acuerdo reparatorio, cuando en el caso concreto se dieran las condiciones para su procedencia.
- Las partes pueden llegar al acuerdo reparatorio material o simbólico a través de mediación o conciliación.
- Una vez alcanzado el acuerdo el tribunal controlará en audiencia que la víctima y el indagado hayan prestado su consentimiento en forma libre y voluntaria y que hayan sido debidamente instruidos del alcance del instituto y de las obligaciones que ello implica.
- Si el juez entendiere que no se dan los requisitos anteriores o los supuestos del artículo anterior, podrá negar de oficio o a petición del Ministerio Público la homologación del acuerdo. Esta resolución será apelable con efecto suspensivo.
- Una vez cumplido el acuerdo o transcurridos seis meses desde el vencimiento del plazo acordado entre las partes, el tribunal declarará la extinción del delito.

¿Qué ocurre si el imputado no cumple con el acuerdo alcanzado y homologado? La solución la regula el art. 396: *“Si el imputado incumpliere las condiciones u obligaciones pactadas dentro del término fijado por los intervinientes, la víctima podrá solicitar al juez que revoque el acuerdo. En caso de revocación el procedimiento continuará a partir del momento procesal en que fue suspendido. La resolución será apelable con efecto suspensivo. Si la resolución dictada en segunda instancia acogiera la solicitud de revocación el procedimiento continuará a partir del momento procesal en que fue suspendido. En caso de que la solicitud de revocación sea desestimada, el acuerdo se mantiene en los términos convenidos”*.

En forma similar a lo previsto para la suspensión condicional del proceso, los arts. 397 a 401, regulan algunos aspectos complementarios de relevancia en cuanto a los acuerdos reparatorios:

- Cumplido el acuerdo reparatorio y declarado judicialmente dicho cumplimiento, quedará extinguido el delito, ordenándose la cancelación de la anotación en el Registro Nacional de Antecedentes Judiciales (art. 397).
- La prescripción se interrumpe por el acuerdo reparatorio aprobado por el juez, comenzando a correr nuevamente el plazo desde su revocación (art. 398).
- La información que se genere durante la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de un acuerdo reparatorio, no podrá ser invocada, leída, ni incorporada como medio de prueba a juicio alguno (art. 399).
- En los asuntos objeto de acuerdos reparatorios, el Ministerio Público tomará las medidas necesarias para evitar la pérdida, destrucción o ineficacia de la investigación realizada, hasta la extinción del delito (art. 400).
- El Ministerio Público llevará registro de los acuerdos reparatorios que pongan fin al conflicto penal (art. 401).

Con la finalidad de dar satisfacción a las víctimas cuando ello proceda y de descongestionar de litigios el sistema, los acuerdos reparatorios, pueden también celebrarse en causas que se encontraban en trámite por el viejo sistema al momento de entrada en vigencia del nuevo CPP. Conforme al art. 402.3., en cualquier causa penal que se encuentre en etapa de sumario o ampliación sumarial, iniciada antes de la entrada en vigencia de este Código, hasta el dictado del auto que dispone el traslado al Ministerio Público para deducir acusación o sobreseimiento, el imputado y la víctima -asistidos por sus respectivos defensores- podrán suscribir acuerdo reparatorio material o simbólico, previsto en los artículos 393 y siguientes, siempre que concurren los requisitos establecidos en la norma y en las condiciones que la misma prevé.

8 MEDIOS IMPUGNATIVOS

Realizaremos algunas referencias al sistema de medios impugnativos en el nuevo CPP, en tanto ello constituye un tema de especial relevancia en la práctica profesional.

8.1 PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD

La regla general es que en el proceso penal todas las resoluciones judiciales son impugnables, salvo disposición expresa en contrario (art. 358).

8.2 MEDIOS IMPUGNATIVOS PREVISTOS

Conforme al art. 359, los medios para impugnar las resoluciones judiciales son:

- recurso de aclaración
- recurso de ampliación
- recurso de reposición
- recurso de apelación
- recurso de casación
- recurso de revisión
- recurso de queja por denegación de apelación o de casación o de la excepción o defensa de inconstitucionalidad.
- el incidente de nulidad

8.3 APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (CGP)

Se declaran aplicables al proceso penal las disposiciones contenidas en el Libro I, Título VI, Capítulo VII del CGP sobre "Medios de impugnación de las resoluciones judiciales", con las puntualizaciones, modificaciones y exclusiones que se establecen en el propio CPP.

Por ende, dichas normas del CGP serán esenciales para la regulación de todos los recursos, dada la escasa regulación que sobre el tema tiene el CPP. Como veremos, la regulación del CPP se focaliza en los recursos de apelación (fundamentalmente en los efectos del recurso), casación y revisión, con ausencia regulatoria de los demás recursos que quedan regidos casi íntegramente por el CGP.

Conforme al art. 365, no se aplicarán al proceso penal las disposiciones del CGP sobre medidas provisionales, ejecución provisional de sentencias definitivas recurridas o condenas procesales.

8.4 LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR

Tienen legitimación para impugnar las resoluciones judiciales (art. 360):

- el fiscal
- el defensor del imputado
- el imputado también puede interponer los recursos de apelación y casación contra la sentencia definitiva, con asistencia letrada.
- la víctima y los terceros que comparezcan en el proceso solo para impugnar las resoluciones judiciales que les afecten directamente.

8.5 RECURSO DE APELACIÓN

El CPP regula los efectos del recurso de apelación:

- La apelación de la sentencia definitiva suspende su ejecución. No obstante, en caso de apelación de sentencia absolutoria se decretará la libertad provisional del imputado (art. 361).
- El recurso de apelación de sentencia interlocutoria se admite (362 y 363):

- Con efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia del tribunal a quo se suspende desde que quede firme la providencia que concede el recurso, y hasta que le es devuelto el expediente para el cumplimiento de lo resuelto en la instancia superior. No obstante, el tribunal inferior podrá seguir conociendo de los incidentes que se sustancien en pieza separada.

La apelación tendrá efecto suspensivo cuando se trate de sentencias interlocutorias que pongan fin al proceso y hagan imposible su continuación.

- Sin efecto suspensivo, en cuyo caso y en la misma providencia que concede el recurso, se señalarán las actuaciones que deben integrar la pieza separada que habrá de remitirse al superior. El tribunal superior, una vez recibida la pieza, decidirá dentro de las cuarenta y ocho horas y en forma preliminar, si debe procederse o no a la suspensión del procedimiento principal. Cuando resuelva la suspensión, lo comunicará de inmediato al tribunal inferior.

No tratándose de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan fin al proceso y hagan imposible su continuación, la apelación de

interlocutorias no tendrá efecto suspensivo, salvo que una disposición del CPP en forma expresa disponga lo contrario, como ocurre en el caso que mencionaremos a continuación.

- Con efecto diferido en los casos expresamente establecidos por el Código. Así, las resoluciones dictadas por el tribunal sobre producción, denegación y diligenciamiento de la prueba, serán apelables con efecto diferido (140.3.). Como ya lo he señalado, en mi opinión el efecto diferido de la apelación resulta razonable en el proceso penal para impugnar la prueba mal admitida por el juez, pero no parece la mejor solución para la prueba mal desestimada. Estando en juego la libertad, podría ser preferible el efecto no suspensivo de la apelación para la prueba desestimada, pero la solución legal es clara y no admite dudas.

En cuanto al trámite de la apelación se prevén dos disposiciones:

- El art. 364 regula la resolución del tribunal inferior: interpuesta en tiempo y forma la apelación, el tribunal la admitirá si fuere procedente y expresará el efecto con que la admite. Si el recurso no fuera admitido, el apelante podrá interponer el recurso de queja pertinente.
- El art. 367 regula la prueba en segunda instancia:
 - Las partes podrán ofrecer nuevos elementos probatorios en los respectivos escritos de interposición y contestación a la apelación, con las limitaciones establecidas en el artículo 253.2 del CGP, los que podrán ser ordenados por el tribunal de alzada para ser diligenciados en la audiencia.
 - De admitirse la prueba, el tribunal dispondrá su recepción en la audiencia convocada, la que se diligenciará conforme a las disposiciones del CPP.
 - La víctima podrá comparecer con asistencia letrada en las audiencias que se celebren en segunda instancia.

8.6 RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por los Tribunales de Apelaciones en lo Penal, sean definitivas o interlocutorias, que pongan fin a la pretensión penal o hagan imposible la continuación del proceso (art. 368).

Recordemos que conforme al art. 270 del CGP que sería aplicable, el recurso de casación:

- Sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma.
- Se entenderá por tal, inclusive, la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba.
- No se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia.
- En cuanto a las normas de procedimiento, sólo constituirá causal la infracción o errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

Respecto al recurso de casación en materia penal se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones del Libro I, Título VI, Capítulo VII, Sección VI del CGP, con las siguientes precisiones y modificaciones (art. 369):

- El imputado podrá interponer el recurso por sí, en forma escrita y fundada, en cuyo caso será indispensable la asistencia letrada.
- La interposición del recurso de casación tiene efecto suspensivo hasta la resolución definitiva, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 124 (si la sentencia de segunda instancia fue absolutoria, aunque la sentencia sea recurrida por el Ministerio Público, la libertad o cese de las medidas limitativas de la libertad del imputado serán cumplidas con carácter provisional).
- Cuando se dictare sentencia sobre el fondo regirá lo establecido en los artículos 121²⁷ y 122²⁸ del CPP.
- Tratándose de causa cuya primera instancia se hubiera cumplido íntegramente ante Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior con competencia en materia penal, tendrán legitimación para interponer el

²⁷ Art. 121: “(Principio de no reforma en perjuicio). En segunda instancia y en casación, si solo recurrió la parte del imputado no se podrá modificar la sentencia en perjuicio de este”.

²⁸ Art. 122: “(Efecto extensivo). La sentencia de segunda instancia o de casación en el fondo, o de revisión que absuelva a uno de los copartícipes de un delito o establezca una calificación delictual o atenuantes que lo beneficien, debe extender sus efectos a los demás, aun cuando hubiere recaído sentencia ejecutoriada, salvo que se trate de circunstancias referidas solo al primero.

En la misma sentencia, el tribunal modificará el fallo referido, en cuanto corresponda”.

recurso de casación el Fiscal Letrado Departamental y el defensor público en su caso. A tales efectos, deberá notificarse la sentencia de segunda instancia al Fiscal Letrado Departamental y al defensor público.

8.7. RECURSO DE REVISIÓN

El recurso de revisión procede en todo tiempo y solamente a favor del condenado, contra las sentencias condenatorias definitivas pasadas en autoridad de cosa juzgada, dictadas por cualquier tribunal (art. 370).

Se trata por ende de un recurso sin plazo, solamente a favor del condenado y ataca la cosa juzgada de la sentencia dictada por cualquier tribunal que haya dispuesto una condena.

El art. 371 regula taxativamente las causales de la revisión penal que son independientes y parcialmente distintas a las de la revisión civil:

- a) si los hechos establecidos como fundamentos de la condena, resultan inconciliables con los que fundamentan otra sentencia penal ejecutoriada;
- b) si después de la condena sobrevienen nuevos elementos de prueba o circunstancias que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hacen evidente que el hecho no existió o que el condenado no lo cometió o que concurrieron causas obstativas de la responsabilidad penal;
- c) si se demuestra que la condena fue pronunciada como consecuencia de una falsedad o de otro hecho previsto por la ley penal como delito. En tal supuesto, la prueba consistirá en la sentencia condenatoria por esa falsedad o ese delito, salvo que la acción penal se halle extinguida o no pueda proseguir, en cuyos casos se podrán emplear otros medios probatorios;
- d) si corresponde aplicar retroactivamente una ley penal más benigna.

Están legitimados para interponer el recurso de revisión (art. 372):

- a) el condenado por sí o por apoderado con facultades expresas y en caso de incapacidad su representante legal;
- b) cualquiera de los sucesores a título universal del condenado, o su cónyuge supérstite;
- c) el Ministerio Público y el último defensor en la causa.

La muerte o incapacidad mental del condenado no impedirá que se deduzca el recurso para rehabilitarlo socialmente. Los arts. 373 a 375 regulan algunos aspectos de la interposición, trámites y efectos del recurso:

- El recurso de revisión se deducirá ante la Suprema Corte de Justicia en escrito que deberá contener, bajo pena de inadmisibilidad, la individualización de la causa anterior, la concreta referencia de los hechos, la proposición de las pruebas respectivas y la mención de las disposiciones legales en que se funde.
- Una vez admitido el recurso, la Suprema Corte de Justicia ordenará que se eleve el expediente y lo sustanciará por el procedimiento de los incidentes.
- La Suprema Corte de Justicia podrá en cualquier momento, suspender la ejecución de la sentencia recurrida si en apreciación primaria considerare fundado el recurso. En este último caso, podrá disponer la prestación de garantías.

En cuanto a los efectos de la sentencia de revisión, se establece (art. 376 y 377):

- Si estimare fundada la revisión, la Suprema Corte de Justicia anulará la sentencia impugnada y pronunciará directamente la sentencia definitiva que corresponda o mandará que se inicie un nuevo proceso por ante el tribunal competente, remitiendo la causa al Ministerio Público.
- En ningún caso podrá recaer condena más severa que la revisada.
- Si se iniciara un nuevo proceso no podrán modificarse en perjuicio del condenado las conclusiones de la sentencia en revisión y estarán impedidos los magistrados que conocieron en el anterior.

9 NULIDADES

Finalmente, realizaremos algunas consideraciones sobre las nulidades procesales en el proceso penal porque como sistema garantista que es, es clave su conocimiento tanto para jueces, fiscales y defensores. Por otra parte, la impugnación de las nulidades se realiza a través de algunos de los recursos que venimos de analizar (reposición, apelación, casación, revisión) y del incidente de nulidad que rige por remisión al CGP.

El art. 378 declara aplicables al proceso penal las reglas y procedimientos establecidos en los artículos 110 a 116 del CGP en lo pertinente, con las variantes que resultan de los artículos siguientes.

Se regulan como causales de nulidad insubsanable, las siguientes (artículo 379):

- a) la infracción al principio del non bis in idem;
- b) la falta de jurisdicción o la falta de competencia por razón de la materia o del grado, con la excepción y previsiones establecidas en el artículo 38²⁹;
- c) la infracción a las disposiciones que rigen la sujeción, intervención, asistencia y representación del imputado;
- d) la infracción a las disposiciones que establecen la intervención necesaria del Ministerio Público.

La nulidad insubsanable debe ser declarada de oficio, en cualquier estado y grado del proceso o en vía de revisión, con citación de las partes por seis días.

En caso de oposición, se seguirá la vía incidental prevista en los arts. 276 y ss. (art. 380.1).

Las partes también podrán promover dicha declaración por vía incidental (380.2). Aquí hay una remisión expresa al incidente de nulidad.

Nos parece que a pesar de la redacción poco clara, el incidente procederá cuando no exista otra vía (por ejemplo, un recurso) para impugnarla, siguiendo el orden previsto en el art. 115 del CGP al cual el art. 378 del CPP especialmente se remite.

La resolución que declara la nulidad será apelable con efecto suspensivo (art. 380.3).

En el art. 381 se prevé una hipótesis especial de aplicación del principio de conservación en materia de nulidades: “*Cuando se hubieren*

²⁹ Dispone el art. 38: “(Incompetencia por razón de la materia o del grado).

38.1 La incompetencia por razón de la materia o del grado es absoluta y puede hacerse valer de oficio por el tribunal o por las partes en cualquier momento del proceso.

38.2 Lo actuado por un tribunal absolutamente incompetente es nulo, con excepción de lo dispuesto respecto de las medidas cautelares y de las decisiones que las modifiquen o hagan cesar, cuyos efectos subsistirán hasta que el juez competente resuelva sobre su mantenimiento o revocación”.

practicado actuaciones judiciales sin advertir la falta de algún presupuesto para el ejercicio de la acción penal, la nulidad que sea declarada al respecto no alcanzará a las diligencias probatorias ejecutadas con las garantías debidas, las que mantendrán su validez en el caso de ser removido el impedimento”.

CAPÍTULO II
PRINCIPIOS GENERALES

A ORALIDADE NO NOVO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO: O ENSINAMENTO URUGUAIO¹

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²

INTRODUÇÃO

A ideia de editar um livro, para o Brasil, sobre as bases do sistema acusatório, tendo por fundamento o sistema processual penal implantado no Uruguai a partir do novo código de processo penal, em vigor desde 01.11.17, foi frutífera. Tem-se muito a aprender com *los hermanos*, último país da América Latina a substituir o sistema inquisitório por aquele acusatório. O Uruguai é exemplo em vários campos, razão por que sempre foi muito respeitado, apesar das pequenas dimensões territoriais e uma população reduzida. Vale, porém, sobremaneira — e por isso que se deve orgulhar —, por sua gente, sempre altamente qualificada. Mergulhado em um período difícil no último regime militar, ganhou força ao dele sair e parece ter encontrado a melhor solução contra a crise econômica que assola todos os países (eis o neoliberalismo marcado pela *financeirização*), mormente os

¹ Texto especialmente preparado para o livro do Observatório da Mentalidade Inquisitória em razão do *Curso sobre la reforma del proceso penal en Uruguay*, realizado em Montevideo nos dias 15/16.11.18, sob os auspícios da *Asociación de Magistrados del Uruguay*.

² Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná, aposentado. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciência Criminais da PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas, Recife. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (Universidade de Roma “La Sapienza”). Presidente de Honra do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

menores, sendo visível sua retomada democrática. Por isso parece ter forças para chegar na mudança do seu sistema processual penal, sempre muito complicada quando prevalecem as forças conservadoras.

Eis a razão pela qual estudar o sistema processual penal uruguaio é vital para ajudar a pensar os câmbios necessários no sistema brasileiro, ainda inquisitorial e debaixo de um CPP ultrapassado (ele é de 1941, como se sabe) e hoje, sem escrúpulos alterado para se implementar reformas que implantam institutos provenientes do *Common Law* norte-americano. Trata-se da chamada *americanização à brasileira*, isto é, aquela pela qual se importa e se transplanta tais institutos com a finalidade de potencializar ainda mais o superado sistema processual penal inquisitorial, tudo para lhe dar uma absurda sobrevida.

Trata-se de um desastre. Por ele sofrem muitos, mas, sendo também ideológico, serve a alguns — como não poderia deixar de ser — que pensam se beneficiar no ou do mal-estar geral. Há, portanto, um sistema processual penal em vigor; o que é inegável. Ele é inquisitório, o que, hoje, não mais se discute. Mas há nele uma tamanha confusão, uma inegável desordem, uma entropia que já não se sabe bem quais são as regras que se deve aplicar. Tem-se regras, mas elas parecem não valer quando não se quer. A sensação é de anomia.

E isso começa, sem dúvida, pelo desrespeito generalizado às regras e aos princípios da Constituição da República; e a partir daí, às demais leis. E sempre sem o devido controle, isto é, há controle, mas ele é eminentemente deficitário, começando por aquele que deveria fazer o egrégio Supremo Tribunal Federal.

Em suma, os senhores dos poderes estatais, principais responsáveis por zelar pela estabilidade constitucional e legal têm sido, em verdade, os principais responsáveis pela situação caótica que vive o Brasil.

Tudo isso, não obstante, não é motivo para que se desista de lutar pela democracia — e, aqui, aquela processual penal —, deixando de pensar em uma reforma que funcione, verdadeiramente, como refundação (Fauzi Hassan Choukr), muito menos aderindo aos malfeitos antidemocráticos, o que parece ser a tentação que ronda alguns que se não importam com os outros e suas diferenças.

1 CULTURA ACUSATÓRIA: A ÚNICA QUE CALHA COM UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Todos sabem, mas é necessário insistir em um tema vital ao câmbio dos sistemas processuais penais: a necessária mudança da cultura inquisitória para aquela acusatória.

Franco Cordero, já em 1986 — e, portanto, antes da entrada em vigor do CPP Italiano de 1988 —, mostrava o que era e, a partir daí, a importância da *cultura do ritual acusatório*:

Tecniche simili presuppongono ambienti dove gli individui contino qualcosa: corpi sociali a metabolismo regolato, immuni da angosciose crisi d'identità con i relativi raptus; insomma, è un metodo adatto a gente psichicamente sana e non troppo complicata. Tutto sta nel fair play. (...) Operazione agonistica pubblica, 'trial', 'dibattimento': questa macchina scenica esclude indugi, perplessità, stalli; gli utenti esigono tecniche controllabili, discorsi chiari, conclusioni nette, tempi brevi. Usati bene, gli strumenti sviluppano un affilato e sobrio gusto dialettico, a cui fanno pendant goffe stravaganze barocche nell'area esposta ai metodi inquisitoriali: secondo un'interessante ipotesi, 'logic... is generalised jurisprudence'; nascono dalle dispute forensi le categorie dell'argomentazione; i processi, infatti, esibiscono 'a special kind of rational dispute, for which the procedures and rules of argument have hardened into institutions'.³

³ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, pp. 42-3: "Técnicas similares pressupõem ambientes onde os indivíduos contam alguma coisa: corpos sociais com metabolismo regulado, imunes a angustiantes crises de identidade e correspondentes pressões; em suma, é um método adaptado a gente psiquicamente sã e não complicada demais. Tudo está no fair play. (...) Operações agonísticas públicas, 'trial', 'dibattimento': essa máquina cênica exclui lentidão, incertezas, paralisações; os usuários exigem técnicas controláveis, discursos claros, conclusões nítidas, tempos curtos. Usados bem, os instrumentos desenvolvem um profundo e sóbrio gosto dialético, ao qual correspondem, no tocante aos métodos inquisitoriais, desastradas excentricidades barrocas: segundo uma interessante hipótese, 'lógica... é jurisprudência generalizada'; nascem das disputas forenses as categorias da argumentação; os processos, de fato, exibem 'um especial tipo de disputa racional, para a qual as instituições ficaram acostumadas com os procedimentos e regras de argumentação'". (Tradução livre)

Em suma, antes de tudo valem os indivíduos, que verdadeiramente contam; e as práticas sociais são previsíveis porque reguladas, assim como seu método é destinado a gente sã psiquicamente e não complicada demais. É por isso que quando são bem utilizados, os instrumentos desenvolvem um gosto dialético pela resolução dos conflitos na via da argumentação e sintetizam tudo num *fair play*, ou seja, um jogo limpo no qual não se admite a quebra das regras, a qual vai controlada sem exceção.

Argumentação, nesta passagem, é, sobretudo, oralidade; e umbilicalmente ligados a ela estão a imediação, a publicidade, a concentração, o contraditório e até a identidade física do juiz.

2 UM SENTIDO PARA A ORALIDADE

Nunca foi muito fácil precisar o sentido da oralidade. Aquilo que parece tão simples quando colocado como o oposto da escrita ou escritura, torna-se um tanto complexo quando incide a escrituração como exigência para os fins de controle. Por isso, “não basta evidentemente ao princípio da oralidade que no processo penal ocorram actos que se processem *sob forma oral*. Fosse assim e seria difícil encontrar, depois da descoberta da escrita, um processo que não fosse oral. Mesmo no processo mais encarnadamente inquisitório não faltavam decerto actos processuais orais entre o inquisidor, por um lado, e o arguido, as testemunhas, etc., por outro, enfim, toda uma série de interrogatórios orais”.⁴

Doutra parte, se se faz necessário o controle, parece evidente que se não deve permitir — como historicamente já se tentou⁵ — a proibição da escrituração, seja lá por qual argumento for.⁶ A discussão, hoje, parece bizantina. Ela fazia sentido, sem dúvida, quando havia dificuldade de registro e eles poderiam — sobretudo — tardar, de modo a prejudicar a eficácia dos atos orais. É só pensar nos registros

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 229-30.

⁵ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 761.

⁶ No Brasil, v., por todos, DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 46 e ss.

das alegações orais perante o tribunal do júri. Na era da informática, porém, o pouco de discussão que pode restar é sobre a extensão dos registros, de modo a propiciar um mais largo controle. Hoje – justo por isso –, o que pode aparecer é gente que não queira permitir que se registre, sem dúvida para se evitar o devido controle, o que é um absurdo.

Diante deste quadro, tem-se por oralidade “a *forma oral de atingir a decisão*: o processo será dominado pelo *princípio da escrita* quando o juiz profere a decisão na base de actos processuais que foram produzidos por escrito (actas, protocolos, etc.); será pelo contrário dominado pelo *princípio da oralidade* quando a decisão é proferida com base em uma audiência de discussão oral da matéria a considerar. É exatamente isso — mas só isso — que o princípio da oralidade quer significar”.⁷ Em suma, “Entende-se por oralidade do procedimento o princípio de que a resolução judicial pode se basear somente no material processual proferido oralmente”.⁸

Resta saber, por seu turno, se a oralidade é um princípio ou um instrumento. A discussão serve para elucidar o instituto, mas, sobretudo, para outros pontos da teoria do direito processual penal, nem sempre acurada ou pacífica na dogmática tradicional quando o assunto são temas que se ligam a outras matérias ou outros campos. A noção de princípio é um deles. Na hipótese, vale, por todos, a definição de Binder: “A oralidade é um instrumento, um mecanismo previsto para garantir certos princípios básicos do processo penal. Serve, em especial, para preservar os princípios da imediação, publicidade do processo e personalização da função judicial.

Neste sentido, deve-se diferenciar muito bem o que é um instrumento do que é um princípio. Como dissemos, a oralidade é um instrumento, um mecanismo para alcançar um fim. A imediação ou a publicidade, por exemplo, são princípios políticos e garantias que estruturam o

⁷ DIAS, J. F. Direito... cit., p. 230.

⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2002, p. 89.

processo penal; eles constituem os fins a serviço do qual está, por exemplo, a oralidade”⁹.

3 A ORALIDADE NO NOVO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO E O ENSINAMENTO DOS URUGUAIOS

No Brasil já se começou a discutir, seriamente, a introdução da oralidade naquilo que seria um novo sistema processual penal, de cariz acusatório. Exemplo disso está no texto, sempre acurado, de Romulo de Andrade Moreira.¹⁰

Como precitado, depois da *informatização* já não faz mais sentido um processo penal que usa a escritura como elemento imprescindível. Desde tal conclusão *faz-se necessário estruturar*, como fizeram os uruguaiois com bastante precisão,¹¹ *um processo penal de audiências eminentemente orais*. Isso tem tudo a ver com a necessária *celeridade* que o monstruoso volume de casos penais que se apresentam no Brasil está a demandar. Como referido volume só faz crescer há décadas,

⁹ BINDER, Alberto. *Iniciación al proceso penal acusatorio* (para auxiliares de la Justicia). Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 61: “La oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del Juicio penal. Sirve, en especial, para preservar los principios de inmediación, publicidad del Juicio y personalización de la función judicial. En este sentido, se debe diferenciar muy bien lo que es un instrumento, un mecanismo para alcanzar un fin. La inmediación o la publicidad, por ejemplo, son principios políticos y garantías que estructuran el proceso penal; ellos constituyen los fines a cuyo servicio está, por ejemplo, la oralidad”.

¹⁰ MOREIRA, Romulo de Andrade. A oralidade e o sistema por audiências: uma proposta para o Brasil a partir da experiência chilena. In: GONZÁLEZ, Leonel (org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, 2017, pp. 183-203: “Trataremos, também, da necessidade de se adequar o processo penal brasileiro, de uma vez por todas, a um modelo efetivamente acusatório, necessariamente oral, desde a fase da investigação criminal até a dos tribunais recursais”.

¹¹ Dentre outros, v. BACALDI, José; *et al.* *Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesto en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, 461p., ABAL OLIÚ, Alejandro; *et al.* *Curso sobre el nuevo código del proceso penal: Ley n. 19.293*. Alejandro Abal Oliú (Org.). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018, 708p.; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Los principios generales del proceso penal acusatorio: luces e sombras*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, 163p.

parece primário que parte considerável da culpa pela pouca eficácia do processo penal brasileiro democrático e, portanto, que deveria estar ligado à Constituição da República, está atrelada à manutenção — sempre por argumentos retóricos — do sistema inquisitório que se pratica, essencialmente vinculado à escritura.

Portanto, antes de tudo, faz-se mister mudar o sistema processual e adotar, sem restrições, o sistema acusatório, em uma reforma global, na qual ele possa ser incorporado — com as devidas adaptações — com ônus e bônus. Com isso, tende-se a acabar com um modelo de “reformas” no qual se transplantam institutos do *Common Law* norte-americano para deixar os ônus para os cidadãos e os bônus para o Estado, reformas essas sempre prenhas de inconstitucionalidades, em geral sem o devido controle de constitucionalidade. Para tanto, o Uruguai é um notável exemplo, em que pese as dificuldades pelas quais passam, por ora, na adaptação do novo sistema, por certo a serem resolvidas tão só tenham o tempo suficiente para — corretamente — fazer prevalecer os fundamentos democráticos.

Depois, a estrutura, seguindo as mudanças havidas na América Latina inteira, deve ser pensada — no que aqui interessa — a partir de um processo que siga um procedimento onde, de regra, tudo se resolve em audiências; ou quase. E nelas, a prevalência, quase absoluta, deve ser da oralidade. Por evidente, então, que é possível se imaginar atos que podem ser escritos (a denúncia, por exemplo), mas eles devem ter um caráter substitutivo da regra, que é a oralidade.

Nesse quadro, vai resignificado o lugar do juiz; e aquele das partes, obviamente. O juiz deve, primordialmente, *dicere jus*; por sinal, sua função processual primordial, conforme a CR. Com isso e para tanto, ele não deve ter a iniciativa probatória, o que deturpa quase sempre (ou naturalmente, em face da lógica que preside o pensar humano?) sua imprescindível imparcialidade, aqui vista como equidistância. Um juiz engajado ao interesse de uma das partes também *dicere jus*, mas nunca como pretende a CR para aquilo que é sua função, ou seja, de *juris dictio*.

As partes, por outro lado, devem trazer o conhecimento, o que vai tão só secundariamente, a partir das proposições delas, suprido pelo juiz; e

quando é possível. Ele, em definitivo, não deve ter a iniciativa probatória. Não se lhe pode retirar, todavia, o impulso de criar tensão entre as partes e, portanto, forçar o aprofundamento das questões que se colocam no e em conflito. Ele, em geral, faz isso indagando às partes, forçando-as a explicitar os seus interesses em litígio.¹²

A decisão, portanto, como se sabe, seja ela qual for — das questões ou do caso penal — é resultado do acúmulo de conhecimento e esse, no caso, chega, de regra, pela via da oralidade. Binder tem razão:

¿Quién son los principales custodios de la oralidad? Los jueces. Porque muchas veces Uds. van a ver que las partes, en el juego de los intereses y en el juego de la premura, le huyen a la oralidad. Pero la oralidad es la gran herramienta de la administración de justicia, es la gran herramienta de la construcción del poder del juez y de legitimidad de la administración de justicia, que Uds. saben que es difícil en la vida cotidiana. Quiénes son los principales custodios de la oralidad? Repito, los jueces”.¹³

¹² BINDER, A. El juez en los procesos penales reformados. *In Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 19: “Yo digo que es preferible que abusen de llamarlos al estrado para explicarles, tener esta actitud proactiva pero obligando a litigar.” E mais adiante: “La tentación que le van a hacer a los jueces es pedir que les bajen la vara, ‘por favor, bájeme la vara que no llevo’. No, pero hay que ayudar a litigar. Uds. me dirán esto no es propio de los jueces. Bueno, dentro de diez años no, pero ahora sí, hay que ayudar a los litigantes a litigar sin arrogarse la función de ellos porque ahí sí destruimos el sistema” (p. 20). (“Eu digo que é preferível que abusen de os chamar ao estrado para lhes explicar, ter esta atitude proativa, porém obrigando a litigar. (...) A tentação que levarão aos juízes é pedir que lhe baixem a vara, ‘por favor, baixe-me a vara que não consigo’. Não, porém há que ajudar a litigar. Vocês me dirão que isto não é próprio dos juízes. Bem, dentro de dez anos não, porém agora sim, há que ajudar aos litigantes a litigar sem se arrogar a função deles por aí sim destruímos o sistema”. (Tradução livre)

¹³ BINDER, A.. El juez... cit., p. 14: “Quem são os principais garantes da oralidade? Os juízes. Porque muitas vezes vocês vão ver que as partes, no jogo dos interesses e no jogo da pressa, fogem da oralidade. Porém a oralidade é a grande ferramenta da administração da justiça, é a grande ferramenta da construção do poder do juiz e da legitimidade da administração da justiça, que vocês sabem que é difícil na vida cotidiana. Quem são os principais garantes da oralidade? Repito, os juízes.” (Tradução livre)

Há, por outra parte, uma questão prática a considerar: como estabelecer uma estrutura fundada em audiências se, necessariamente, o juiz do julgamento (que no Uruguai e nos demais países, por inúmeras razões, deve ser um colegiado de três juízes), não deve ser o mesmo das fases anteriores? E isto deve ser respondido levando-se em consideração o fato de que o Brasil, com dimensão continental, não é o Uruguai e nem tem, por exemplo, um espaço territorial como o dos demais países.

Ora, em geral as estruturas reformadas têm uma fase de formalização da investigação e controle das atividades prévias (*mutatis mutandis* a audiência de custódia no Brasil) ligada, basicamente, a uma audiência preliminar. Depois, superadas as questões da primeira fase, tem-se uma fase intermediária, destinada fundamentalmente a se decidir sobre a procedência ou não da acusação. Para tanto se faz, também, uma audiência, a audiência intermediária. O juiz dessas duas primeiras fases é, de regra, o juiz de garantias. É ele — ou eles, se for mais de um que intervier no caso — que, em hipótese alguma, pode participar, mais tarde, da audiência de julgamento, para os sistemas reformados chamadas de *juicio oral*, audiência na qual se tem o vero e próprio acerto do caso penal, após produção de provas e debates. Eis por que não só é demais importante como, por outro lado, deve o ato ser levado a efeito por um colegiado de três juízes, com frequência escolhido na hora. E aqui, aparentemente, encontra-se o maior problema no caso brasileiro. Mas, tudo indica, é tão só aparência.

Como referido antes, a informatização mudou todas as perspectivas nesse aspecto. Afinal, é plenamente possível que o tribunal/colegiado (com os três juízes) reúna-se *online*, com as formalidades necessárias. Ora, se fisicamente — quiçá como fosse desejável — isso não é conseguido sempre, não haveria, por certo, transtornos insuperáveis na audiência *online*, sempre com o respeito inarredável aos direitos e garantias das partes. Tudo isso seria possível, por evidente, com alguma boa vontade e sem muito esforço, imaginando-se já se ter condições materiais para tanto em todo território nacional; ou, em não se tendo, não seria inviável economicamente porque deve ser pouco, muito pouco que faltaria.

Tem-se, por fim, um problema técnico: a oralidade demanda conhecimento pronto e, portanto, todos devem estar preparados para armar estratégias e lidar com um saber que não permite adiamentos. Não parece, então, ser atividade para amadores; e não é, por certo. Aqui, há de se fazer uma aposta no profissionalismo dos juristas, mesmo porque se não deve esquecer que as questões de vida e morte não são deles. Eis por que tais questões do processo penal, dentre outras coisas, indicam, como nenhuma outra, a busca de soluções, mas, também, o grau de civilidade de um povo.

O QUE TEMOS QUE APRENDER COM O URUGUAI

Rômulo de Andrade Moreira¹

No mês de julho do ano de 2016 estivemos, eu e outros Professores de Direito Processual Penal do Brasil, em Santiago do Chile. Foi uma grande experiência proporcionada pelo Centro de Estudios de Justicia de la Américas (CEJA), pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e também Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). Participamos do "Programa de Herramientas para la Implementación de un Sistema Acusatorio en Brasil." Grande oportunidade também o foi para aprendermos com os chilenos.

Ano passado, mais exatamente entre os dias 15 a 17 de novembro, voltamos a outro País da América Latina, desta vez o Uruguai que, recentemente, inaugurou, desde a vigência de um novo Código de Processo Penal, um modelo processual do tipo adversarial ou acusatório. Desta vez, a iniciativa da visita coube ao Observatório da Mentalidade Inquisitória, desde a liderança do nosso Comandante-em-chefe, o Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Foi uma experiência, tal como fora a do Chile, igualmente extraordinária.

Desde logo, assinale-se, que o antigo Código de Processo Penal uruguaio, vigente desde 1980 (Decreto-ley nº. 15.032, de 07 de julho de 1980), deitava bases no princípio inquisitivo, predominando, a partir da fase investigatória, a figura do Juiz, que participava ativamente da investigação preliminar e da gestão da prova. Era o verdadeiro Juiz-Inquisidor!

No dia 1º. de novembro do ano de 2017 entrava em vigor a Ley nº. 19.293, de 19 de dezembro de 2014, alterando substancialmente o

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

processo penal uruguaio, desde a fase da investigação criminal — agora a cargo exclusivamente do Ministério Público — até os julgamentos em primeiro e em segundo graus, privilegiando-se, dentre outros, o princípio da oralidade, cabendo a gestão da prova exclusivamente às partes, como tem que ser sob o princípio dispositivo.

O novo Código de Processo Penal uruguaio modificou substancialmente o procedimento penal naquele País, passando do Sistema Inquisitório para o Sistema Acusatório, essencialmente oral e público. Para a aprovação do novo Código foi preciso uma articulação muito bem elaborada de todo o Sistema Político. Também foram alterados a Lei Orgânica dos Tribunais, a Lei Orgânica da Polícia, a Lei Orgânica do Procedimento Penal e o Estatuto do Ministério Público.

A modificação introduzida pelo novo código, "otorga atribuciones para que el Ministerio Público dirija las investigaciones. Además brinda garantías y atención a las víctimas del delito". Aliás, o prazo para conclusão das investigações tem um limite de um ano desde a sua formalização. Não mais o Juiz, portanto, dirigirá as investigações.

Nada obstante, o que há de mais importante na nova legislação, "es la adopción del procedimiento penal acusatorio, oral y público, en audiencias que será registradas y estará a cargo del juez", além de estabelecer "cómo se toman declaraciones a víctimas, testigos e imputados." Ademais, assegurando-se a imparcialidade dos Juízes, consagrou-se "un sistema que coloca un juez para las audiencias y otro en el juicio oral", estabelecendo-se "un sistema de doble juez. El primer magistrado actuará en la etapa inicial del juicio (formalización) que será el que eventualmente determine la prisión preventiva en los casos que corresponda. El otro juez deberá intervenir cuando llegue la etapa de la acusación, en el juicio oral definitivo. Este sistema fue pensado para dar garantías al acusado de la independencia judicial en todo el proceso. Es un avance gigantesco y existe unanimidad en el tema porque evidentemente asegura que el juez sea absolutamente imparcial. Esto da cumplimiento a los tratados internacionales."

O Presidente da Suprema Corte de Justiça do Uruguai, Jorge Chediak, lamentou eventuais problemas causados pela vigência do novo Código de Processo Penal. Como possíveis dificuldades, "enumeró la fijación de audiencias, el manejo de los tiempos y diferencias de criterios entre los magistrados. Los jueces puntualmente deben adaptarse a una nueva

realidad: se dedicarán exclusivamente a dictar sentencia. Además, los juicios ya no serán secretos, sino orales y públicos.”

Já o representante do Ministério Público junto à Suprema Corte, Jorge Díaz, afirmou “que al inicio de la aplicación del nuevo sistema pueden generarse errores”, mas que isso não poderia ser impedimento para sua imediata vigência: “sabemos que se van a cometer errores que se irán corrigiendo, errores que obviamente se van a cometer de buena fe, porque un sistema no cambia de un día para el otro y somos seres humanos los que lo vamos a aplicar.”²

Segundo ele, “una nueva prórroga a la implementación del Código sería un mensaje muy malo para la sociedad: si vamos a esperar el momento en que estamos todos prontos, ese momento no llega nunca.” Acrescentou que, “si surgen dificultades se debe mantener la firmeza en el rumbo, además de paciencia y tolerancia con los operadores del sistema que puedan cometer algún error.”

Uma das grandes mudanças levadas agora a cabo no Uruguai, deu-se na aplicação da prisão preventiva “como excepción y no como regla, como se hace en la actualidad. Hasta ahora, la gran mayoría de los imputados son procesados con prisión de forma preventiva y reciben la condena o absolución unos años después.” O principal argumento utilizado pelos parlamentares de todos os partidos políticos foi exatamente que “en un sistema penal acusatorio, la prisión preventiva solo debe ser aplicada como medida cautelar y una vez dictada la sentencia correspondería el cumplimiento de la pena”.

Para o Procurador do Ministério Público junto à Corte Suprema, “hay hipocresía, porque la gente se pone contenta cuando dicen lo procesaron y fue a prisión, y después aunque lo condenen a tres años de penitenciaría no vuelve a la cárcel. Lo que no se enteran es que a los tres meses están libres. De ahora en más, la prisión preventiva pasará de ser una regla a una excepción y se aplicará ante circunstancias de delitos graves, peligro de fuga, riesgo de vida para testigos, víctimas o acusados.”

Também a Presidenta da Associação do Ministério Público, Dora Domenech, reconheceu que nos primeiros meses poderão surgir alguns problemas e dificuldades de aplicação das novas regras. Segundo ela, “el

² <https://www.elpais.com.uy/informacion/ejecutivo-promulgo-nuevo-codigo-proceso-penal-rige-partir-manana.html>, acessado em 26 de dezembro de 2018.

sentimiento que tenemos los fiscales es que pueden surgir errores, porque será un cambio tan radical que humanamente tal vez se pueda incurrir en errores. Entre los fiscales, hay quienes se sienten preparados para el nuevo desafío y quienes no lo están. Hay mucha cosa de último momento para ajustar y un gran nerviosismo en general. Uno de los elementos que preocupa es la aplicación del sistema informático Sippau — que permite a cada fiscal gestionar la investigación de los casos — por medio de una tablet con la cual estarán en línea con la Policía.”

Uma outra grande novidade do novo Sistema, é “la posibilidad de realizar acuerdos entre el acusado y la Fiscalía antes de llegar a la instancia final del juicio”, disminuyendo “el número de presos sin condena, lo que es un muy buen efecto.” Ademais, no que diz respeito aos novos prazos, o novo código “facilita la realización de muchos procedimientos abreviados, que son de duración muy corta.”

Todos os processos novos já deverão observar as novas regras. Segundo números não oficiais, apenas em Montevideu, existem 20.000 expedientes “por tramitar y a esa tarea fueron asignados 20 fiscales”, o que exigirá que “cada integrante del equipo debe expedir cinco dictámenes por día.” Assim, “se cubriría fácilmente el sistema antiguo y la demanda tenderá a disminuir a medida que avance la aplicación del nuevo código”, conforme assinalou Jorge Díaz.

Portanto, haverá muito trabalho, especialmente para o Ministério Público. Dora Domenech, a Presidenta da Associação do Ministério Público, informou que haverá “turnos obligatorios los domingos de noche desde las ocho a la medianoche. Posteriormente es opcional quedarse ahí o irse a la casa, pero estamos con el teléfono abierto para atender a todo Montevideo. Esto quiere decir que uno va a tener que dormir sentado en un sillón y vestido, porque lo pueden llamar en cualquier momento.”³

Pois bem.

Em nossa visita ficou perfeitamente demonstrado, de maneira teórica e na prática também, como se estrutura um processo penal acusatório/adversarial, a partir de três audiências, todas realizadas sempre sob o princípio da oralidade.

³ <http://www.elpais.com.uy/informacion/nerviosismo-operadores-judiciales-nuevo-codigo.html>

A primeira, chamada “audiencia de formalización”, ocorre após o Ministério Público solicitar ao Juiz a “formalização” da investigação criminal, nos termos do art. 45-g, do Código de Processo Penal uruguaio. Nesta audiência, ouvidas as partes e, eventualmente, a vítima (se a ela compareceu), o Juiz decidirá acerca da legalidade da prisão (se o imputado estiver preso, óbvio), da admissibilidade da investigação pelo Ministério Público, do pedido de eventuais medidas cautelares (inclusive a prisão preventiva, necessariamente, concebida como *ultima ratio*), além de quaisquer outros pedidos (art. 266.6). Observa-se que o Juiz não decide de ofício, inclusive acerca da prisão preventiva (arts. 216 e 230).

A segunda, trata-se da “audiencia de control de acusación”, realizada também na presença das partes e da vítima (se esteve presente àquela primeira audiência). Nesta etapa, a defesa poderá contestar a acusação (apontando-se-lhe defeitos formais), opor exceções, pedir a extinção do procedimento (sobreseimiento) e propor acordos (art. 268.1).

A propósito, este sobreseimiento é pedido pelo Ministério Público em três hipóteses: a) quando, esgotadas todas as possibilidades probatórias, não surgiram provas plenas de que o fato imputado existiu ou que o imputado tenha sido o seu autor; b) quando o fato não constitua crime e c) quando esteja comprovada categoricamente (“de modo indudable”) que o fato foi praticado sob o pálio de uma excludente de ilicitude, de culpabilidade, de punibilidade ou outra causa extintiva do delito ou da pretensão penal, nos termos da lei penal uruguaia. Aliás, segundo o Código de Processo Penal, esta extinção excepcional do processo (que poderíamos chamar de uma verdadeira crise de instância)⁴ terá os mesmos efeitos de uma sentença absolutória (arts. 45-h, 129, 130 e 132).

Por fim, prevista está a denominada “audiencia de juicio oral”, que se realizará de forma ininterrupta, admitindo-se a sua suspensão apenas por razões de absoluta necessidade e, ainda assim, por um tempo mínimo não

⁴ José Frederico Marques identificava no Processo Penal a chamada “crise de instância” ou, como preferia Carnelutti, “crise do procedimento”, consistente, nas palavras do mestre italiano, em “*um modo de ser anormal do procedimento, pelo qual lhe é paralisado o curso, temporária ou definitivamente.*” Também alguns referiam o fenômeno como “crise processual”, como era o caso de José Alberto dos Reis, citado por Frederico Marques. Haveria três espécies de crises, a saber: a suspensão da instância, a *absolutio ab instantia* e a cessação da instância. (Elementos de Direito Processual Penal, Volume II, Campinas: Bookseller, 1998, p. 218).

excedente de dez dias, salvo casos excepcionais e devidamente fundamentados. Nesta audiência serão realizados os debates orais, desde as primeiras alegações das partes (“alegatos de abertura”), a produção da prova, até as alegações finais (“alegatos finales”), além da sentença, por fim. Após as primeiras alegações (orais) e antes das alegações finais (também orais), as provas serão produzidas na própria audiência, sob os princípios dispositivo, da imediatidade e concentração dos atos processuais, da celeridade e da publicidade. Por último, ditar-se-á a sentença, salvo se a causa for complexa quando, então, a decisão será tomada, também em uma audiência especialmente designada, no prazo improrrogável de quinze dias (arts. 270 e 271).

Observa-se que o Código de Processo Penal do Uruguai prevê um processo abreviado a ser observado exclusivamente para determinados crimes, caso em que poderá ser celebrado um acordo entre o Ministério Público e o imputado (obrigatoriamente assistido pelo seu defensor, público ou privado), resultando, acaso exitoso, na obrigação do imputado cumprir determinada pena privativa de liberdade ou de liberdade vigiada, ou ambas, uma após a outra (arts. 272 e 273). Importante salientar que esta forma consensual de resolução de conflitos encontra no Uruguai uma aplicação muito ampla, diferentemente do que ocorre em outros países da América do Sul e da América Central.⁵ Aqui no Brasil, evidentemente, que a barganha penal precisa ser vista com muitíssimas cautelas, exatamente para evitar que alguém cumpra uma pena sem que haja prova de que tenha sido, efetivamente, o autor do crime. A nossa (desastrosa e desanimadora) experiência com a transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº. 9.099/95, impõe que vejamos experiências estrangeiras tais como esta, com todas as cautelas! Estamos por aqui, afinal de contas, com o nosso Ministério Público e o nosso Poder Judiciário. “É preciso estar atento!”

De toda maneira, neste curto — porém proveitoso — período de convívio com os Magistrados uruguaios, revelou-se, mais uma vez, que não basta apenas a substituição de um código por outro, mas necessária se faz uma verdadeira mudança jurídico-cultural, para que, efetivamente, tenhamos uma reforma substancial do Processo Penal.

⁵ Esta afirmação, bastante pertinente, foi feita em post lançado em um grupo de WhatsApp, no dia 19 de novembro de 2018, por Leonel González Postigo, Diretor de Capacitação do Centro de Estudos de Justiça das Américas (CEJA).

A mudança legislativa é apenas um (necessário) começo, mas não um fim em si mesma, pois ela não basta. Sem esta visão, torna-se impossível que Magistrados, membros do Ministério Público e Defensores assumam as novas funções exigidas pela reforma de um código.

Pode-se discordar de um ponto ou de outro, como alguns o fizeram (no caso, por exemplo, da ampla possibilidade de acordos penais), mas a compreensão de todos (eu arrisco afirmar) é que o Brasil está muitíssimo atrasado no que concerne ao processo penal, não somente em razão de um Código de Processo Penal caduco e com ares inquisitivos, mas também por força de uma mentalidade inquisitorial da qual os participantes do processo penal brasileiro não conseguem se libertar.

Assim como ocorrera no Chile há poucos anos (e, de resto, em toda a América Latina e a Central, a começar pela Guatemala), os uruguaios foram muito corajosos: passaram de uma estrutura inquisitorial, como a nossa, e hoje atuam sob as bases de um sistema acusatório. Nada obstante alguma resistência, souberam, com inteligência e estratégia, transpor os naturais obstáculos. Os processos já iniciados sob a velha ordem seguiram assim, observando-se os antigos dispositivos processuais. Já os vindouros, obedeceram ao novo Código de Processo Penal.

Ao final e ao cabo, sucedeu em mim a mesma conclusão a que cheguei quando há dois anos estivemos (eu e meus colegas) no Chile: no Brasil, antes mesmo da reforma (e, fundamentalmente, depois dela) o Magistrado brasileiro precisa se imbuir do seu papel no processo penal adversarial. Aqui (neste sistema), o Juiz é Juiz e ponto. Isso foi dito para nós muito claramente algumas vezes. Se algum Magistrado tem o pendor para acusar, produzir prova, investigar, buscar a tal "verdade real", que largue a Magistratura e siga a carreira do Ministério Público. Como diz Alberto Binder, "os juízes que conheço me dizem que os sistemas acusatórios são muito mais divertidos."⁶ Aliás, eles nem entendem como pode ser diferente em um Sistema Acusatório. Não conseguiam nem sequer compreender algumas perguntas que eram feitas por nós brasileiros, simplesmente porque soavam incompreensíveis.

O Juiz brasileiro precisa passar umas férias no Uruguai. Mas, aproveitar uns dias que sejam e estudar (na teoria e na prática) como funciona a

⁶ BINDER, Alberto, "Estudios sobre el nuevo Proceso Penal – Implementación y puesta en práctica", Montevideo/Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 21.

Justiça Criminal e como se lida quando alguém comete um crime e o Estado tem que o punir, desde o início da persecução penal. Tudo muito natural, "dentro da lei", sem ódio, com imparcialidade, sabendo o papel do Ministério Público e respeitando a defesa.

O Ministério Público tem a responsabilidade de comandar a investigação criminal (art. 45-a), atender e proteger as vítimas e testemunhas (art. 45-i). O ônus da prova no "Juicio Oral" cabe a ele. Só a ele e à defesa. O Juiz nem quer saber disso. Acusação e defesa ocupam o mesmo espaço, inclusive nas salas das três audiências, em primeiro e no segundo grau. Não há essa coisa de se pôr ao lado do Magistrado. Como? Ele não é parte, tal qual a defesa? Ah, lá também não se usa toga ou beca e todos, nada obstante, respeitam-se. O pronome de tratamento é muito cortês. Não é esnobe, como aqui.

A oralidade é algo especialmente privilegiado. Os debates dão-se imediatamente entre o Ministério Público e a Defesa, sem deslealdades e frente aos Juízes. Tudo é decidido na mesma audiência. Todos estão preparados para resolverem quaisquer questões jurídicas surgidas durante as audiências. O contraditório estabelece-se de maneira muito transparente. O Ministério Público respeita a Defesa e vice-versa. Não há ocultação de provas, tampouco espaço para vaidades. Tudo é muito sereno e respeitoso. Cada um cumpre o seu dever. O acusado é muitíssimo respeitado, aliás.

De toda maneira, não adianta mudar a lei se não mudarmos a cultura jurídico-penal. Ela é inquisitiva, porque a nossa colonização é portuguesa, europeia. Os nossos Juízes são inquisidores e o nosso Ministério Público tem uma visão inteiramente distorcida do garantismo penal.

Para finalizar, devemos atentar para a lição de Alberto Binder: “Estabelecer o sistema acusatório ou adversarial e deixar para atrás o sistema inquisitorial consiste em modificar o modo como a justiça penal participa na gestão dos conflitos.” Para ele, a adoção plena do sistema acusatório “permite-nos abandonar o modo inquisitorial que, com seu formalismo, sua negligência com as pessoas, seu sigilo e desprezo pela atividade das partes, demonstrou ser tanto um sistema ineficiente quanto arbitrário.”⁷

⁷ BINDER, Alberto, “Código del Proceso Penal – Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay”, Montevideu: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2018, p. 30.

CAPÍTULO III
SUJETOS PROCESALES

O PAPEL DOS SUJEITOS PROCESSUAIS PENAIS NO SISTEMA JURÍDICO URUGUAIO

Camilin Marcie de Poli¹

Após alguns anos de muita espera pela reforma do processo penal no Uruguai, experimentou-se naquele país, no ano de 2017, uma significativa mudança na estrutura processual penal, trazida pela Lei nº 19.293 de 2014 (apresentou o Projeto de novo Código de Processo Penal ao Parlamento em 19 de dezembro daquele ano).

O novo Código, embora tenha sofrido inúmeras modificações (dadas pela Lei nº 19.436 e Lei nº 19.474 de 2016, Lei nº 19.510, Lei nº 19.511, Lei nº 19.544, Lei nº 19.549 e Lei nº 19.587 de 2017, e Lei nº 19.653 de 2018), implementou o sistema acusatório e acarretou a democratização do processo penal uruguaio, vez que buscou preservar e garantir espaços de liberdade social e individual aos cidadãos.

Além disso, acabou com o acúmulo/confusão de funções processuais (acusar e julgar), pois, com o escopo de promover os direitos fundamentais (v.g. dignidade humana, presunção de inocência, devido processo legal, publicidade, duração razoável do processo, etc.), colocou cada sujeito processual no seu lugar constitucionalmente demarcado, instalando um efetivo processo de partes.

Até o advento do novo Código de Processo Penal, o sistema jurídico uruguaio comportava uma estrutura demasiadamente inquisitória (Lei

¹ Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduada em Direito. Graduada em História. Diretora executiva do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Professora da FAE. Advogada. Escritora. Autora da obra “Sistemas Processuais Penais” e de diversos artigos na área jurídica.

nº 15.032 de 1980), pois possibilitava o completo comprometimento da imparcialidade do julgador, tendo em vista que a ele incumbia dirigir a fase de investigação, recolher o material probatório, decidir sobre o processamento do feito (até o ano de 2005, mesmo sem pedido do Ministério Público e sem a presença da defesa na fase preliminar) e julgar o caso penal.²

Em outras palavras, havia um evidente acúmulo/confusão de funções processuais, vez que o juiz, além de possuir iniciativa probatória, realizava, simultaneamente, tarefas incompatíveis entre si, como investigar os fatos, buscar e reunir as provas, assegurar os direitos e garantias constitucionais, decidir o caso, etc.

Com efeito, o novo Código de Processo Penal (com as modificações supervenientes) concebeu uma estrutura processual de cariz acusatória, vez que retirou a iniciativa probatória do órgão jurisdicional, eliminando a existência de um órgão multitarefa, como aquele do antigo modelo.³

Destarte, o novo sistema processual uruguaio modificou de maneira substancial diversos aspectos do processo penal, dentre os quais se destaca o papel atribuído aos sujeitos processuais, pois consagrou a separação das funções de investigar e julgar, atribuindo-as a sujeitos distintos.

Ademais, previu de maneira expressa a garantia da imparcialidade do julgador (artigo 2º), adequando-se aos diversos tratados internacionais de direitos humanos (v.g. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos), que buscam garantir o devido processo como expressão da dignidade da pessoa humana.

² CARRERAS, Beatriz Larrieu de las. La actuación del juez en el nuevo proceso penal. In: *Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 275-298, p. 277.

³ BLENGIO, Camila Umpiérrez; IDIARTE, Rodrigo Almeida. El tribunal. In: OLIÚ, Alejandro Abal (Coord.). *Curso sobre el nuevo código del proceso penal*. v. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018, p. 243-258, p. 244-245.

De maneira geral, a nova estrutura processual penal foi dividida em quatro etapas⁴: 1ª. *Etapa preliminar*, composta pela investigação preliminar não formalizada (etapa prévia, na qual o órgão ministerial investiga a suposta prática do delito e a sua autoria, sendo-lhe possível requerer autorização judicial para a prática de diligências invasivas aos direitos do investigado ou de produção antecipada de prova), pela investigação preliminar formalizada⁵ (o órgão ministerial, após reunir elementos objetivos do cometimento do fato delituoso e da sua autoria, formaliza a investigação e solicita ao juiz a convocatória da audiência de formalização, assumindo o investigado a qualidade de acusado), e pelas audiências preliminares (dizem com as saídas alternativas ao processo e com as soluções negociadas, como: suspensão condicional do processo, acordos reparatórios e juízo abreviado⁶); 2ª. *Etapa de preparação do juízo oral*, que tem por escopo a preparação do juízo, fixando os sujeitos intervenientes, o objeto do juízo e a prova que será produzida (estende-se do encerramento das investigações até o juízo oral)⁷; 3ª. *Etapa do juízo oral*, que desenvolve em uma audiência pública (com observância dos princípios de imediação, concentração e continuidade, onde participam o juiz, o Ministério Público, o acusado e seu defensor, sendo a assistência da vítima facultativa), na qual as partes formulam suas alegações iniciais, produzem as provas, e concluem de forma oral suas alegações sobre o que foi provado, encerrando o juiz o debate e prolatando a sentença definitiva (absolutória

⁴ CARRERAS, Beatriz Larrieu de las. *La actuación...* Op. cit., p. 282-284.

⁵ Artigo 266.1 do Código de Processo Penal uruguaio.

⁶ O juízo abreviado é uma forma na qual o acusado faz uma negociação com o acusador. O acusador não tem elementos suficientes para sustentar a acusação em um juízo oral, e propõe uma espécie de acordo com o acusado. Há o reconhecimento de culpabilidade pelo acusado, de modo que a confissão é utilizada como fundamento da condenação.

⁷ Nos casos em que não for possível uma saída alternativa ao processo ou um processo abreviado, o Ministério Público deverá, dentro do prazo estabelecido em lei, formular a acusação (artigo 127), que será notificada ao acusado para que apresente, no prazo legal, as provas que pretende produzir no juízo oral (artigo 128). Decorrido esse prazo, o juiz convocará as partes e a vítima para a audiência de controle da acusação (artigo 268.1). Na audiência, as partes poderão formular objeções de caráter formal, opor exceções, controlar a prova apresentada pela parte contrária, e celebrar acordos probatórios sobre os fatos, que não precisarão ser provados em juízo. CARRERAS, Beatriz Larrieu de las. *La actuación...* Op. cit., p. 283.

ou condenatória); 4ª. *Etapa de execução*, iniciada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, compreende os atos destinados a promover o cumprimento das condenações criminais e o trâmite e decisão de questões supervenientes relativas às penas e medidas de segurança⁸.

Dessa forma, com a finalidade de separar tarefas jurisdicionais consideradas incompatíveis entre si, a nova sistemática dividiu a atuação do órgão jurisdicional em duas figuras processuais, as quais ficaram incumbidas de atuar em momentos distintos, quais sejam: fase preliminar e fase de conhecimento. Essas figuras são, respectivamente, o juiz das garantias e o juiz do júízo oral.

O juiz das garantias ficou responsável por atuar nas etapas preliminares (v.g. durante a investigação preliminar; na autorização, controle ou adoção de medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais e produção antecipada de prova; na audiência de formalização da acusação; na audiência de acordo; na audiência de controle da acusação), incumbindo-lhe equilibrar o necessário exercício da persecução penal, zelar pela legalidade e legitimidade da intervenção estatal na esfera individual, bem como assegurar o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais do investigado e/ou acusado. Essa figura processual não é o juiz de conhecimento, vez que não pode valorar ou julgar a responsabilidade do investigado, em virtude ser impedido por lei de celebrar a audiência do júízo oral e de proferir a sentença (artigo 29). Cabe-lhe atuar exclusivamente na fase preliminar, vez que a fase processual é atribuição do juiz responsável pelo júízo oral.

O juiz do júízo oral (juiz de conhecimento), por sua vez, ficou com a função de determinar a existência (ou não) de responsabilidade penal do acusado, devendo impor, em caso de condenação, uma pena como consequência. Ficou incumbido de dirigir a audiência do júízo oral, devendo receber e valorar as provas produzidas, apresentadas e confrontadas pelas partes, bem como julgar de maneira independente e imparcial. Não lhe cabe trazer fatos ou provas ao processo, vez que

⁸ Artigo 287 do Código de Processo Penal uruguaio.

não possui iniciativa probatória, mas sim decidir em um sentido ou outro o caso apresentado.⁹

No que se refere ao papel das partes, tanto o órgão ministerial quanto o defensor passaram a gozar de igualdade de condições, vez que se buscou implementar de maneira efetiva garantias processuais como o contraditório, o devido processo legal, a ampla defesa, a publicidade, a oralidade, a igualdade, a presunção de inocência, a dignidade humana, etc. Nessa sistemática, ambas as partes, acusador e defensor (e a vítima, da mesma forma), podem solicitar a intervenção do juiz durante a etapa preliminar, a fim de ordenar a produção antecipada da prova¹⁰ (que é submetida ao contraditório, e ocorre perante o juiz das garantias durante a etapa de investigação, nos casos em que existir fundados motivos e extrema necessidade, como, por exemplo, a probabilidade de não ser possível produzi-la no juízo oral), nos casos previstos em lei.

O Ministério Público passou a ser o titular exclusivo da ação penal¹¹ (princípio da oficialidade: artigo 6º), de modo que lhe incumbe praticar todas as diligências necessárias para o êxito da investigação (artigo 43.1). Ante a notícia de um fato aparentemente delituoso, é sua função promover a persecução penal (com o auxílio da autoridade administrativa), sendo-lhe cabível: investigar e dirigir preliminarmente a investigação; solicitar a presença de pessoas que possam aportar elementos úteis para a investigação; solicitar medidas cautelares; buscar elementos objetivos que lhe permitam sustentar a acusação; solicitar a formalização da investigação; acusar ou pedir o *sobreseimiento* (quando verificar a presença de uma das causas previstas no artigo 130); atender e proteger as vítimas e testemunhas. Não lhe é possível decidir se é (ou não) oportuno ou conveniente o exercício da ação penal, vez que

⁹ CARRERAS, Beatriz Larrieu de las. *La actuación...* Op. cit., p. 281-282.

¹⁰ Artigo 213 do Código de Processo Penal uruguaio.

¹¹ Foi eliminada a ação penal de iniciativa privada (salvo no caso excepcional de crime cometido através dos meios de comunicação), bem como foi descartada a figura do querelante conjunto (a vítima poderá atuar como terceiro espontâneo coadjuvante do órgão ministerial, podendo atuar com relativa autonomia quando tiver posição de objeção, questionamento e impugnação a atuação do acusador). VALENTIN, Gabriel. *Las partes*. In: OLIÚ, Alejandro Abal (Coord.). *Curso sobre el nuevo código del proceso penal*. v. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018, p. 259-363, p. 261.

prevalece o princípio da obrigatoriedade. Logo, iniciada a persecução penal, não pode realizar atos de disposição (v.g. desistir da ação penal, suspender, interromper, ou fazer cessar o curso da persecução), salvo nos casos que constituem exceção ao princípio da obrigatoriedade.

Ao defensor restou assegurado o direito de conhecer todas as atividades que forem realizadas durante a persecução penal (desde a fase de investigação preliminar), em um plano de absoluta igualdade processual em face do Ministério Público. A ele compete representar e assistir tecnicamente o investigado e/ou acusado, podendo realizar todos os atos que entender necessários para a defesa, lhe sendo garantido o exercício de todos os direitos e faculdades reconhecidas pela lei ao seu cliente. Para tanto, deve atuar com lealdade, probidade e parcialidade inerentes a sua função, lhe sendo legítima toda intervenção capaz de beneficiar o investigado e/ou acusado, como: participar da fase preliminar, requerendo acesso aos registros, solicitando diligências e assistindo a realização delas, acompanhando o interrogatório, solicitando prazo para a formalização, etc.; requerer a produção de prova antecipada; participar da fase de formalização; contestar a acusação; participar da audiência de controle da acusação; participar da audiência do juízo; impugnar as decisões que afetam a defesa; atuar nas questões referentes à etapa de execução; interpor recurso; no juízo abreviado, informar o acusado acerca dos seus direitos, dos elementos da investigação, do direito de exercer a defesa em juízo, do acordo proposto pelo órgão ministerial e das consequências do mesmo, etc. (salvo para realizar comportamentos delitivos ou obstaculizar propositadamente o prosseguimento do feito).¹²

Como se pode notar, a nova estrutura processual penal uruguaia consagrou o princípio acusatório, tendo como finalidade adequar o sistema de justiça criminal com as demandas jurídicas e sociais de um Estado Democrático de Direito. Com efeito, é importante considerar que embora o novo Código de Processo Penal uruguaio tenha trazido uma nova sistemática processual, o êxito da reforma não depende exclusivamente dele, vez que se trata de um complexo processo cultural que abarca diversos elementos. Dentre eles, destaca-se a necessidade de

¹² VALENTIN, Gabriel. *Las partes...* Op. cit., p. 336.

uma efetiva mudança de mentalidade dos operadores do direito e demais envolvidos no fenômeno processual penal, a fim de que se não mude apenas a lei para se continuar tudo como sempre foi.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A OBRIGATORIEDADE NO PROCESSO PENAL URUGUAIO

Bruno Cunha Souza¹

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A reforma da Justiça penal brasileira mostra-se necessária. A questão que fica é saber como materializá-la diante do contexto político em que se insere.

Assim, ignorar os fatores políticos relacionados à questão seria uma irresponsabilidade, sobretudo quando os conflitos sociais têm sido consumidos pela população de forma pornográfica² e aproveitados por

¹ Mestrando em Direito, com ênfase em Direito Econômico e Desenvolvimento, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador bolsista na modalidade Taxa da CAPES/PROEX.

² “(...) o manejo da lei-e-ordem está para a criminalidade assim como a pornografia está para as relações amorosas, ou seja, um espelho que deforma a realidade até o grotesco, que extrai artificialmente os comportamentos delinquentes da trama das relações sociais nas quais estão enraizados e fazem sentido, que ignora deliberadamente suas causas e seus significados, e que reduz seu tratamento a uma sequência de iniciativas previsíveis, muitas vezes acrobáticas, às vezes até mesmo inverossímeis, resultante do culto do desempenho ideal, mais do que da atenção pragmática ao real. No final, a nova gesta da lei-e-ordem transforma a luta contra o crime em um titilante teatro burocrático-midiático que, simultaneamente, sacia e alimenta os fantasmas da ordem do eleitorado, reafirma a autoridade do Estado através de sua linguagem e de sua mímica viris, e erige a prisão como o último baluarte contra as desordens, que, irrompendo de seus porões, são vistas como capazes de ameaçar os próprios fundamentos da sociedade”. WAC-QUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* [A onda punitiva]. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 11.

candidatos aos Executivo e Legislativo para fins eleitoreiros.³ A opinião pública se forja nesse cenário.

Por outro lado, evidencia-se a dificuldade dos especialistas e estudiosos do tema para dialogar com as instituições políticas, pois as propostas apresentadas são, em regra, muito impopulares e poderiam causar impactos negativos à imagem do político que as endossasse. O fato é que, de um lado, a Justiça penal brasileira não agrada ao público, por ser ineficaz em termos de resolução de seus casos; de outro, tampouco agrada a academia, pois não garante a contento os direitos da pessoa acusada ou indiciada. Somado a tudo isso, o próprio governo brasileiro demonstra indiferença à produção acadêmica⁴.

Por fatores dessa natureza, mais a pressão de grupos de interesse⁵, o Congresso Nacional modificou, sem qualquer fundamentação sólida, diversos dispositivos pontuais do Anteprojeto de Código de Processo Penal (que gerou o Projeto de Lei 8.045/2010) elaborado por uma comissão de juristas, bagunçando sua sistemática e deixando dúvidas sobre se seria melhor mudar ou ficar do jeito que está. Diante disso,

³ Nesse sentido, sobre populismo, retórica e inflação penal: BINDER, Alberto. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012. pp. 80-83.

⁴ No início de fevereiro de 2019, o Ministro da Justiça Sérgio Moro declarou que seu ‘Projeto de Lei Anticrime’ busca “efeitos práticos” e não “agradar professores de direito penal”. Tal pronunciamento gerou justificada revolta. Vide, por todas, a nota de repúdio do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB): “A Casa de estudo do Direito mais antiga das Américas, integrada ao longo dos seus mais de 175 anos pelos maiores juristas da História brasileira, não pode se omitir diante de tamanha desqualificação daqueles que se dedicam à formação e ao aprimoramento do pensamento jurídico, à disseminação do conhecimento e à construção de um Estado Democrático de Direito. É lamentável e surpreendente que justamente o Ministro da Justiça, que há pouco tempo era membro do Poder Judiciário, menospreze o conhecimento e a participação dos especialistas no debate a respeito de um projeto que pretende alterar 14 leis, notadamente com graves repercussões às liberdades individuais. Isto é impensável em qualquer democracia”. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI295936,31047-IAB+examina+pacote+anticrime+e+repudia+declaracao+de+Moro>>. Acesso em: 04 mar. 2019.

⁵ Associações de diversas sortes que atuam buscando benefícios dos grupos que representam em detrimento do interesse público. Cf. TESSEROLLI, Eduardo Ramos Caron; KLEIN, Vinicius. *Rent-seeking* e grupos de interesse. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira et al. *Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento*. Curitiba: CRV, 2016. pp. 18-22.

resta a esperança de que a experiência das reformas processuais penais latino-americanas sirva de base para que o Brasil possa, de fato, reformar seu processo penal para uma estrutura acusatória. Para tanto, o foco deste pequeno artigo está no papel Ministério Público e sua relação com o tratamento da obrigatoriedade do exercício da ação penal no Uruguai.

1 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO URUGUAI

Ao Ministério Público, denominado a partir da Lei Nº 19.334 de 2015 de *Fiscalía General de la Nación* (FGN), atribuiu-se o poder de elaborar o desenho político criminal investigação e da persecução penal, conforme o disposto no art. 13, A), da Lei Nº 19.483 de janeiro de 2017. Como política pública, tal atividade tem caráter instrumental e deve alcançar objetivos sociais tangíveis, sob pena de carecer de legitimidade⁶. Ciente disso, o legislador uruguaio elencou, ainda nesta lei, princípios para a atuação da FGN: (a) de autonomia funcional (art. 3º); (b) de unidade de ação (art. 4º); (c) de independência técnica (art. 5º); (d) de hierarquia (art. 6º); (e) de celeridade (art. 7º); (f) de responsabilidade (art. 8º); (g) de organização dinâmica (art. 9º); (h) de objetividade (art. 10); (i) de probidade, transparência e prestação de contas (art. 11) e (j) de acesso à informação (art. 12).

Esse contexto institucional aponta para uma direção bastante positiva por diversas razões. Primeiro, porque corresponde ao abandono da persecução penal estatal organizada de um modo cego, feita caso a caso, para a construção de uma persecução penal estratégica (PPE), que significa perceber os padrões comuns do fenômeno da criminalidade para poder controlá-la de modo mais racional e eficaz⁷. Por outro lado, conferindo a maior independência possível à FGN, o art. 1º da Lei Nº 19.334 de 2015 atribuiu-lhe a natureza de ‘*serviço descentralizado*’, dando força à ‘*posição extrapoder*’ ou independentista do Ministério Público⁸. Ademais, percebe-se o reconhecimento da estrutura

⁶ BINDER, A. Obra citada, pp. 67-76.

⁷ BINDER, A. Idem, pp. 84-86.

⁸ BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016. p. 325.

verticalizada da instituição, não sendo mais possível ‘espelhar’ a organização da *Fiscalía* na dos tribunais, como se ambos fossem órgãos da persecução penal, como no paradigma inquisitivo, e devessem ter idênticas formas de organização⁹. Por fim, o último dos pontos positivos a ser considerado nesta breve análise é: na medida em que se busca eficiência¹⁰, admitiu-se o pressuposto de que os recursos públicos são escassos¹¹.

Assim sendo, parece de extrema relevância discutir o tratamento da obrigatoriedade do exercício do direito de ação penal pública.

2 A OBRIGATORIEDADE NO URUGUAI

A ação penal é pública; seu exercício toca ao Ministério Público e é obrigatório, excepcionadas as hipóteses legais (arts. 43 e 82 da Lei Nº 19.293 de 2014 - CPP). Esse dispositivo consagra dois princípios distintos¹²: (a) oficialidade e (b) obrigatoriedade. Por outro lado, tratam das exceções ao princípio de obrigatoriedade os artigos 98, 99 e 100

⁹ VALENTIN, Gabriel. Las partes. In: OLIÚ, Alejandro Abal (Coord.). *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal*. V. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018. p. 275. No mesmo sentido: MAIER, Julio. Panorama de la reforma de la administración de justicia penal en Hispanoamérica. In: *Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017. p. 105.

¹⁰ “Artículo 7º. – (Principio de celeridad). – Los fiscales deberán ejercer sus funciones de manera pronta, eficiente y oportuna”. Lei Nº 19.483 de 2017.

¹¹ “O Que produzir, Como e Para Quem não constituiriam problemas se os recursos fossem ilimitados”. SAMUELSON, Paul A. *Introdução à análise econômica*. 6. ed. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1968. p. 38.

¹² É importante frisar que são princípios distintos num mesmo dispositivo. Oficialidade diz respeito a quem dá o impulso, de investigar ou de acionar (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 115.), enquanto Obrigatoriedade refere-se a quais casos esse impulso será exercido. Parece inadequado, por isso, o posicionamento de CHEDIAK, Jorge *et al.* El nuevo C.P.P. a poco más de 15 días de su entrada en vigor. Consideraciones generales, observaciones y soluciones para su implementación. In: *Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017. p. 185. Na página referenciada, escrevem os autores: “(...) se conoce al principio de oficialidad como principio de obligatoriedad. (...) las excepciones al principio de oficialidad u obligatoriedad están previstas en los arts. 98 y 100 del código”.

do CPP. Os arts. 98 e 99 referem-se à investigação preliminar. O primeiro, especificamente no art. 98.1, permite ao *fiscal* - sempre de maneira fundamentada e comunicando a vítima - dispor sobre qualquer investigação ou terminar uma já iniciada: (a) se os fatos relatados na ‘denúncia’ não constituírem delito; (b) se os antecedentes e dados coletados indicarem que a responsabilidade penal do imputado¹³; (c) se as diligências realizadas não tiverem produzido resultados que possibilitem a continuação útil da investigação. O segundo, por sua vez, faculta ao Ministério Público iniciar uma investigação de um caso não apurado inicialmente ou retomar uma arquivada, caso haja novos fatos ou meios de prova que a justifiquem. Por fim, o art. 100 regula o ‘princípio de oportunidade’, conferindo ao Ministério Público a possibilidade de não iniciar a persecução ou abandonar a já iniciada quando: (a) os delitos forem de bagatela, não comprometendo gravemente o interesse público, a menos que a pena mínima seja superior a dois anos de privação de liberdade ou que sejam presumivelmente cometidos por funcionários públicos no exercício de suas funções; (b) tratar-se de delito culposo que tenha gerado grave aflição ao imputado, cujos efeitos possam ser considerados maiores do que os que derivariam de uma pena; (c) houver transcorrido quatro anos da comissão do fato e se presuma que não vá resultar uma pena penitenciária¹⁴, não concorrendo alguma das causas que suspendem ou interrompem a prescrição. A aplicação do ‘princípio de oportunidade’ deve ser sempre fundamentada e remetida ao tribunal competente para controle formal, além de ser comunicada ao superior do *fiscal* que o aplicou, bem como ao *denunciante* e à vítima que tiver comparecido.

Ademais, percebe-se que o chamado ‘princípio de obrigatoriedade’ no ordenamento uruguaio transcende o âmbito da ação penal. Nessa linha, confunde-se oportunidade do exercício da ação penal com

¹³ Segundo o art. 63.1, do CPP uruguaio, considera-se imputado a qualidade jurídica de toda pessoa que o Ministério Público atribua participação na comissão de um delito, desde o início da investigação preliminar até o fim do processo.

¹⁴ Pena penitenciária durará de dois a trinta anos (art. 68 do Código Penal uruguaio) em cárceres urbanos ou rurais com trabalho obrigatório correspondente à aptidão do preso e à carceragem em que esteja alojado (art. 70 do Código Penal uruguaio).

disponibilidade sobre o conteúdo do processo¹⁵. Apesar de tal imprecisão, importa notar que, também nesse aspecto, o legislador uruguaio optou bem ao reconhecer um modelo parcial de implementação do princípio de oportunidade (considerando-o como exceção ao princípio de obrigatoriedade do exercício da ação penal), o que ampliou a possibilidade de controle sobre a seletividade real do sistema penal, dando-lhe maior transparência¹⁶. Inserida no contexto institucional uruguaio, em que a FGN deve pautar sua atuação em princípios como os de unidade de ação, de hierarquia, de objetividade e de transparência, a aplicação do princípio de oportunidade traz consequências saudáveis para a justiça penal: (a) a descriminalização da bagatela; (b) o afastamento de uma concepção de um direito penal do autor e, sobretudo, (c) maior eficiência à administração da justiça¹⁷. Portanto, a utilização da oportunidade logra determinados fins político criminais: (a) ressalta o caráter subsidiário atribuído ao Direito penal, como protetor de bens jurídicos, e (b) utiliza a pena estatal verdadeiramente como *ultima ratio* da política social, consoante ao princípio de proporcionalidade, próprio de todo Estado de direito¹⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O programa político criminal do Estado, no que toca às políticas concretas de persecução, não pode ser tarefa exclusiva do poder legislativo, como ocorre com a vigência da obrigatoriedade, visto que a

¹⁵ “Se establece el principio de oportunidad o de disponibilidad de la acción penal, en determinados supuestos, con controles internos y externos en su aplicación” e “Esta regla [art. 22 da Constituição Uruguaia: ‘Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas’] se conecta con otras dos, que también se mantienen: la de la necesidad u obrigatoriedad y la de la indisponibilidad de la acción (arts. 43 y 82), que se justifican racionalmente como derivación de los principios de legalidad e igualdad”. LANDEIRA, Raquel. La regulación del Principio de Oportunidad en el nuevo Código del Proceso Penal. In: CAMPOS, Santiago Pereira *et al* (Coord.). *Código del proceso penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2018. pp. 132 e 135.

¹⁶ LANDEIRA, R. *Idem*, pp. 130-133.

¹⁷ LANDEIRA, R. *Idem*, p. 145.

¹⁸ LANDEIRA, R. *Idem*, *ibidem*.

função persecutória em matéria penal não é judicial nem legislativa, mas sim executiva¹⁹. O reconhecimento de critérios de aplicação da oportunidade, como feito no Uruguai, mostra-se uma iniciativa positiva e necessária para a racionalização, o ganho de eficiência e o aumento da eficácia do sistema penal. Por isso, mostra-se um tema tão relevante no contexto da reforma processual penal brasileira.

O Ministério Público, sendo detentor do exercício da ação penal pública, tem papel central na reforma e, como invariavelmente vai lidar com a escassez dos recursos, a obrigatoriedade traz consequências práticas bastante negativas. No Brasil, deve-se perceber tais consequências, pois o dito princípio apenas em tese retira do Ministério Público qualquer margem de discricionariedade em sua atuação, já que é irrealizável, uma falácia idealista²⁰.

Em conclusão, quem afirma a obrigatoriedade nega, consequentemente, a escassez dos recursos públicos, que se impõe como barreira real insuperável à vigência de fato do princípio. Portanto, parece bastante razoável um Ministério Público com a atuação estruturada conforme os princípios consagrados pelo ordenamento jurídico uruguaio.

¹⁹ BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2018. pp. 35-44.

²⁰ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Tradução de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. pp. 149-159.

O JUIZ DE GARANTIAS E O PERIGO DE SUA TRANSFIGURAÇÃO EM FACE DOS ANSEIOS “ACUATÓRIOS”: IMPRESSÕES À PRAXE JUDICIAL DO URUGUAI COM OLHOS PARA O BRASIL

Alexandre Bizzotto¹
Andreia de Brito Rodrigues²

Na perspectiva do sistema acusatório, que a recente reforma processual penal do Uruguai ambicionou adotar, a função primordial anunciada ao juiz criminal, no momento em que conduz a audiência de formalização da investigação, é a de zelar pelas garantias constitucionais das partes. Aparece o denominado juiz de garantias, também chamado “juiz de controle das garantias, ou, ainda, juiz de controle da investigação preliminar”.³

Cabe ao magistrado criminal conduzir o processo e zelar pelo efetivo contraditório e pela plena observância das garantias processuais penais dispostas na Constituição e na legislação processual penal perante cada ato estatal de natureza penal. No exercício de seu papel constitucional, o juiz tem a responsabilidade de encontrar significados normativos compatíveis com os direitos fundamentais.⁴

Com o olhar voltado para o sistema processual penal do Uruguai, o desempenho, sob o recorte do juiz de garantias, emerge quando da

¹ Doutor em Ciência Jurídica (UNIVALI-SC), Mestre em Ciências Criminais (PUCRS) e Juiz de Direito.

² Mestre em Ciências Criminais (PUCRS) e Promotora de Justiça.

³ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 217.

⁴ MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 27.

realização da audiência de apresentação (ou de formalização da investigação), primeiro momento para que as partes possam colocar as questões existentes do caso penal e os seus desdobramentos ou, de igual modo, quando necessário a realização de audiências pleiteadas pelas partes, para que sejam apreciados os pedidos pertinentes aos direitos dos perseguidos, bem como os limites dos atos processuais desenvolvidos pelo acusador penal, sempre atendendo-se à oralidade.

Alejandra Alliaud explicita que a audiência de formalização da investigação tem o objetivo de dar conhecimento ao investigado sobre a existência de uma investigação criminal contra ele⁵, conferindo-se a transparência possível dos atos estatais penais direcionados ao cidadão. Compete ao juiz, na asseguuração das garantias, verificar a situação da liberdade pessoal do sujeito investigado, controlar a investigação preliminar e seus resultados, além de possibilitar a realização de provas antecipadas.⁶

Se for percebida tão somente a tese abstrata do papel dos juízes de garantias, a cidadania, com a observância dos direitos fundamentais, resta plenamente atendida. Contudo, uma questão fática tem a potencialidade de desnaturar a proteção aos direitos fundamentais. É que, ao mesmo tempo em que o juiz na audiência de formalização busca assegurar as garantias constitucionais, há naquele instante a possibilidade de as partes apresentarem o pedido do acordo penal condenatório, nos moldes do procedimento abreviado previsto no artigo 272 e 273 do Código de Processo Penal do Uruguai.⁷

Logo, a partir do momento em que se coloca ao alcance dos burocratas dos sistema judicial (promotores, defensores públicos e juízes) a possibilidade concreta de se “resolver” precocemente o problema penal, sem as delongas de realização de colheira de provas e, com a

⁵ ALLIUD, Alejandra. *Audiências preliminares al juicio oral*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2016, p. 83.

⁶ LOPES Jr, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 224.

⁷ Cumpre dizer no Brasil se avizinha a possibilidade real da previsão legal do acordo penal condenatório, existindo a sua previsão no projeto do Código de Processo Penal e também no recente projeto enviado para o Congresso Nacional pelo atual Ministro da Justiça do Brasil.

evitação da reatualização e a vivência do drama e sofrimento dos casos penais, (e sem as dificuldades de exercer a dialética da apresentação, confrontação e decisão sobre os fatos e o direito), a função garantidora acaba se tornando um empecilho para o bem estar burocrático, tal qual tem ocorrido na dinâmica dos Juizados Especiais criminais no Brasil.

Sob a ótica dinâmica, relacional, pode ser visualizar que o chamariz do acordo penal condenatório é sedutor ao sujeito juiz. Veja, termina-se com o processo sem delongas, ignorando-se a necessária defraudação de expectativas⁸, com a pronta resposta à “impunidade” e colocando-se o magistrado na posição de herói, que tanto a sociedade do espetáculo⁹ lhe convida. E quem nesse mundo contemporâneo, sujeito humano, não almeja o protagonismo?

Impõe-se dizer que a pessoa colocada na situação de perseguido penal, salvo raras hipóteses, é hipossuficiente perante o Estado Penal. Nas palavras de Ferrajoli, a proteção das garantias processuais penais tem a finalidade de respaldar os débeis contra os mais fortes, com as garantias, exprimindo os direitos fundamentais dos cidadãos contra “os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto”.¹⁰

Não é difícil entender que o investigado, pela sua fragilidade, necessita do devido processo penal. Por outro lado, o sujeito juiz, ladeado por outros indispensáveis burocratas que ocupam o protagonismo do processo, embora ocupando funções de teor racional, não necessariamente o desejam. Aqui aponta-se o defensor público e o promotor de justiça, sem esquecer que inúmeras vezes o próprio defensor privado se apresenta perante o juiz com uma postura de indisfarçável adesão.

⁸ MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 100.

⁹ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*: Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 693.

Nesse cenário, identifica-se ser plausível a existência de traços não acusatórios, no sentido do desempenho real dos postos dos atores processuais técnicos. Esses podem confundir as suas funções, polarizando seus atos no sentido de convergir ao acordo penal, conferindo-se uma nova (e deturpada) concepção à pacificação. O investigado/perseguido, na engrenagem dos interesses subreptícios dos sujeitos, se vê na condição de alguém que está encurralado, sem opções, a não ser a de aceitar o acordo penal condenatório ou arcar com as sequelas penais de sua recusa.

O rol das funções do juiz de garantia, numa percepção efficientista, pode se tornar um empecilho dispensável à realização da prestação jurisdicional. Daí, esse sujeito juiz, garantidor e efetivador da sentença antecipada, se reveste da peculiar condição de quase um inquisidor, porquanto tem compromisso de assegurar direitos, mas, concomitantemente, tem o interesse que resolver o mérito, transfigurando-se em um ser a mais interessado na condenação.

Reina, por conseguinte, no âmbito das audiências de formalização da investigação, quando há o procedimento abreviado, uma espécie de sistema “acuatório” ao investigado/perseguido. A palavra acuar quer dizer conduzir (o que é caçado ou perseguido) a local ou situação em que o recuo ou a fuga é impossível; encurralar. Outrossim, pode significar o ato de conter-se por medo ou espanto; intimidar-se¹¹; ceder, desistir, esmorecer.

O perseguido/investigado, com os trâmites de investigação preliminar e consequente audiência de formalização é envolvido em armadilha, não tendo possibilidade de fuga: está diante dos operadores do direito que, por razões diversas, desejam arduamente a realização do acordo penal condenatório. Acaba por permanecer acuado, no sentido de ficar sem alternativa ou possibilidade de resposta; calar(-se), deter(-se), inibir(-se) ou parar diante de perigo ou ameaça.

¹¹ Geraldo Prado já dizia que a “intimidação é muitas vezes sutil, outras tantas cobertas de ironia e não raro fruto de impaciência e opera na lógica da racionalidade, em virtude da qual a negociação concretizada é a forma mais segura de se tomar conhecimento da ‘verdade’” (PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2003, p. 194).

Embora o juiz - que tira a veste de garantia e coloca a capa de tutor da vontade livre do investigado - tenha que assegurar a manifestação de vontade e de entendimento do acordante sobre essa vontade e suas consequências, vetando eventual vício, essa tal fiscalização da vontade faticamente já foi submetida a diversos crivos emocionais, inclusive com a participação simbólica desse juiz na condição de instrumento de ameaças aos direitos do investigado (sabendo ou não o juiz de tal utilização). A função de tutor da vontade do investigado e de sua liberdade na adesão ao acordo e aos seus termos traduz-se, muitas das vezes, em estética processual para justificar a pseudo-democracia processual.

Basta lembrar que está sob a esfera do juiz, na qualidade de juiz de garantias, decretar ou revogar a prisão cautelar. A contrariedade fática do investigado à submissão ao acordo penal condenatório é arcada por ele. Retrata fielmente o problema existente o que ocorreu e tem ocorrido na paradigmática investigação e processo denominada de Lava-Jato no Brasil, em que a prisão cautelar é utilizada como meio de coerção para se resolver o mérito, ressaltando-se a tradição autoritária de parte significativa do Judiciário brasileiro que tem espelhado a atuação autoritária da condução da Lava Jato.

Sob outro prisma, e agora pontuando especificamente o Brasil, a coação fática ao acordo penal condenatório traz em seu bojo a possibilidade de que fatos que não tenham teor penal sejam colocados em sacoladas, juntamente com os fatos penais. Abre-se guarda ao histórico moralismo punitivo em um momento histórico nacional de preocupação, no qual as instituições têm sido questionadas. Ardores políticos autoritários necessitam de limites claros e taxativos a fim de serem refreados.

Ao se realizar ponderações sobre a eventual possibilidade de transfiguração da função do juiz de garantias, não se tem o objetivo de diminuir a importância da tutela dos direitos fundamentais e, muito menos da relevância do juiz de garantias. Ao contrário, acredita-se que o juiz de garantias é imprescindível para a efetividade da democracia processual.

Igualmente, não se quer diminuir os avanços alcançados pela processualística do Uruguai. Tais são reconhecidos e festejados, contudo, isso não quer dizer que não há problemas. Eles existem e, para efeito de norte para o Brasil, merecem ser sopesados.

Dentre eles, quer se identificar que a colocação do sujeito juiz no papel de controlar as garantias no mesmo instante da realização do eventual acordo penal enfraquece os objetivos de garantia alimentados pela relação *acuatória*, que resta abrigado no acordo penal condenatório e que fragiliza o sistema acusatório.

Assim, o *acuatoriedade* é uma ameaça. A balança de Thêmis é substituída pelo arco e flecha de Diana Caçadora. O acordo penal condenatório é uma metralhadora giratória à procura de alvos e, dentre eles, está o instituto do juiz de garantias. A assunção da existência dessa espécie de relação *acuatória* pode ser um começo para se discutir quais as formas de mitigar os atentados ao sistema acusatório e a seus corolários com a criação de renovados mecanismos de controle ao cotidiano judicial.

JUIZ DE GARANTIAS: A MUDANÇA DA CULTURA INQUISITORIAL A PARTIR DO PRAGMATISMO LEGAL

Tiago Dias de Meira¹

O presente artigo é fruto de estudo presencial no *Curso sobre la Reforma del Proceso Penal en Uruguay*² promovido pelo Observatório da Mentalidade Inquisitória em conjunto com a Associação de Magistrados do Uruguai — AMU, em um intercâmbio entre juristas brasileiros e uruguaios realizado em Montevidéu, tendo especial alusão ao primeiro ano de vigência do Código de Processo Penal daquele país.

Ao se investigar o Código de Processo Penal Uruguaio, Lei nº 19.293, observa-se que o modelo adotado é claramente, por princípio, o do Sistema Acusatório. Isso ocorre não apenas porque tal assertiva é visível de forma expressa³, mas, mais importante, porque as funções dos atores processuais são nitidamente especificadas de maneiras distintas, sendo as tarefas, pragmaticamente, desempenhadas por cada um deles

¹ Advogado. Graduado em Direito pela ULBRA-RS. Especialista em Direito Internacional e Nacional Ambiental pela UFRS. Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo.

² Realizado em 15 e 16 de novembro de 2018.

³ Artículo 9 (Publicidad y contradicción; principio acusatorio). El proceso penal será público y contradictorio en todas sus etapas, con las limitaciones que se establecen en este Código. Rige en este proceso el principio acusatorio. En aplicación de dicho principio, no se podrá iniciar actividades procesales, imponer prisión preventiva o medidas limitativas de la libertad ambulatoria, condenar o imponer medidas de seguridad, si no media petición del Ministerio Público. AMU. Asociación de Magistrados del Uruguay. Ley nº 19.293. Disponível em <<http://amu.org.uy/ley-no-19-293/>>. Acessado em 17 Jan 2019.

de modo preciso. Processualmente falando, tal assertiva pode ser visualizada nos atos de: julgar; defender; e acusar.

No que toca, ainda, com as funções dos atores processuais, exemplo importante, advindo do modelo uruguaio, é percebido na clara exclusão da função do juiz como investigador, aqui traduzido como produtor de prova. Trazendo o exemplo mais a miúdo, o julgador não contribui com quaisquer atos proativos de sua iniciativa, ou seja, até mesmo eventuais medidas impostas pelo júizo devem ser requeridas pelo Ministério Público, ausente, nesse sentido, a possibilidade do magistrado fazê-lo de ofício. Dada a sua importância merece citação a segunda parte do artigo 9 que elucida o contexto: *En aplicación de dicho principio, no se podrá iniciar actividades procesales, imponer prisión preventiva o medidas limitativas de la libertad ambulatoria, condenar o imponer medidas de seguridad, si no media petición del Ministerio Público.*⁴

Ao contrário do que se expõe no processo brasileiro, o controle⁵ é para que o Ministério Público exerça a sua função de acusador nos estritos limites legais, sem que haja, em caso de inércia do representante do *parquet*, qualquer ação por parte do julgador para compensar a inação daquele. O julgador tem a função assegurar os direitos constitucionais dos cidadãos, por isso, juiz *das garantias*.

O JUIZ DAS GARANTIAS

O chamado juiz de garantias é aquele que atua na fase prévia a formação da relação processual, ou seja, ele exerce o controle dos procedimentos no estágio que antecede a investigação policial, de sua eventual admissibilidade, até o oferecimento da denúncia, que culmina em julgamento na fase do júizo oral. Melhor dizendo, no procedimento

⁴ AMU. Asociación de Magistrados del Uruguay. Ley nº 19.293. Disponível em <<http://amu.org.uy/ley-no-19-293/>>. Acessado em 17 Jan 2019.

⁵ GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Renavan, 2008.

uruguaio há audiência de formalização da acusação⁶, ou seja, há prévio controle judicial do que, e como se procederá a investigação policial. Mais do que isso, há claro espaço para manifestação defensiva, inclusive, podendo esta requerer diligências ao Ministério Público, para que este forme ou não a denúncia com elementos, inclusive, trazidos pela defesa. Outro aspecto a ser gizado é a que todo o inquérito policial é de livre acesso a defesa, não podendo omiti-las, ou apresentá-las diretamente no juízo oral.

O controle da legalidade é exercido pelo juiz das garantias, sendo o órgão acusador responsável por requerer a ele quaisquer providências, ou seja, não há atos investigatórios proferidos pelo julgador de ofício. De certa forma, evita-se que haja processo, se o órgão acusador não tiver certeza da existência de um caso⁷. Não se lança processo penal contra quem tenha a possibilidade de ser absolvido, ou melhor, sob quem o Ministério Público não tenha possibilidade de êxito em aclarar autoria e materialidade delitivas.

Ou seja, antes de sofrer o estigma de estar sendo processado⁸, o juiz das garantias irá sustar o ato ministerial. Algo muito distinto do processo penal brasileiro o qual pode ser usado para tentar produzir

⁶ Artículo 266 (Formalización de la investigación).- 266.1 Cuando existan elementos objetivos suficientes que den cuenta de la comisión de un delito y de la identificación de sus presuntos responsables, el fiscal deberá formalizar la investigación solicitando al juez competente la convocatoria a audiencia de formalización. 266.2 La solicitud se hará por escrito, salvo en el caso previsto em el artículo 266.4 de este Código y deberá contener en forma clara y precisa: a) la individualización del imputado y de su defensor, si este hubiera sido designado durante la investigación preliminar; b) la relación circunstanciada de los hechos y la participación atribuida al imputado; c) las normas jurídicas aplicables al caso; d) los medios de prueba con que cuenta; e) las medidas cautelares que el fiscal entienda pertinentes; f) el petitorio; g) la firma del fiscal o de un representante autorizado por la Fiscalía. AMU. Asociación de Magistrados del Uruguay. Ley nº 19.293. Disponível em <<http://amu.org.uy/ley-no-19-293/>>. Acessado em 17 Jan 2019.

⁷ Utilizando a expressão análoga na Common Law: “we have a case”, ou o instituto da justa causa ou lastro probatório aparente. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. *Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

provas — não raras vezes pelo julgador — para formar um juízo condenatório. Aqui lembramos a veemente crítica feita por Lenio Streck para quem, há, atualmente, uma mistura do paradigma ontológico-clássico e com o da filosofia da consciência, verdadeira tentativa de se extrair essência do ser, nas práticas jurídicas, das provas através, e no processo. Segundo ele, há ainda uma vinculação entre a prova e a dita ‘verdade real’, o problema é que prova é o que o juiz diz que é prova, então a verdade real⁹ advém da relação: sujeito (juiz) – objeto (prova)¹⁰. Por isso que o sujeito que é inserido no processo penal no qual o julgador controla a prova tem grande probabilidade de condenação mesmo se não houver esforço algum o Ministério Público¹¹.

Nesse aspecto, ganha importância o juiz de garantias no momento anterior ao processo. Explica melhor essa fase de preservação do cidadão dos males de responder a processo penal, Renato Filho:

A importância da fase intermediária se vincula a ideia de que o processo deve-se desenvolver de forma responsável, em razão do potencial lesivo que a própria instância processual pode gerar na vida do imputado. Assim, o processo edificado em uma ordem de garantias deve permitir um controle jurisdicional rígido da passagem para a fase de juízo.” (...) “Se uma das finalidades dessa fase é justamente evitar que o imputado sofra desnecessariamente os efeitos nefastos do processo, não teria lógica admitir o desenvolvimento do caso.¹²

⁹ Lembra o autor que verdade não é consenso, pois caso fosse não haveria verdade, apenas uma herança convencionalizada. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p. 56.

¹¹ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

¹² FILHO, Renato Sigisfried Sigismund Schindler. *A necessária revitalização da fase intermediária do processo: pela implementação de uma audiência de controle da acusação*. Santiago Chile: Gráfica LOM, 2018, p. 72-74. In: *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. V. II*. Santiago Chile: Gráfica LOM, 2018. Diretor: Leonel González Postigo. Coordenadora: Paula R. Balasteros.

Este ponto de vista ganha importância na ideologia do processo¹³, porque o sistema processual é definido a partir de quem busca a prova, como também no momento em que a colhe. Ainda concernente a título explicativo, os elementos colhidos na fase do Inquérito¹⁴ sequer são examinados pelo magistrado que irá proferir a sentença. Este caráter é relevante para discernir uma futura avaliação no julgamento. Isso porque os elementos de convicção que são coletados nesta fase policial não servem para fundar uma sentença. Ou seja, servem apenas para emitir as resoluções da etapa investigatória e estabelecer os moldes de eventual denúncia.

O grande ponto, ou talvez o tópico central apresentado no processo penal em que se tem a atuação atribuída ao juiz das garantias é o aspecto de controle da ação penal. Em que pese o óbvio¹⁵ pleonasmolinguístico, o juiz é efetivo na manutenção, preservação e aplicação das garantias processuais e constitucionais.

Tal afirmação pode parecer falaciosa, em um primeiro momento, diante de uma cultura inquisitorial inerente aos atores processuais brasileiros, na qual entende-se que se há um julgador que controla a acusação penal, e, portanto, controla ao réu, isso implica em algo negativo, ou prejudicial a democracia.

Contudo, no processo penal de modelo acusatório, como por exemplo o visualizado nas Normas Processuais Penais Uruguaias percebe-se que, há maior efetivação — real — das garantias neste tipo de procedimento, pois tal tarefa é verdadeiramente desempenhada pelo juiz das garantias. Com maior razão que não se utiliza o que fora produzido na fase pré-processual, o que é assegurado pelo juiz das garantias.

O julgador, que recebe as provas produzidas pela acusação e defesa na fase oral, conhece todo o processo naquele momento processual, sem contanto nenhum anterior com qualquer espécie prova. Ainda em

¹³ Destaca Terry Eagleton que a ideologia é uma questão mais de discurso do que de linguagem, é mais política que epistemológica, ou seja, o pensar é direcionado a partir de quem diz, e para que(m) se diz. EAGLETON, Terry. *Ideología: una introducción*. Tradução de Jorge Vigil Rubio. Barcelona: Paidós, 1997, p. 31.

¹⁴ No Uruguai essa é fase pré juízo oral e pós formalização da investigação.

¹⁵ Bobbio, nos lembra a necessidade de (re)afirmarmos, até mesmo, obviedades. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

relação a experiência uruguaia, caso haja estofo indiciário suficiente para dar-se continuidade a acusação, após a fase investigatória, inicia-se o juízo oral¹⁶, que é propriamente o momento em que são produzidas as provas defensivas e acusatórias.

Importante destacar, que nessa fase, todo o desenvolvimento do procedimento se dá de forma oral, e o controle dos atos processuais, como julgamento propriamente dito será feito por juiz diverso daquele que atuou na fase de investigação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fato que impressionou também, foi a obediência as Normas Processuais de feição pragmaticamente, conforme observou-se em visitas as audiências daquele país. A prática processual, e a atuação dos atores no processo, nem sempre é estanque ao modelo legislativo vigente, por isso que questões costumeiramente de execução real não devem escapar eventuais análises críticas, simplesmente, porque se tem nominado determinado sistema processual não significa que assim o seja

¹⁶ Artículo 268 (Audiencia de control de acusación). 268.1 Vencido el plazo contemplado en el artículo 128 de este Código, el juez convocará a las partes y a la víctima, si hubiere comparecido a la audiencia de formalización, a una audiencia de control de la acusación, dentro de los diez días siguientes. Como cuestión previa en la audiencia, la defensa podrá: a) objetar la acusación señalando defectos formales; b) oponer excepciones; c) instar el sobreseimiento; y d) proponer acuerdos. 268.2 Resueltos los planteos en audiencia, cada parte ofrecerá su prueba y formulará las observaciones que considere pertinentes respecto de la prueba de la parte contraria. El juez velará por un genuino contradictorio sobre estos puntos y rechazará la prueba cuando esta resulte inadmisibles, impertinente, sobreabundante, dilatoria e ilegal. 268.3 Las partes podrán arribar a acuerdos probatorios, dando por acreditados determinados hechos, los que no podrán ser debatidos en juicio. El juez evitará discusiones que son propias del juicio oral y resolverá oralmente, de manera inmediata y fundada los planteos de las partes, basándose en las evidencias que presentaren las partes em audiencia. 268.4 No podrá admitirse en juicio ninguna prueba a la que la defensa no haya tenido acceso y posibilidad de control. A tales efectos el juez adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control por la defensa. AMU. Asociación de Magistrados del Uruguay. Ley n° 19.293. Disponible em <<http://amu.org.uy/ley-no-19-293/>>. Acessado em 17 Jan 2019.

aplicado.¹⁷ Ademais, de nada adianta determinação legislativa que diz que — *o juiz poderá complementar a inquirição*¹⁸ — se em sua aplicação for praticada e lida como *o juiz perguntará diretamente as testemunhas assim como as partes*.

Aqui, nessa circunstância, se extraia a grande mudança do sistema uruguaio, qual seja, as práticas processuais. Não se pode esquecer que os juízes que aplicam as normas eram advindos de um código e costumes fortemente inquisitivos, isso dito por eles próprios. Ou seja, os julgadores uruguaio trabalhavam sob a vigência de um código de processo penal com explícita sistemática inquisitorial, estavam com todos os vícios do antigo sistema, viviam e tinham introjetadas em sua cultura jurídica todas as formas inerentes ao pensamento inquisitivo.

E, neste aspecto, ao contrário de outros países, como o Chile, por exemplo, os magistrados que estavam inseridos em práticas processuais e culturais — inquisitórias — continuaram atuando depois da edição do novo código, por isso ganha tanta importância a mudança de mentalidade — prática — advinda a partir da incidência do Novo Código de Processo Penal.

Antigas amarras foram desfeitas, e não pretendemos aqui tentar encontrar justificativas para tal, fato que é curto o espaço nesse artigo. Ainda assim, observando o que aconteceu no Uruguai, arrisco a dizer que uma possível explicação seja simplesmente: - vontade. De fato, o que importa é a possibilidade de visualizar, que mesmo advindo de uma cultura inquisitória, alterada a legislação processual, é possível se ter um Processo Acusatório.

¹⁷ Nesse sentido já me manifestei: “a etiqueta ou o nome que recebe o sistema não o define por si. Neste aspecto, refere-se diretamente aos Sistemas Inquisitorial e Acusatório, o que não implica, necessariamente, na adequação do processo, e até mesmo do procedimento ao sistema no qual, por vezes, ele está nominado. Nesse sentido, quando se trabalha a finalidade do processo penal, ao referir que, em que pese se apor determinado nome ao sistema acusatório/inquisitório, o princípio unificador – ideologicamente – é o que verdadeiramente identifica de qual deles se está a falar.” MEIRA, Tiago Dias de. *O Estado Ativo e o Papel do Juiz: uma construção alternativa para o sistema acusatório no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Tirant lo blanch, p. 34.

¹⁸ Alusão ao artigo 212 do Código de Processo Penal Brasileiro, o qual determina que as perguntas serão feitas diretamente pela defesa e acusação.

Sim, nossa experiência não é animadora,¹⁹ vide várias alterações legislativas, exemplificativamente o artigo 311,²⁰ alterado 03 (três) vezes, e ainda possibilita a decretação de prisão preventiva de ofício, ao contrário do texto uruguaio que coloca como impositivo o requerimento do órgão ministerial.²¹

O momento que funda o argumento do modo pelo qual os magistrados atuam é anterior à sua ação no processo, portanto cultural²². O desafio passa então a ser como se muda uma cultura? O que fica, da experiência uruguaia, é a possibilidade de acreditarmos que um novo costume cultural — acusatório — é possível, independente de qual modelo legislativo antecedente era o vigente.

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O núcleo do problema do sistema processual brasileiro*. P. 139. In: *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

²⁰ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acessado em 18 Jan 2018.

²¹ Artículo 230 (Trámite de la solicitud).- La solicitud de prisión preventiva deberá formularse por el fiscal en audiencia y se tramitará de acuerdo con las disposiciones de este Código. AMU. Asociación de Magistrados del Uruguay. Ley nº 19.293. Disponível em <<http://amu.org.uy/ley-no-19-293/>>. Acessado em 17 Jan 2019.

²² Damaska leva em consideração o conceito de cultura de Max Weber. DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Tradução de Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

O PROCESSO PENAL E O JUIZ DE GARANTIAS

Marcio Guedes Berti¹

INTRODUÇÃO

Sobre a posição do Juiz no processo, anota Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que:

Sua posição na relação processual é de órgão *super partes*. Entretanto, deve-se ter em conta que tal situação não significa que ele está acima das partes, mas que está *para além dos interesses delas*. É uma figura imparcial, então, como candidamente acena a doutrina tradicional. Neste sentido, o juiz também está para além de seus interesses individuais, encarnando o próprio Estado. É por tal razão que se fala em Estado-juiz. Assim, não se pode dizer que o juiz é um representante do Estado, mas um órgão dele e, deste modo, é o Estado, presentando-o, como quer Pontes de Miranda; e não o representando.²

Logo, é de fundamental importância compreender o papel do Juiz no processo, bem como situá-lo em seu devido lugar, sobretudo para evitar sua “contaminação” para o julgamento do caso penal em virtude de

¹ Doutorando em Filosofia pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Cascavel – UNIVEL, Graduado em Direito pela Universidade Paranaense UNIPAR. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade Paranaense - UNIPAR, Campus de Cascavel e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Dinâmica das Cataratas, Campus de Medianeira. Advogado.

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Organizadores: Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula: Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 31; 32.

sua atuação na fase investigatória (ou pré-processual), sabidamente inquisitória.

Disso decorre a necessidade de uma profunda alteração no sistema que funda e serve de base e estrutura ao Processo Penal brasileiro, devendo-se abandonar todos e quaisquer resquícios do sistema inquisitório, porque referido sistema, de um lado, mostra-se inútil em termos de prevenção geral da criminalidade e, de outro, é nefasto no que se refere à proteção dos direitos e garantias fundamentais do investigado/acusado.

Parte da doutrina classifica o sistema processual brasileiro como sendo misto em razão da “divisão” de fases em (i) fase de investigação e (ii) fase processual. A primeira, porque ausentes o contraditório e a ampla defesa, seria inquisitória; já a segunda, albergada por tais princípios, seria acusatória. Há quem sustente, por outro lado, que como o inquérito policial não é processo, e que a definição de um sistema deve limitar-se ao exame do processo, o sistema processual brasileiro não é misto, e sim acusatório.³

Contudo, saber se um sistema é inquisitório ou acusatório passa, necessariamente, pela análise do papel do Juiz no processo, pois é através da gestão da prova que lhe é atribuída que é possível estabelecer qual é, de fato, o sistema fundante do Processo Penal.

Sendo assim, se o sistema permite ao Juiz que participe da gestão da prova⁴, está-se diante de um sistema inquisitório; por outro lado, se o sistema atribui a gestão da prova exclusivamente às partes, o sistema é acusatório. É que no sistema acusatório há uma clarividente divisão nas tarefas dos atores processuais, cabendo às partes (e só a elas!) a gestão da prova, e ao Juiz, exclusivamente, as funções de controle e julgamento. Como leciona Antônio Alberto Machado:

Não se pode negar que esse princípio⁵ é mesmo uma das pilstras do devido processo legal, na medida em que afasta por completo os procedimentos inquisitivos, supõe um processo de partes, coloca o réu

³ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. Atlas : São Paulo, 2015, p. 14.

⁴ Tal como o artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro.

⁵ Referindo-se ao princípio acusatório.

na posição de sujeito de direito e garante a dialética processual que é, como já assinalamos, indispensável à própria noção de processo.⁶

Portanto, é de fundamental importância compreender o papel do Juiz no Processo Penal para que seja possível estabelecer qual é o seu sistema fundante. Nesse ponto, é esclarecedora a doutrina de Aury Lopes Junior, para quem:

(...) o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é *misto*, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz.⁷

O PROCESSO PENAL E O JUIZ DE GARANTIAS

A imparcialidade do juiz para o julgamento de uma causa talvez seja a mais importante garantia de justiça às partes, e isso implica em ter, no processo, um juiz “descontaminado”, por assim dizer. Ou seja, a garantia de justiça passa justo naquilo que diz com a imparcialidade do julgador, motivo pelo qual a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 10º, prevê que “Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência *por parte de um tribunal independente e imparcial*, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. (destaque nosso)

E a contaminação se dá justo no que se refere à atuação do juiz na fase pré-processual, tal como ocorre com o Processo Penal brasileiro, onde o juiz, na fase de inquérito, pode decretar a quebra de sigilos telefônico e fiscal, a prisão preventiva, o sequestro de bens, e tem contato com todos os elementos de investigação apresentados pela Polícia e pelo

⁶ MACHADO. Alberto Antônio. *Curso de Processo Penal*. 6ª edição atualizada de acordo com a Lei 12.850/13. São Paulo. Atlas : 2014, p. 70.

⁷ Lopes Jr. Aury. *Direito processual penal – 13ª ed.* – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 47.

Ministério Público; impossível, assim, cogitar-se um juiz imparcial para o posterior julgamento da lide penal, na fase processual.

Obviamente que quando este magistrado que atuou na fase de investigação chega ao processo já está contaminado pelas informações que teve acesso, transformando, desta feita, o processo em uma mera formalidade e, para além disso, o juiz se torna um ator processual desprovido de imparcialidade.

Eis aqui a importância do juiz de garantias, ou seja, daquele juiz que, atuando na fase investigativa promovendo o controle da investigação, ao final desta etapa estará impedido de atuar no processo, que será conduzido por outro magistrado que, até então, não teve qualquer tipo de contato com quaisquer elementos de informação dos autos.

Destarte, quando se tem o mesmo juiz atuando em ambas as fases (pré-processual e processual), ao chegar na segunda (processual) ele estará, ainda que inconscientemente, contaminado pelas informações que teve acesso e, sobretudo, pelas decisões que tomou. Assim, se um juiz no curso de uma investigação tomou decisões de caráter cautelar extremas e excepcionais, como, por exemplo, a decretação de uma prisão preventiva, até por uma questão de lógica racional é impossível exigir dele uma imparcialidade futura para o julgamento da ação penal.

Essa ideia de que um juiz pode ser imparcial mesmo atuando na fase pré-processual, e tenha tomado a partir disso ciência dos elementos de informação investigativos e, eventualmente, proferido decisões acerca de medidas processuais penais cautelares, é um “mito” típico do sistema inquisitório, que estabelece uma crença na superioridade moral do juiz, que o coloca simbolicamente em um patamar de equidistância e imparcialidade.

Portanto, a ideia de justiça reside justamente na necessidade de se ter um julgador ignorante, vale dizer, um juiz que ignore completamente os fatos e os elementos de informação, os quais somente ser-lhe-ão apresentados por oportunidade do processo, e não a partir da investigação. É preciso, assim, que cada ator processual tenha suas atribuições bem delimitadas dentro do processo, de modo que se há, de um lado, a acusação, e, de outro, a defesa, não cabe ao juiz tomar parte em

favor de quaisquer delas, devendo manter-se neutro quanto à gestão da prova, apenas exercendo controle para que a prova produzida seja lícita.

O juiz em um sistema acusatório não tem interesse em quem perde ou em quem ganha o processo; seu único interesse é decidir, vale dizer, solucionar o conflito, aplicando o direito ao caso concreto, garantindo às partes que litiguem de acordo com as regras do jogo (do processo).

Na prática, não é raro deparar-se com situações em que o magistrado, ainda na fase de investigação, reúne-se com policiais e membros do Ministério Público para discutir o andamento das investigações, decreta, *ex officio*, medidas assecuratórias e ainda sugere a prisão deste ou daquele, num claro e inaceitável desvirtuamento de sua função.

Eis o motivo pelo qual a instituição do juiz de garantias para atuar somente na fase de investigação, exercendo controle sobre ela e assegurando a sua legalidade assim como o respeito e a observância dos direitos e garantias fundamentais do indiciado ou suspeito, tal como sugere o projeto do Novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009), seria bem vinda, a fim de que, realmente, o processo possa ser conduzido por um juiz “descontaminado”, ignorante no que se refere aos elementos de informação e, sobretudo, sem juízo de valor já formado sobre o caso, pois é justamente este juízo de valor preconcebido pela fase de investigação que pautará posteriormente a conduta do magistrado e suas decisões durante o processo.

É preciso ter presente, repita-se, que o magistrado deve contentar-se com as provas produzidas pelas partes, pois o juiz, ao contrário daquilo que muitos dizem, não busca a verdade dos fatos, eis que é justo aqui que ele, julgador, arvora-se naquilo que compete às partes e vai em busca da prova, ou seja, produz prova, não raro de ofício, e quase sempre, em favor da acusação. E quase sempre em favor da acusação mesmo, porque se não há prova acerca da autoria ou da materialidade, ou se a prova é deficiente, fraca, deve o juiz absolver o réu aplicando o benefício da dúvida (*in dubio pro reo*).

Vale dizer, pois, que o juiz não precisa de prova para absolver, basta que a prova acerca da imputação não seja feita ou seja feita de forma deficitária, sendo que admitir que o juiz retire-se do seu lugar no

processo e vá em busca da prova, por óbvio, é permitir que ele busque justamente a prova que lhe falta para sustentar uma condenação. Tal postura do juiz, registre-se, somente é possível tratando-se de um sistema inquisitório.

Não é demais ressaltar, outrossim, que a instituição de um juiz de garantias colocaria o Processo Penal brasileiro em um pouco mais de compasso com a Constituição da República, diminuindo sua carga inquisitória. Por oportuno, vale lembrar que o Código de Processo Penal data de 1941 e foi fortemente influenciado pelo Código Rocco de 1930, sendo que ainda não conseguiu, a despeito dos anos que já se passaram desde 05 de outubro de 1988, estabelecer o necessário diálogo com a Constituição da República, que adota o sistema acusatório para o Processo Penal brasileiro.

Em novembro de 2018 estivemos em Montevideu, Uruguai, integrando um grupo de professores de direito brasileiros para participar de um curso perante a *Asociación de Magistrados del Uruguay*, tendo por finalidade o estudo do “Nuevo Código del Proceso Penal”, que rompeu completamente com o sistema inquisitório e implementou verdadeiramente o sistema acusatório/adversarial, dispondo, em seu “artículo 9”, o seguinte:

El proceso penal será público y contradictorio en todas sus etapas, con las limitaciones que se establecen en este Código. Rige en este proceso el principio acusatorio. En aplicación de dicho principio, no se podrá iniciar actividades procesales, imponer prisión preventiva o medidas limitativas de la libertad ambulatoria, condenar o imponer medidas de seguridad, si no media petición del Ministerio Público.

Em vigor desde 1º de novembro de 2017, o Código de Processo Penal uruguaio alterou significativamente o sistema de justiça criminal, estabelecendo uma estrutura realmente acusatória desde a fase de investigação. Assim, com a implementação do sistema acusatório/adversarial servindo de estrutura para todo o sistema processual penal, deu-se ênfase aos princípios da oralidade, da concentração dos

atos processuais, da igualdade das partes⁸, atribuindo-se a gestão da prova exclusivamente às partes.

Lá no Uruguai, portanto, o Juiz no Processo Penal ocupa o lugar do Juiz. Ele não tem gestão sobre a prova, sendo que quem possui a atribuição de proceder com a investigação e com a acusação é exclusivamente o Ministério Público (“artículos 45⁹ e 82¹⁰” do CPP uruguaio), de modo que o ônus da prova cabe somente à acusação e à defesa. Logo, as partes, no Processo Penal uruguaio, ocupam o mesmo espaço, vale dizer, espaço de partes; o Juiz apenas controla e decide, já que não é parte (sim, por aqui ainda é preciso dizer o óbvio).

E como garantia de uma justiça criminal isenta e imparcial, o “artículo 29” do Código de Processo Penal uruguaio estabelece textualmente que os juízes que atuaram na fase anterior à judicial estão automaticamente impedidos de atuar no processo e de proferir sentença¹¹, o que à toda evidência demonstra a preocupação em se ter, no processo, um juiz descontaminado e ignorante (quanto aos fatos e provas).

⁸ Artículo 12 - Se aplicarán al proceso penal, en lo pertinente, los principios de oralidad, intermediación, concentración, dirección e impulso procesal, igualdad de las partes, probidad y ordenación del proceso.

⁹ Artículo 45 - El Ministerio Público tiene atribuciones para: a) dirigir la investigación de crímenes, delitos y faltas así como la actuación de la Policía Nacional, de la Prefectura Nacional Naval y de la Policía Aérea Nacional en sus respectivos ámbitos de competencia disponiendo por sí o solicitando al tribunal, según corresponda, las medidas probatorias que considere pertinentes; b) disponer la presencia en su despacho de todas aquellas personas que puedan aportar elementos útiles para la investigación, incluyendo el indagado, el denunciante, testigos y peritos; c) no iniciar investigación; d) proceder al archivo provisional; e) aplicar el principio de oportunidad reglado; f) solicitar medidas cautelares; g) solicitar al tribunal la formalización de la investigación, h) deducir acusación o solicitar el sobreseimiento; i) atender y proteger a víctimas y testigos; j) solicitar al Instituto Técnico Forense los antecedentes judiciales del indagado o imputado según corresponda; k) Solicitar, en forma fundada, a las instituciones públicas o privadas, toda información que sea necesaria en el marco de la investigación que se encuentre realizando y esté disponible en sus registros, siempre que la entrega no implique afectación de garantías o derechos fundamentales de las personas.

¹⁰ Artículo 82 - La acción penal es pública. Su ejercicio corresponde al Ministerio Público y es necesario, salvo las excepciones establecidas por la ley.

¹¹ Artículo 29 - (...) Los jueces que hubieren intervenido en actuaciones previas a la audiencia de juicio quedarán automáticamente impedidos de celebrar la misma y dictar sentencia. (...)

Neste curso que tivemos o prazer de participar, foi possível observar que a adoção do sistema acusatório estabelece um processo justo e paritário, onde as provas são produzidas oralmente pelas partes em face do juiz, estabelecendo-se verdadeiramente um contraditório limpo e sem surpresas.

Mas obviamente que tudo isso não passa somente pela alteração legislativa, que deve ser, obviamente, o *starter*, mas também e sobretudo pela mudança na mentalidade dos atores processuais, especialmente do magistrado. Logo, trata-se de verdadeira mudança cultural, pois de nada adianta a alteração legislativa com a implementação do sistema acusatório/adversarial se o Juiz em seu íntimo não tiver a consciência de que seu papel é única e exclusivamente o de garante e o de julgador; eis o real papel do Juiz no Processo Penal fundado em um sistema acusatório, não cabendo a ele, portanto, a tomada de qualquer medida de ofício, sobretudo no que se refere à produção de provas, sendo defeso a ele, outrossim, que determine investigações e desloque-se de seu lugar para sair em busca da fantasiosa “verdade real”.

Trata-se, sem dúvida, do avanço que, por aqui, estamos longe de alcançar.

CONCLUSÃO

Parece difícil caminhar para um campo progressista quando se levanta a bandeira da necessidade de alteração das leis penais e processuais penais, pois qualquer avanço no sentido de colocar o Processo Penal brasileiro em harmonia com o que previsto na Constituição da República, compatibilizando-o com o sistema acusatório, é visto justamente como retrocesso, o que coloca o Brasil na contramão de outros países da América Latina, a exemplo de Chile e Uruguai.

Obviamente a alteração perseguida pelo PLS 156/2009 no que se refere à instituição do juiz de garantias reside justamente no respeito ao sistema acusatório, porque assegura que o juiz que conduzirá o processo não será o mesmo que atuou na fase de investigação e, por este motivo, será ignorante quanto aos fatos e pessoas investigados, estando “descontaminado” e sem qualquer vício que possa, de uma forma ou de outra, influenciar suas decisões no futuro, por ocasião do

processo; para além disso, torna o Processo Penal um processo de partes, adversarial e dialético, onde a gestão da prova é exclusivamente das partes.

Sendo assim, o argumento de dificuldade de operacionalização e de falta de orçamento com a instituição do juiz de garantias em face das estruturas das justiças estadual e federal não pode e não deve constituir óbice para que a sua figura seja efetivamente criada nos moldes previstos pelo PLS 156/2009.

A criação do juiz de garantias, portanto, certamente seria um grande passo em direção ao sistema acusatório e, portanto, um avanço que, sobretudo, colocaria o Processo Penal brasileiro um pouco mais em harmonia com a ordem constitucional vigente.

CAPÍTULO IV
VÍCTIMA Y PROCESO PENAL

LA RELOCALIZACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PARTE DEL CONFLICTO EN EL PROCESO PENAL URUGUAYO: LA ASPIRACIÓN HACIA UNA GENUINA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO VALOR VINCULADO AL CONCEPTO DE PACIFICACIÓN HUMANA

José María Gómez Ferreyra¹

INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia del Código del Proceso Penal uruguayo el 1° de noviembre de 2017 introdujo una retahíla de modificaciones e innovaciones que reposa en cinco aspectos medulares, soporte de un verdadero cambio de paradigma, a saber: a) la separación funcional propia del sistema acusatorio; b) la igualdad de partes; c) la imparcialidad del juzgador; d) la implementación de un sistema de audiencias y e) el establecimiento de la tutela efectiva de la víctima, tópico que será objeto de ulterior desarrollo.

Se consagro entonces un sistema acusatorio, donde el Ministerio Público, en su calidad de acusador, se diferencia nítidamente del órgano judicial ocupado del juzgamiento imparcial de la cuestión penal, debiendo respetar para ello las garantías del debido proceso.

Cambió el rol de los sujetos del proceso, en especial, del Juez y del Fiscal, puesto que ahora quien dirige la investigación de los delitos

¹ Ministro de Tribunal de Apelaciones en la República Oriental del Uruguay, Especialista en Fundamentos de Derecho Procesal Penal (Universidad Católica del Uruguay), Profesor de Derecho Procesal Penal en Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, Docente de Derecho Penal en Universidad de la República Oriental del Uruguay, Maestrando en Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica del Uruguay.

con el auxilio de la fuerza policial y lleva adelante la persecución penal es el Ministerio Público (arts. 6, 9, 43, 45, 98 y 127 del CPP). La autoridad policial se comunica directamente con el Fiscal, abandonando la interacción con el Juez, quien ya no dirigirá la investigación y tampoco podrá proponer prueba.

Se pretende transparentar y desburocratizar el funcionamiento de la justicia penal, dejando atrás el esquema feudal que conculca el criterio de imparcialidad, favoreciendo la dignificación de la tarea del juez por cuanto éste ya no busca la verdad histórica sino que exige al Fiscal que le plantee y demuestre la verdad. El juez no es gestor de intereses propios y menos aún de intereses ajenos, lo que en definitiva transparenta el funcionamiento del sistema judicial.

También se profundiza en la regulación del defensor, al que se le reconoce intervención y participación en distintas etapas del proceso penal (arts. 7, 71, 134, 146, 169.2, 213, 259 del CPP).

El nuevo diseño apunta a un proceso estructurado fundamentalmente en torno a las audiencias (audiencia de formalización de la investigación, audiencia de control de la acusación, audiencia de juicio oral), donde la oralidad y la contradicción cobran especial relevancia.

El tribunal presidirá las audiencias que necesariamente se celebrarán con la presencia del Juez, del Ministerio Público, del defensor y del imputado; la ausencia de cualquiera de estos sujetos procesales aparejará la nulidad, la que viciará a los ulteriores actos del proceso y será causa de eventual responsabilidad funcional.

La víctima tendrá una mayor participación en el proceso, deberá ser oída, podrá proponer prueba contribuyendo así con la actividad indagatoria y probatoria del Ministerio Público en un rol de tercero coadyuvante adhesivo.

1 LA TUTELA EFECTIVA DE LA VÍCTIMA

Uno de los ejes trascendentales del cambio de paradigma en el sistema procesal penal es la tutela efectiva de la víctima que en la actualidad se erige en sujeto de derecho, dejando definitivamente de ser objeto de prueba. Este cambio responde a una urgente modernización de nuestro

sistema de procedimiento penal, tanto en la manera de llevar a cabo la persecución criminal, como en la necesaria adecuación a los principios y valores exigidos a un Estado Democrático que se precie de tal, de manera que sea capaz de conjugar el derecho penal con el respeto a la dignidad de los intervinientes y a los derechos humanos, obteniendo así un Estado de Derecho preocupado de brindar a sus ciudadanos las mejores condiciones posibles para una realización personal, equilibrando en cierta medida la diferencia de poder existente entre aquél y éstos. Junto con ello, ha operado una transformación parcial de la legitimación estatal para perseguir los delitos que, hoy por hoy, no solo descansa en el ejercicio racional y justo del *ius puniendi*, sino también en la consideración de los intereses concretos de los afectados u ofendidos por el delito. De esta forma, la búsqueda de reparación para las víctimas de delito y la representación de su interés concreto en juicio, se ha vuelto relevante en el funcionamiento del sistema penal.

La reforma procesal penal profundizó en la regulación normativa de la situación de los intervinientes, considerando entre ellos a la víctima del delito, estableció sus derechos, facultades y posibilidades de intervención en el procedimiento.² Se establecen en la ley algunas instituciones para velar por la protección de la víctima, intentar obtener reparación al daño sufrido o simplemente entregarle las herramientas para poder sostener su pretensión en juicio, que por lo general descansa en el deseo de que el delincuente reciba una condena justa en proporción al acto típico, antijurídico y culpable que cometió y que la víctima debió soportar.

En el mundo penal la lesión la sufre el señor (Estado, república, monarca, el que manda) y la víctima es sólo un dato, una prueba, que si no se aviene a serlo se la obliga y coerciona incluso con el mismo trato que su ofensor. En síntesis, el ofensor no es la persona que ofendió sino un constructor de la retorta alquímica del derecho penal, y la víctima no es la persona ofendida, sino un dato que es menester aportar al proceso; la víctima no es una persona, es una prueba”.³

² HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián – Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile – 2002 pág. 284-310

³ ZAFFARONI, E. (2001) “Prólogo”, en *El tiempo como pena* de Ana Messuti

La consideración de la víctima como mera prueba, como objeto o como una *no persona*, debe contrastarse en tanto constituye un factor fundamental en la valoración de todo el sistema de justicia penal caracterizado por la ausencia de equilibrios entre las posiciones del ofensor y de la víctima, siempre a favor del primero y como es lógico, en perjuicio de la segunda.

La introducción de la víctima como un elemento del debate político criminal le permite asumir una posición que antes no tenía; en la actualidad, la víctima se ha constituido como un actor más y con ello permite la conformación de una relación triangular Estado-ofensor-víctima, relación anteriormente inexistente. El cambio de configuración del esquema político criminal bilateral (Estado-ofensor) hacia la *triada* Estado-ofensor-víctima permitirá que el sistema penal sea menos retributivo y más reconciliador.

Esta conformación de “*triada*” (Sociedad-Ofensor-Víctima) pasa por asumir una orientación político-criminal que tenga como una de sus funciones, auxiliar a la víctima⁴, de modo tal que podamos dar término a esta *cosificación* de la víctima y que ésta pueda ser nuevamente *persona* en un sentido absoluto, lográndose el efecto colateral de reducción de los fenómenos de “auto defensa punitiva” o de “justicia por propia mano”, consecuencia de la desilusión permanente de la víctima hacia el sistema penal.

La víctima ha sido la gran ausente en el proceso penal de todos los tiempos y como dice María Barberá de Riso⁵, el interés de componer la situación de la víctima individualmente, recién surge después de haber pasado por las formas de prohibición, tabú, venganza y el sistema talional. Las víctimas son personas que, individual o colectivamente han sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones

⁴ MAIER, J. (2004) *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Tomo I. Buenos Aires. Editores Del Puerto SRL.

⁵ BARBERA DE RISO, M. (2003) *La víctima. Su situación jurídica* en Revista “Pensamiento penal y criminológico”, Nº 6,.

que violen la legislación penal, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Desde la evolución del concepto de delito advertimos que originariamente aquel se identifica como la lesión de *derechos subjetivos vale decir, los derechos de la víctima del delito*. La consideración del delito como lesión de los derechos de la víctima era funcional a los propósitos de la víctima de no ser olvidada por el sistema penal.

Con la evolución de la teoría del bien jurídico operó la desaparición de los intereses de la víctima del concepto de delito. Este ya no es más la afectación de los derechos de la víctima, sino que se transforma en lesión de bienes jurídicos. En el contexto del debate doctrinal respecto a la idea del bien jurídico, las posiciones imperantes toman como punto de referencia los presupuestos indispensables de la vida en sociedad y, por lo tanto, mediatizan a la víctima al punto de prácticamente hacerla desaparecer.

Esa tendencia a alejar la noción de bien jurídico de los intereses de la víctima se hace más notoria en propuestas teóricas, como la del funcionalismo sistémico, que tratan de llenar de contenido al concepto bien jurídico a partir de la norma como modelo de orientación de los contactos sociales⁶. El concepto de víctima en relación al bien jurídico comprende tanto a los individuales (vida, integridad física, libertad, honor, propiedad etc.) como a los colectivos o supraindividuales (medio ambiente, orden socio-económico, la hacienda y la administración pública etc.).

Partiendo de la idea del Derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, Schönemann introdujo el *principio victimológico* como un criterio de interpretación de los tipos penales destinado a excluir del ámbito de lo penalmente relevante aquellos casos en que la víctima, por su intervención en la interacción que derivó en el delito, no merece ni necesita protección por parte del Derecho Penal.

Existen, sin embargo, diferencias de cara a determinar el factor que específicamente excluye la imputación. Por un lado, se sostiene que es

⁶ JAKOBS, G. (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación*. Madrid.

el *fin de protección de la norma* o el *principio de autorresponsabilidad* el criterio que determina la exclusión de la responsabilidad del autor en las acciones a propio riesgo. En el primer caso se sostiene que no se hallan comprendidas dentro del *fin de protección de la norma jurídico penal* las *acciones a propio riesgo* por parte de la víctima; cuando aquello ocurre no es posible sostener la imputación pues el comportamiento del autor frente a la víctima que se pone en riesgo a sí misma, no es uno de los comprendidos en la norma prohibitiva subyacente al tipo penal⁷. En el segundo caso, se parte del principio de autodeterminación como criterio de partida para la determinación de responsabilidad jurídico penal. En esta línea, la imputación se configura inicialmente hacia la víctima en tanto aquella suele ser la titular del esquema de organización; de este modo, habrá responsabilidad jurídico penal en el autor cuando aquél se irroge una esfera de organización ajena.

La tendencia exclusiva de la víctima se hace notoria en el plano de los debates sobre los fines de la pena, debido a la creencia de que los intereses privados de la víctima afectada por el delito resultan incompatibles con los intereses públicos. Con el abandono de las teorías retributivas de la pena se reconoce algún rol de los intereses de la víctima pues las teorías retributivas de la pena ilustran que la posible disolución social sólo podría ser realizada si previamente se había castigado al último asesino; de no hacerse, *la sangre del inocente* recaería sobre todos.

Las teorías retributivas de la pena han sido abandonadas por la disciplina a favor de las teorías de corte preventivo cuyo enfoque primordial se dirige al ofensor más que a la víctima. En efecto, tanto las teorías de prevención general como las de prevención especial buscan la prevención del delito a través de la influencia –intimidatoria, neutralizadora o resocializadora de la pena, dependiendo del matiz que se asuma– que se tenga sobre el autor del hecho.

Desde la dogmática jurídico penal se ha intentado justificar la pena pública en virtud de la protección de bienes jurídicos y con ello, pese a

⁷ ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. 1ª edición .

su inveterada neutralización, resulta de orden la consideración de la víctima en el conflicto.

Señala Hassemer al respecto “*Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, al legislador no puede bastarle la referencia a la vulneración de una norma ética o divina, antes bien, tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses*”⁸

Dada la situación observada a nivel del Derecho penal sustantivo, pocas esperanzas le tendrían que quedar a la víctima en el plano del Derecho procesal penal. En tanto medio de realización del Derecho penal material, el Derecho procesal penal no hace sino seguir las estructuras político-criminales a las que aquél obedece. Sin embargo, el Derecho procesal penal viene reconociendo paulatinamente mayores derechos procesales a favor de la víctima, que trasunta en la introducción cada vez mayor de fórmulas compositivas dentro del proceso penal y el reconocimiento de un *derecho a la verdad* da una luz de esperanza en relación a la situación de la víctima.

Las posibilidades de intervención de la víctima en el proceso penal se encontraban tradicionalmente limitadas al objeto civil del delito, lo que significaba que las posibilidades de la víctima respecto a la determinación de la responsabilidad penal en el autor eran prácticamente nulas. Así, la víctima carecía de legitimidad para aportar medios de prueba, intervenir en la actuación de medios de prueba, impugnar más allá del ámbito de responsabilidad jurídico civil.

Las posibilidades de acceso de la víctima respecto al objeto penal del proceso penal se hayan severamente limitadas. Toda esta situación tiende a variar desde el reconocimiento, por parte del Derecho Internacional Público del *derecho a la verdad* que conforma, junto con el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación, el *conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*.

⁸ HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona, 1984

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en doctrina consolidada a través de los fallos de los casos Velásquez Rodríguez vs. Honduras (párrafo 181), Aleoboetoe y otros vs. Suriname (párrafo 109), Castillo Páez vs. Perú (párrafo 85), Las Palmeras vs. Colombia (párrafo 67), Bámaca vs. Guatemala (párrafo 201), ha reconocido que una de las derivaciones del principio de dignidad de la persona viene conformada por el derecho de los familiares de la víctima de delito: “de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos” (caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párrafo 181). Tal “derecho a la verdad” da a las víctimas del delito *legitimación procesal*, esto es, la capacidad de actuar como litisconsorte adhesivo e incluso como acusador particular.

La legitimación de la víctima en relación al *objeto penal* del proceso penal puede encontrarse, también, recurriendo al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, si la víctima tiene expectativas de índole resarcitorio, la única forma de alcanzarlas es logrando que se determine judicialmente la responsabilidad penal del imputado en el proceso.

Desde esa perspectiva, resulta absolutamente coherente conceder a la víctima, legitimidad para aportar pruebas o para intervenir a nivel cautelar.

En suma, sólo a través del reconocimiento del interés de la víctima respecto al *objeto penal* del proceso será posible realizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las víctimas.

2 EL ANCLAJE EN EL CPP URUGUAYO

El CPP de la República Oriental del Uruguay define a la víctima en su art. 79.1 al expresar que “*Se considera víctima a la persona ofendida por el delito*”, *apartándose* de la posición amplia aportada desde Naciones Unidas en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General por Res. 40/34 del 29/11/1985 donde se hace referencia a víctimas inmediatas como “*las personas que hayan sufrido daño*”, así como mediatas o indirectas a aquellas alcanzadas en su numeral 2: “*En la expresión “víctima” se incluye, además, en su caso,*

a los familiares o personas a cargo que tengan una relación inmediata con la víctima y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.”

Si bien en nuestro sistema la víctima conforma con el Ministerio Público, en sentido amplio, la parte acusadora contra el imputado, y por tanto mantiene estrecha relación con éste, no actúa en forma subordinada al mismo. Es más, lo hace en forma independiente, en defensa de un interés que le es propio y por ende diverso al del pretensor público.

Resulta un lugar común hablar de “parte principal” como aquella que ostenta el actor por excelencia y el demandado, que participan en el Proceso con todos los derechos y facultades que se derivan de tal. De igual modo se habla de parte accesoria constituida por quien no es sujeto esencial del proceso y solo actúa ejerciendo los poderes, derechos y facultades que específicamente le atribuye la ley.

Evidentemente la víctima, no es parte principal del proceso, pues el Código determina en forma precisa, quienes son las partes principales, y asimismo en reiteradas ocasiones se encarga de diferenciar a éstas del ofendido por el delito.

En términos del CPP, la parte principal en lo que refiere a la acusadora está representada por el Ministerio Público. Ello surge en forma meridiana, del art. 45. 2 *“Cuando el Ministerio Público ejerce la acción penal, es parte en el proceso”*. En tanto, su contraparte está conformada por el Imputado y su Defensor. Así lo señalan expresamente el art. 63.2 *“El imputado es parte en el proceso con todos los derechos y facultades inherentes a tal calidad...”* y el art. 71.3 *“El defensor actuará en el proceso como parte formal en interés del imputado...”*. El CPP diferencia claramente entre las partes principales y la accesoria (víctima). Así el art. 81.2 lit d establece *“En el diligenciamiento y producción de la prueba que haya sido propuesta por la víctima, esta tendrá los mismos derechos de las partes”*. En igual sentido, en el art. 129.5 se establece *“La sentencia se notificará a las partes, a la víctima ...”*, en tanto que en el art. 139.2 se prevé *“Las partes y la víctima podrán solicitar...”*. En sentido concordante art. 139.3 *“...a las partes o a la víctima...”*

Con ello se sigue la teleología del propio código, desde que se mantiene en poder del Estado la acción penal pública que es adjudicada al Ministerio Público (arts. 43.1, 45.2 y 82) a quien lo guían, lo gobiernan, principios diversos que al de la víctima.

3 LA VÍCTIMA COMO SUJETO DE DERECHOS

La principal modificación del Código, que en esencia cambia el eje de la discusión sobre la víctima, es el reconocimiento de la calidad de sujeto del proceso. Los derechos y garantías reconocidos primero en las grandes declaraciones del Siglo XVIII, que se constitucionalizaron en el siguiente siglo, refieren fundamentalmente al imputado en su relación con el poder del Estado y en el Siglo XX se trasladaron a los grandes acuerdos internacionales sobre derechos humanos, donde se incluyen nuevos y se amplían los ya existentes. La normativa internacional “reformulada”, alcanzó el rango constitucional por lo que se habla de un “bloque de constitucionalidad” conformado por las normas de la Carta, más las provenientes de dichos cuerpos normativos de base internacional. Los acuerdos internacionales adscriben un cúmulo significativo de derechos y garantías en favor de los imputados, pero también alcanzan a toda persona que acceda a un Tribunal en procura de soluciones a sus reclamos, entre las que se hallan las víctimas del delito.

En tal sentido el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en forma genérica “*Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías... en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”. El art. 14.1 inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere a que “*Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías...*”. Existe un núcleo de derechos y garantías que pertenecen por esencia al imputado (*non bis in idem, in dubio pro reo*, estado de inocencia, retroactividad de la norma más favorable etc.) y otro que el imputado comparte con “*toda*

persona” que se presenta ante un Juez, incluyendo por cierto a la víctima.

Por eso se habla de una suerte de bilateralidad de derechos, que asisten tanto al ofensor como a la víctima del delito, derechos que, al encontrarse contenidos en dichos acuerdos internacionales sobre derechos humanos, son de rango constitucional, y que a su vez en su mayoría se encuentran previstos también en el CPP.

4 ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE ASISTEN A LA VÍCTIMA?

Al igual que al imputado, a la víctima le asisten un conjunto de derechos y garantías que alcanzan rango constitucional entre los que se destacan:

- a) El principio de igualdad ante la Ley y su corolario de igualdad ante los tribunales, lo que lleva implícito que la víctima sea tratada (salvo en cuanto a las prerrogativas reconocidas a todo imputado) en un plano de igualdad con su victimario, sin discriminación alguna en razón de nacionalidad, raza, género, orientación política, condición económica, opción sexual, religión o en definitiva de cualquier índole
- b) el derecho a que su reclamo sea considerado por un Juez competente, imparcial e independiente (Principio de Juez Natural consagrado en el art. 2 del CPP).
- c) el derecho a que su caso se resuelva dentro de un plazo razonable, desde que, en su calidad de afectado por el delito, se encuentra interesado en obtener en el lapso más pronto posible certidumbre sobre lo ocurrido. La víctima se encuentra en igual situación que las partes principales del Proceso por lo que, de vulnerarse sus derechos, podrá ejercer las mismas facultades otorgadas al Ministerio Público y a la Defensa. De esta forma, podrá recurrir toda aquella resolución que contravenga tales derechos, así como formular las nulidades que entendiere pertinente.
- d) el “derecho a ser oído”. Previsto en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos donde se establece que “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías...*”. Al igual que el imputado, tendrá derecho a comparecer en el proceso para brindar su versión sobre los hechos que se ventilan, así como en su caso, a refutar la aportada por los demás, contradecir la versión aportada por

otros sujetos procesales, la de aportar prueba que acredite su temperamento y contrarrestar la prueba que opere en su contra.

e) el Derecho a la Tutela Judicial efectiva que comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute. Se reconoce un derecho subjetivo a la víctima a participar activamente en el Proceso en procura de una respuesta del Estado. El derecho de acceso a la justicia en procura de tutela, resulta indispensable para que se investigue, se identifique y se juzgue a los responsables del delito.

5 LA VÍCTIMA Y EL PROCESO ABREVIADO

La víctima tiene derecho a que el Estado tome intervención frente al modelo magna carta del delincuente, lo que bien podría cuestionarse en el posicionamiento de aquella como parte de la estructura del proceso abreviado.

El silencio del legislador en cuanto a la participación de la víctima en el Proceso Abreviado marca indefectiblemente la afectación a la tutela efectiva de la víctima que culmina viendo hasta devaluada su posición de “convidado de piedra”. La verdad procesal sólo se obtiene a través de la contradicción, de la dialéctica de prueba de cargo y de descargo, porque todo juicio es un decir y un contradecir, de ahí que la solución dada por el Juez debe ser motivada. Entonces, desde la perspectiva de la presunta víctima, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva sólo exige una resolución fundada, sea de condena o de absolución. ¿Por qué? Porque recién entonces sabremos si hay una víctima que deja de ser presunta, como deja de presumirse la inocencia del imputado en caso de condena. De ahí se deriva que la víctima tiene derecho a obtener una respuesta razonada y razonable a su pretensión. Se reconoce un derecho subjetivo a la víctima a participar activamente en el proceso en procura de una respuesta del Estado; en primer lugar, tendiente a investigar los hechos puestos en su conocimiento, y en segundo lugar, a que se dicte una resolución fundada tras cumplirse una investigación eficiente.

Como contrapartida, se genera una obligación para el Estado, de realizar la investigación de los hechos, brindando una contestación adecuada y motivada al reclamo del ofendido por el delito.

De este modo se satisface el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva, derecho que asimismo le ha reconocido a la víctima, la posibilidad de interponer un recurso, corolario lógico del acceso a la justicia, en procura de una decisión a su pretensión. El principio de la tutela judicial efectiva es aquel derecho por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales a fin de efectivizar el pleno ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, a través un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su realización.

La principal garantía que se puede relacionar con la víctima es la del debido proceso. Puede decirse que el “debido proceso” es una garantía que importa la protección o tutela que el Estado brinda para que el ciudadano pueda acceder al proceso y para que este, a su vez, se realice en forma regular y normal, respetando en ambos casos condiciones básicas de justicia. La víctima habrá de controlar que no se adopten resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o consecuencia de un error manifiesto; éste control debe realizarse a través de los criterios que proporciona el principio *pro actione*, — que deriva del *pro homine* —, entendiéndose como la prohibición de aquellas decisiones de rechazo que por su rigor, formalismo excesivo o por cualquier otra razón, resultan desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que se sacrifican.

Entonces nos preguntamos ¿de qué otra manera podría efectivizarse tal derecho si la víctima no tiene intervención en el Proceso Abreviado? ¿Cómo toma conocimiento la víctima del contenido de la sentencia y si la misma se adecua a estándares de corrección fáctica y/o jurídica? El art. 360. 3 del CPP establece que “La víctima y los terceros que comparezcan en el proceso solo tienen legitimación para impugnar las resoluciones judiciales que les afecten directamente”. Por cierto, que solo podrá impugnar la sentencia quien previamente se haya constituido como presunta víctima en el proceso y no se podrá

impugnar cualquier resolución, sino aquellas que lo afecten directamente. De manera que el ofendido por el delito podrá recurrir la sentencia que no lo reconozca como víctima, desde que uno de los reconocimientos específicos buscados por dicho ofendido, es el determinar que éste no ha tenido responsabilidad en el evento dañoso, en que sí intervino el imputado. También entendemos que podrá recurrir la sentencia que absuelva al imputado si la Representación Fiscal no moviliza la impugnación y de igual manera la sentencia que disponga el sobreseimiento si previamente se opuso al mismo y su línea argumental no fue aceptada por el Ministerio Público, aunque en este último supuesto ya migramos del Proceso Abreviado. Entonces deviene necesario el plantearse si bajo el pábulo de esta dinámica de garantías la víctima puede ingresar al Proceso Abreviado, no ya con el ropaje del art. 81.2 CPP sino amparado por normas orientadas a la protección del derecho a una garantía judicial específica destinada a proteger de manera efectiva a las personas frente a la violación de sus derechos humanos.

En tal sentido el art. 8.1 de la CADH establece en forma genérica “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías... en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En similar posicionamiento se encuentra el art. 14.1 inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías...”. Conforme al art. 8.1 de la Convención le asiste a la víctima el derecho a que su caso se resuelva dentro de un plazo razonable, desde que, en su calidad de afectado por el delito, se encuentra interesado en obtener rápidamente la certidumbre sobre lo ocurrido. De ello se deriva, aún desde la perspectiva del ofendido por el delito, el derecho a que el proceso avance hacia la dilucidación del caso. Como contrapartida de ello, se genera una obligación para el Estado de resolver en tiempo y forma la situación del imputado y con ello darle certidumbre a la víctima, si así fuera en el diseño del Proceso Abreviado. En el caso *Bulacio vs. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentenció: “...debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber

la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables”⁹. El artículo 25 de la Convención consagra el derecho a contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales.

El instrumento exige que el recurso sea efectivo y deja entrever la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo. Las obligaciones estatales en este punto dimanar de la vinculación entre los alcances de los artículos 1.1, 2 y 25 de la Convención Americana. En estos casos, en la medida que nos encontramos frente a derechos de raigambre constitucional reconocidos a las víctimas de delitos y en el entendido que está en juego el Principio de debido Proceso, también reconocido constitucionalmente (art. 12 de la Carta) la víctima se encuentra en igual situación que las partes principales del Proceso. Por tanto, en ocasión de vulnerarse tales derechos podrá ejercer las mismas facultades que aquellas otorgadas al Ministerio Público y a la Defensa, pudiendo en consecuencia recurrir toda resolución que contravenga tales derechos, así como formular las nulidades que entendiere pertinentes. La participación de la víctima en la investigación de los delitos de acción pública constituye una forma de satisfacer el anhelo de dar mayor participación a la ciudadanía en la persecución penal y de contribuir a la eficacia de los órganos del estado en la lucha contra la delincuencia además de satisfacer la normativa internacional que sobre derechos humanos establece un proceso penal más humanizado.... "la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice seriamente, con los medios a su alcance... a fin de identificar a los responsables, y de imponerles las sanciones pertinentes..."¹⁰.- La figura de la víctima se limita a coadyuvar en la investigación con relación a la existencia del hecho delictivo y la participación en él del supuesto autor. Como lo ha dicho la Corte Interamericana, el derecho a la protección judicial efectiva, “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el

⁹ Sentencia de 18 de setiembre de 2003 - Fondo, Reparaciones y Costas- Párrafo 114

¹⁰ Comisión I.D.H. Informe No. 5/96, Caso 10.970,1996

sentido de la Convención”¹¹. Y asimismo indicó que “las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”¹². La totalidad de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, suscriptos por nuestro Estado, acopian cánones que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, así como al debido proceso legal.

El considerando N° 61 del Informe de la Comisión Interamericana en el caso “Narciso Palacios vs. Argentina”, ésta ha manifestado que: “... Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción.”¹³. El corpus iuris deberá complementarse con el documento de Naciones Unidas sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y Abuso de Poder, donde se entiende que por víctima se debe considerar a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluso la que prescribe el abuso de poder.

¹¹ Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia de 20 de Noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 124

¹² Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 10. Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela

¹³ Informe 105/99 Caso 10194 de 29 de setiembre de 1999 - Narciso Palacios vs. Argentina

6 LA INTERVENCIÓN AXIAL DE LA VÍCTIMA EN LAS VÍAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTO. LOS ACUERDOS REPARATORIOS

El paradigma de la finalidad del proceso penal tendiente a buscar la verdad respecto del hecho punible y castigar al autor para restablecer la validez de la norma lesionada fue abandonado en el actual diseño procesal porque en este escenario es preciso encontrar un ámbito adecuado para la negociación.

Para Hassemer, el Derecho Penal está orientado hacia el autor del delito mientras las víctimas son tomadas en cuenta en relación a aquel, como meros puntos de referencia de la intervención estatal y de la exigencia de responsabilidad.¹⁴

La negociación emerge proficua en este sistema en que el proceso penal se concibe como mecanismo de solución de los conflictos y nunca de búsqueda de la verdad sobre los hechos.

Roxin considera que hay argumentos suficientes para concebir la reparación como una “tercera vía”, pues con ello se serviría más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o con una multa. En este sentido, expresa que investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor entre la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en situaciones que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves, la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de ella.

Las salidas alternativas son aquellas formas en que el Estado responde de manera diferente al proceso penal y a la aplicación de una pena. Representa una respuesta de menor contenido represivo, pero de mayor calidad si lo comparamos con una pena privativa de libertad, ya

¹⁴ HASSEMER, Winfried – Fundamentos del Derecho Penal Barcelona-1984, J.M.Bosch editor – pág.95

que cumple con mayor certeza con el carácter resocializador al que un sistema penal debe aspirar. El concepto de salidas alternativas engloba mecanismos con objetivos diferentes: de selección de casos, de simplificación procesal y de solución de conflictos sociales sobre la base de una alternativa a la persecución penal tradicional y a la aplicación de una pena como consecuencia de ella.

Las vías alternativas importan una excepción frente a la necesidad u obligatoriedad de la persecución penal por lo que a través de estas alternativas se podrá disponer de la suerte del proceso penal.

Los mecanismos de solución de los conflictos penales, que son diferentes a la respuesta tradicional que significa la persecución penal y la posterior aplicación de una pena, son las denominadas salidas alternativas propiamente tales, que corresponden a la suspensión condicional del proceso prevista en el artículo 383 y siguientes del CPP y a los acuerdos reparatorios regulados en los artículos 393 y siguientes del citado cuerpo normativo.

Los acuerdos reparatorios son vías alternativas al proceso penal en virtud de los cuales se pueden extinguir ciertos delitos, cuando existe entre la víctima y el imputado un acuerdo de reparación prestado en forma libre y voluntaria y este acuerdo es, además, aprobado por el juez de formalización o de juicio según la etapa que transite el proceso.

7 FUNDAMENTOS DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

Los fundamentos de los acuerdos reparatorios reposan en tres soportes principales, a saber: la selectividad del sistema procesal, la reinserción social y la satisfacción de los intereses de la víctima.

- a) El carácter selectivo del sistema procesal penal procura que no se investiguen todos los hechos que revisten caracteres de delito en el entendido que los recursos humanos y económicos son limitados y como tales deben concentrarse en la investigación de los delitos de mayor desvalor del injusto. La selectividad también se debe enfocar desde el punto de vista que el legislador ha preferido dar un tratamiento diferenciado a determinados casos, otorgando distintas soluciones para un mismo

hecho. Aquí, son las mismas partes del conflicto quienes deciden cómo solucionarlo, lo que redundará en una economía tanto procesal como de recursos económicos, porque los medios que se iban a utilizar en la investigación y posterior enjuiciamiento de una situación determinada ahora se podrán dirigir a la investigación de hechos de mayor relevancia.

b) Los acuerdos reparatorios permiten la reinserción social principalmente porque el imputado no irá a un centro penitenciario, con lo que ni él ni su familia se verán expuestos a relacionarse con ese ambiente.

c) La satisfacción concreta de los intereses de la víctima: ¿si el conflicto penal tiene su origen en la vulneración de un bien jurídicamente protegido de una persona determinada, qué duda puede haber en que el individuo más indicado para señalar la forma en que el perjuicio que se le ha causado debe ser reparado es la propia víctima?

De esta manera, se obtiene una mayor satisfacción de la víctima en los acuerdos reparatorios, en la medida que ésta sólo va a aceptar el acuerdo cuando estime que el daño que se le ha causado ha sido completamente reparado.

Los acuerdos reparatorios deben trasuntar bajo el pábulo de controles y presupuestos consignados en los artículos 393 a 395 del CPP. Así el Tribunal deberá controlar que no exista interés público en la persecución y que la gravedad de la culpabilidad no se oponga a ello, en los tipos descritos en el art. 394 del CPP. También se requiere la existencia de un acuerdo de reparación entre el imputado y la víctima, debiendo dicho acuerdo recaer sobre una determinada categoría de delitos. Es menester que concurren las voluntades del imputado y de la víctima en el acuerdo, en términos tales que el primero esté dispuesto a reparar el daño causado y la segunda esté dispuesta a aceptar dicha reparación. Dada la naturaleza consensual en que se precipitan los acuerdos, víctima e imputado deberán convenir con meridiana precisión:

- en la celebración del acuerdo reparatorio,
- en la prestación a realizar por parte del imputado,
- en las modalidades y plazos para cumplirla.

Ambos deben prestar dicho consentimiento previamente instruidos del alcance del instituto y de las obligaciones que implica, en voluntad

que se manifestará de manera libre, vale decir, sin ser coaccionados, y con pleno conocimiento de sus derechos.

8 LOS DELITOS RESPECTO DE LOS QUE PROCEDEN LOS ACUERDOS REPARATORIOS

El artículo 394 del CPP delimita el universo de delitos a cuyo respecto proceden los acuerdos reparatorios; ellos son:

- a) los delitos culposos;
- b) los delitos castigados con pena de multa;
- c) los delitos de lesiones personales y delitos de lesiones graves cuando provoquen una incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias por el término superior a veinte días y no pongan en peligro la vida de la persona ofendida;
- d) delitos de contenido patrimonial;
- e) delitos perseguibles a instancia de parte, excepto delitos contra la libertad sexual;
- f) delitos contra el honor

La característica común de estos tipos penales es que se trata de hechos punibles en que los intereses concretos de las partes priman por sobre el interés abstracto de la sociedad en la persecución penal y la pena.

A.- Los delitos culposos o imprudentes, castigados sólo por excepción, son aquellos en que el resultado no se quiso ni se previó (falta de previsión de un resultado previsible) quedando reducidos a un número cerrado en tanto sólo se castigará el delito imprudente en la medida que exista una disposición legal expresa que así lo determine. Integran el elenco de los delitos imprudentes: Delito de Violación de Sellos - art. 168 del Código Penal; Apropiación por el secuestro de cosas depositadas por la autoridad - art. 170 del Código Penal; Delito de atentado culpable contra las vías férreas - art. 215 Código Penal; Delito de evasión de detenidos por culpa del funcionario encargado de la guardia o la custodia - art. 189 Código Penal; Delito de incendio y estrago culpable - art. 211 del C.Penal; Lesiones culposas - art. 321 del

C.Penal; Homicidio culpable - art. 314 del C.Penal; Omisión de asistencia culpable - art. 332 inc.2 del C.Penal

Los delitos elencados, perfectamente podrán canalizarse por la vía alternativa en análisis, especialmente las lesiones y homicidios culpables como tipos penales que se judicializan con mayor frecuencia. No existe limitación alguna para celebrar acuerdos reparatorios en los delitos culposos. Debemos recordar que la diferencia fundamental entre los delitos en general y los delitos culposos viene dada por la falta de dolo, esto es, en los delitos culposos el infractor no tiene la intención de causar el daño, pero su conducta denota una falta de cuidado que igualmente lo hace merecedor de un reproche, lo que se traduce en que generalmente llevan asignadas una pena menor que la del respectivo delito doloso.

B.- Los delitos castigados únicamente con pena de multa también acceden a esta solución alternativa por cuanto es el tratamiento punitivo pecuniario que se impone a conductas de escasa dañosidad o peligrosidad. Entre los tipos penales que se adaptan a esta solución, pudiendo lograrse la vía de reparación, destacamos el delito de prevaricato (art. 194 C.Penal), el delito de justicia por la propia mano (art. 198 C.Penal), el delito de amenazas (art. 290 C.Penal), el delito de violación de correspondencia escrita (art. 296 inc.1 del C.Penal), el delito de interceptación de noticia telefónica (art. 297 C.Penal), el delito de conocimiento fraudulento de documentos secretos (art. 300 C.Penal), el delito de revelación de secreto profesional (art. 302 C.Penal), el traumatismo (art. 319 inc.2 del C.Penal), el delito de Riña simple (art. 323 inc. 1 del C.Penal), el delito de apropiación de cosas perdidas o de cosas habidas por error o caso fortuito (art. 353 C.Penal), el delito de penetración ilegítima en fundo ajeno (art. 356 C.Penal) y el delito de daño (art. 358 del C.Penal).

C.- Se adscriben como tipos hábiles para alcanzar acuerdos reparatorios, los delitos de lesiones personales en todas sus modalidades de tipicidad subjetiva (dolo, culpa y ultraintención) y los delitos de lesiones graves cuando provocan una incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias por el término superior a veinte días y no pongan en peligro la vida de la persona ofendida. Esta es una categoría cuya

inserción responde a fundamentos políticos-criminales de la vía alternativa en consideración. Del texto dimana diáfananamente que sólo el delito de lesiones graves cuando de estas se derive una incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias por un término superior a veinte días, puede ser objeto de un acuerdo reparatorio. Quedan excluidas, por ende, las hipótesis de aquellas lesiones graves de las que se deriva la debilitación permanente de un sentido u órgano (art. 317 numeral 2 del C.Penal) y la anticipación del parto de la mujer ofendida (art. 317 numeral 3 del C.Penal). En el literal c del art. 394 CPP nos encontramos ante un delito que tiene asignada una pena menor; un delito cuyos efectos no son tan perniciosos para la víctima, puesto que, dentro de la categoría del delito de lesiones, las menos graves corresponden a las de menor entidad, en que la víctima si bien ha sido objeto de un daño, este daño es de menor consideración, por lo que nos parece razonable su inclusión.

D.- Delitos de contenido patrimonial:

Si analizamos el instituto del acuerdo reparatorio desde la perspectiva enfocada a la búsqueda de soluciones que satisfagan los intereses de las víctimas y de la reforma procesal penal en general, en un contexto en el que el sistema fue diseñado de manera tal que las salidas alternativas predominen en relación a los juicios orales, parece de toda lógica propiciar una interpretación más extensiva de la norma que amplifique el concepto de “contenido patrimonial”. La ley abrió camino para una interpretación progresiva de este término de modo de favorecer una ampliación paulatina de casos susceptibles de acuerdos reparatorios subsistiendo un espacio de interpretación que permitiría cierta flexibilidad en la hermenéutica. Se opta por un concepto extremadamente laxo que no sólo alcanza los delitos que atentan contra el bien jurídico propiedad, sino también aquellos que afectando otros bienes jurídicos llevan consigo un eventual perjuicio económico como los delitos que conculcan la fé pública, a guisa de ejemplo los previstos en el Decreto-Ley de cheques número 14412. Los bienes jurídicos disponibles son aquellos cuya afectación puede ser consentida o perdonada por su titular con efecto eximente o extintivo de la responsabilidad penal. En consecuencia, disponible es el bien jurídico que se ve afectado por un delito que deja de ser tal por el consentimiento de la víctima en la

ejecución del hecho o que puede perdonarse por ella con posterioridad al mismo. Constituye un indicador de disponibilidad del bien jurídico la inclusión de un delito entre los de acción penal pública que no pueden perseguirse sin previa instancia del ofendido.

Los delitos de contenido patrimonial que bien pueden favorecer la vía alternativa de los acuerdos reparatorios, sin que implique la conformación de un número cerrado, se elencan en la siguiente nómina: Hurto (art. 340 CP), Estafa (art. 347 CP), Destrucción maliciosa de cosa propia (art. 348 CP), Abuso de la inferioridad psicológica de menores o incapaces (art. 350 CP), Receptación (art. 350 Bis CP); Apropiación indebida (at. 351 CP), Abuso de firma en blanco (art. 352 CP), Apropiación de cosas perdidas (art. 353 CP), Usurpación (art. 354 CP), Penetración ilegítima en fundo ajeno (art. 356 CP), delito de Daño (art. 358 CP); Abigeato (art. 258 del Código Rural en la redacción dada por la Ley 16146); los delitos contra la propiedad incorporal o intelectual (Leyes 9739, 17011, 17164, 17616 y 17805), delitos contenidos en la protección penal del contrato de prenda sin desplazamiento (Ley 17228); delitos referentes a los certificados de depósitos y warrants (ley 17781).

Aún cuando no se señale a texto expreso, en concordancia con lo que surge de la causa de impunidad prevista en el art. 41 del C.Penal, no podrán ser pasibles de acuerdos, aquellos delitos que atentan contra la propiedad, cometidos con violencia, como los delitos de Rapiña (art. 344 del C.Penal), Rapiña con privación de libertad - Copamiento (art. 344 Bis del C.Penal), Extorsión (art. 345 C.Penal), Secuestro (art. 346 C.Penal) y Violenta perturbación de la posesión (art. 355 del C.Penal)

E.- Delitos perseguibles a instancia de parte

Estos resultan descriptos en el art. 96 del CPP, quedando exceptuados aquellos que atentan contra la libertad sexual de las persona. La nómina se conforma con los delitos de traumatismo, lesiones ordinarias, lesiones culposas graves, difamación e injurias, apropiación de cosas perdidas, de tesoro o de cosas habidas por error; daño sin agravantes específicas; violación de propiedad artística o literaria; violación de marcas de fábrica; violación de privilegios industriales y patentes de invención; delito de insolvencia fraudulenta; delito de sustracción de

persona menor de edad con atenuantes especiales; amenazas, penetración ilegítima en fundo ajeno, casa abusiva e infracciones a las leyes de prenda sin desplazamiento.

F.- Delitos contra el honor

Ingresan en esta categoría el delito de Difamación (art. 333 C.Penal), el delito de Injurias (art. 334 C.Penal) y las ofensas inferidas en juicio (art. 337 del C.Penal). La regulación de estos tipos penales deviene pleonástica en el entendido que ya se encontraba comprendida en la categoría de delitos perseguibles a instancia del ofendido.

9 DELITOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS POR EL LEGISLADOR

El inciso final del art. 394 CPP veda la procedencia de la vía alternativa de los acuerdos reparatorios respecto de los delitos de violación (ahora delito de Abuso Sexual según la sustitución del art. 272 C.Penal en la redacción dada por el art. 90 de la Ley 19580), atentado violento al pudor (ahora delito de Abuso Sexual sin contacto corporal según la sustitución del art. 273 C.Penal en la redacción dada por el art. 92 de la Ley 19580), corrupción (art. 274 C.Penal); de las figuras de explotación sexual previstas en la ley 17815; del delito de violencia doméstica (art. 321 Bis del C.Penal en la redacción dada por el art. 96 de la Ley 19580) y cualquier otro tipo penal que se haya cometido como forma de ejercer violencia basada en género. Quedan entonces comprendidos en esta última categoría aquellos delitos frecuentemente denunciados que se asocian a causas de violencia intrafamiliar como el desacato, la violencia privada o lesiones entronizadas en violencia basada en género.

10 OBJETO DEL ACUERDO REPARATORIO

La búsqueda de acuerdos de reparación responde a la necesidad de escuchar a las víctimas para conocer qué es lo que realmente pretenden o les satisface. El argumento de la oficialidad y obligatoriedad de la acción penal y de su ejercicio no se puede seguir sosteniendo sin excepción alguna. Recordemos que el Estado le expropia a la víctima

el derecho a la reclamación, pero no la resarce por el perjuicio recibido; antes por el contrario, se olvida de la víctima y ni siquiera la escucha para saber qué es lo que pretende, o de qué manera se considerará satisfecha patrimonial o moralmente. Puede a la víctima no interesarle que una persona que la ofendió vaya a la cárcel o sea sancionada con una pena de multa o de inhabilitación, sino que busca una reparación o resarcimiento que no siempre es económico. Con los acuerdos reparatorios como salida alternativa, los intereses de las víctimas pueden ser efectivamente satisfechos, ya que este mecanismo permite ampliar el marco de soluciones posibles, y las personas tienen la posibilidad de acceder no sólo a una justicia distributiva, sino también a una justicia restaurativa. Además, desde una perspectiva de conveniencia, se fomenta la participación activa de la víctima en el proceso, convirtiéndola en actora principal en la búsqueda de una solución a su problema. Esto resulta fundamental, por cuanto el inicio del procedimiento penal, depende en aproximadamente un 90% de los casos de la víctima o de una persona vinculada a ella. Así, el objeto del acuerdo reparatorio puede consistir en una cantidad de dinero que satisfaga los intereses de la víctima, en algún tipo de prestación (reparación material) e inclusive podría tratarse de una reparación simbólica; en definitiva, respuestas que incluyan reparaciones integrales, como la vuelta a la situación *ex ante*, o mensurables en dinero y/o especie, pero también otras no precisamente materiales, como el pedido de perdón y la retractación. En la medida que exista pluralidad de objeto susceptible de ser considerado como reparación, se amplía la posibilidad de que más personas puedan acceder a esta salida alternativa, ya que, de haberse limitado la reparación a una suma de dinero, se estaría restringiendo el uso de los acuerdos reparatorios a las personas con mayor capacidad económica. En este sentido, la única condición es que el objeto del acuerdo sea lícito, debiendo ser puesto a consideración del juez en audiencia, con intervención del Ministerio Público.

Las partes pueden llegar al acuerdo a través de la mediación o de la conciliación, que bien podrán realizarse en ámbitos privados o públicos como los espacios que ofrece el Poder Judicial en sus Centros de Mediación y Juzgados de Conciliación.

11 APROBACIÓN JUDICIAL Y RECHAZO DEL ACUERDO REPARATORIO

Una vez redactado el acuerdo y cumplidos los requisitos de procedencia, el juez de formalización o el de juicio oral, según la etapa en que discurre el proceso, debe aprobar el respectivo acuerdo reparatorio para que produzca efectos legales.

Antes de aprobar dicho acuerdo, el juez controlará en audiencia que la víctima y el imputado hayan prestado su consentimiento en forma libre y voluntaria y que hayan sido debidamente instruidos del alcance del instituto y de las obligaciones que ello implica, pudiendo denegar de oficio o a petición del Ministerio Público la homologación del acuerdo en caso de no verificarse los requisitos y supuestos normativos (arts. 394 y 395 CPP). En efecto, el Tribunal habrá de ser cuidadoso al controlar que las partes hayan prestado su consentimiento de manera libre y con pleno conocimiento de sus derechos, es decir, realizará un control de legalidad respecto del cumplimiento de los requisitos formales para alcanzar el acuerdo; una vez ello y sin que se adviertan observaciones ni cuestionamientos por el Fiscal interviniente, el Juez está obligado a aceptar el contenido del acuerdo reparatorio al que arribaron las partes.

Con esto se busca evitar que las personas que tienen más poder ejerzan su influencia sobre las otras. Si no existiera este control de parte del juez en defensa de los más débiles, se haría realidad la crítica que se ha planteado en el sentido de que el derecho penal se transformaría en un instrumento que acrecentaría las diferencias entre los poderosos y los débiles en el proceso penal.

Si bien la resolución final está a cargo del Juez, previamente deberá oírse al Ministerio Público (arts. 393 y 395 inc. 5). El referido control se limitará exclusivamente a un análisis formal del acuerdo por lo que el Ministerio Público podrá oponerse al mismo si existiera interés público en la persecución o cuando la gravedad de la culpabilidad del imputado lo aconseje.

El acuerdo reparatorio podrá ser rechazado por el Tribunal en los siguientes casos:

- Cuando el acuerdo recaiga sobre hechos diversos a las categorías de delitos en que legalmente son procedentes (art. 394 CPP)
- Cuando el consentimiento de los que hubieren celebrado el acuerdo no hubiere sido prestado libre y voluntariamente.
- Si el objeto de la contraprestación es ilícito o las obligaciones asumidas por el imputado contravienen su dignidad o resultan inhumanas o degradantes
- Si existe un interés público prevalente que torna necesaria la continuación de la persecución penal.

El interés público como causa de rechazo a la aprobación de un acuerdo reparatorio hace compleja la vigencia de esta salida alternativa ya que desdibuja el sentido de la institución pues frente al interés particular de la víctima en su satisfacción se alza la posibilidad de un interés prevalente en la persecución penal, criterio totalmente opuesto a uno de los fundamentos de esta salida alternativa. Es un concepto vago e impreciso y su interpretación y desarrollo queda en manos del Ministerio Público. De este modo, la Fiscalía considera que alegar la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal para negar la aprobación de un acuerdo reparatorio significa estimar que el conflicto que implica un delito de mediana gravedad debe enfrentarse mediante la imposición de una pena y no a través de un acuerdo libre e informado de los sujetos concretamente afectados en sus intereses particulares. Por tanto, los fiscales justificarán el ejercicio de esta facultad a la luz de los fines preventivos de la pena, esto es, la prevención general o especial, según sea el caso. Si el Tribunal negase la solicitud de homologación del acuerdo entre víctima e imputado, ora de oficio, ora a petición del Ministerio Público (art. 395 inc.4 CPP), la resolución será apelable con efecto suspensivo. No existe previsión en cuanto a la impugnación de la resolución de homologación por lo que tratándose de una sentencia interlocutoria dictada en el curso de un proceso incidental, la apelación será sin efecto suspensivo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 280.2 del CPP. Dable es destacar que en caso de incumplimiento de las obligaciones en el plazo acordado por las partes, la víctima podrá solicitar la revocación del acuerdo homologado a tenor de lo dispuesto en el art. 396 del CPP

12 EFECTOS DEL ACUERDO REPARATORIO

El artículo 395 CPP en su inciso final dispone que cumplido el acuerdo o transcurridos seis meses desde el vencimiento del plazo acordado entre las partes, el Tribunal declarará judicialmente extinguido el delito. Nada se señala respecto de las posibles consecuencias en materia civil, por lo que el cumplimiento del acuerdo no obsta a que la víctima efectúe o continúe las acciones que entendiere del caso en dicha órbita habida cuenta de la independencia entre las acciones penales y civiles que dimana de la Ley 16.162 además de la regulación expresa que en materia de acción civil prevén los artículos 101 a 105 del CPP. Solo se establece en el art. 399, que no se podrá invocar como medio de prueba en la Sede civil la información a la que se arribara en el acuerdo reparatorio. Por ello, para el caso que se quiera impedir el acceso a la vía civil sería necesario incorporar en lo convenido, una cláusula específica que imposibilite todo reclamo por cualquier concepto una vez cumplido el acuerdo, que por cierto resguardará la debida reparación de la víctima, impidiendo un exceso en tal reparación.

De sostenerse que la homologación del acuerdo reparatorio en el que operen concesiones recíprocas, constituye una transacción, su incumplimiento permitiría promover el respectivo proceso de ejecución, pero en la medida que no se decrete por el tribunal penal la revocación de la anterior decisión de homologación porque ante tal repriminación (395 CPP) dejaría de haber transacción, obstáculo insalvable para la prosecución de la ejecución.

CONCLUSIONES

Desde los inicios de la civilización la víctima podía reclamar por sí misma los daños que se le ocasionaban; empero, en el transcurso de la historia, el papel que desempeñó fue decreciendo en beneficio del Estado quien la relegó de soslayo para quedarse como único responsable de sancionar al delincuente, importándole más el quebrantamiento de la norma que el daño causado a la víctima.

No desconocemos la expropiación que el Estado ha efectuado del papel que juega la víctima en el proceso y que debe atender esta cuestión

apuntando directamente al equilibrio de la balanza facilitando a la víctima la “apropiación” del proceso.

En tal sentido coincidimos con Maier, en su razonamiento sobre la reforma del sistema penal, en cuanto no puede dejarse librado todo el proceso a la víctima so riesgo de caer en una situación que, aun cuando a simple vista pareciere la contracara de lo que se busca, tendría efectos tan contraproducentes como inadecuados. Se corre el peligro de que el más fuerte domine al más débil, en dirección contraria al fin perseguido cual es la reparación del injusto.

Actualmente visualizamos un cambio paulatino de “expropiación” a “apropiación” de la víctima del proceso. Debe apuntarse a un cambio real, tendiente a la mejor y mayor aplicación de la justicia para quien resulta ser víctima.

La introducción de la víctima como elemento del debate político criminal le permite asumir una posición que antes no tenía. El sistema penal contaba como actores únicamente al Estado y al ofensor, excluyendo a la víctima; en la actualidad, ésta se ha constituido como un protagonista más, permitiendo la conformación de una relación triangular Estado-ofensor-víctima. El cambio de configuración del esquema político criminal bilateral (Estado-ofensor) hacia una “tríada” Estado-ofensor-víctima permitirá que el sistema penal sea menos retributivo y más reconciliador, abandonando definitivamente la víctima su condición de convidado de piedra.

Es necesario volver la mirada sobre la víctima en tanto es la mayor perjudicada por el injusto criminal. El control social debería tener en todos los procesos de victimización, desde la prevención hasta la reparación, la aspiración a crear una justicia restaurativa que será el valor supremo vinculado al concepto de pacificación humana, concepto en el que abreva con fruición el acuerdo reparatorio con el rol protagónico de la víctima.

BIBLIOGRAFIA

ANDREU, F. et. al. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*. Argentina. Christian Steiner y Patricia Uribe (Editores). Konrad-Adenauer-Stiftung.

BARBERA DE RISO, M. (2003) *La víctima. Su situación jurídica* en Revista “Pensamiento penal y criminológico”, N° 6., Córdoba. Editorial Mediterránea

BINDER, A (2013). *Derecho Procesal Penal* (1ª edición. Tomo II). Buenos Aires. Ad-Hoc.

BOVINO, A. (2006). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. 1ª edición. Buenos Aires. Editorial Del Puerto SRL.

CAFFERATA, J. (2011) *Proceso Penal y Derechos Humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos a nivel constitucional en el proceso penal argentino*. 2ª edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires. Editorial Del Puerto

FERNÁNDEZ, G. (2017). *Los principios generales del proceso penal acusatorio. Luces y sombras*. 1ª edición. Montevideo. FCU

FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid. Editorial Trotta SA.

GARDERES, S. y VALENTÍN, G. (2007). *Bases para la reforma del proceso penal*. 1ª edición. Montevideo. Konrad-Adenauer-Stiftung, Serpaj Uruguay.

GEYMONAT, J. (2012). *Rol de la víctima en el proceso penal inquisitivo y acusatorio – Visiones de la doctrina, la Constitución, el Código del Proceso Penal y las normas internacionales de Derechos Humanos*. Ponencia presentada en las X Jornadas Rioplatenses de Derecho 2012- San Isidro, Provincia de Buenos Aires, Argentina

HASSEMER, W (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona. Ed. Bosch

JAKOBS, G. (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación*. Madrid. Marcial Pons.

- MAIER, J. (2004) *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Tomo I. Buenos Aires. Editores Del Puerto SRL.
- MINVIELLE, B. (1987). *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica). Su aplicación en el proceso penal uruguayo*. (pp.124-164) en RUDP 2/1987. Montevideo. FCU
- PARMA, C. (2008) *La víctima. Sus derechos en el Proceso Penal*. Consultado en <http://www.carloparma.com.ar/la-victima-sus-derechos-en-el-proceso-penal/>
- PÉREZ, M. (2016). *Derecho de las víctimas en el proceso penal*. Caras y Caretas edición online, 25 de junio de 2016, disponible en <http://carasycaretas.com.uy/derecho-de-las-victimas-en-el-proceso-penal>
- PREZA, D. (2011). *Situación de la víctima en la proyectada reforma del proceso penal* publicado en <http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/index.html>
- RAFFETTO, C. (2017) *La víctima en el nuevo proceso penal*. DPO derecho penal online – Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología – Doctrina, disponible en <http://derechopenalonline.com/derecho.php>
- RISSE, M. (2011). *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*. 2ª edición. Montevideo. FCU.
- Risse, M. (2015). *Derecho Constitucional Tomo I*, 1ª reimpresión, FCU
- ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. 1ª edición, traducido de la 25ª edición alemana por Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio Maier. Buenos Aires. Editores Del Puerto SRL.
- SALAS, J. (2015). *Problemas del Derecho Procesal Penal*. 2ª edición aumentada. Santiago de Chile. Librotecnia.
- ZAFFARONI, E. (2001) “Prólogo”, en *El tiempo como pena* de Ana Messuti. Buenos Aires. Campomanes Libros.
- ZAGREBELSKY, G. (2007). *El derecho dúctil*. 7ª edición. Madrid. Ed. Trotta SA

A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

Flaviane de Magalhães Barros¹

1 PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO COMO PROCESSO DE PARTES

Mesmo que se tenha em termos teóricos distinções entre a tradição romano-germânica de processo e a *common law*, que justificam inclusive como determinados institutos processuais se mantem e prevalecem nos ordenamentos jurídicos de cada país e como são limitadores ou estimuladores da possibilidade de mudanças ou da resiliência do sistema de justiça à reformas processuais macroestruturais, o certo é que o princípio acusatório como uma base democrática para o sistema de justiça é reconhecido em ambas as tradições.

É que o princípio acusatório repercute de forma clara e evidente na compreensão e na leitura que se deve fazer do contraditório, da ampla defesa como ampla argumentação, da imparcialidade e da fundamentação da decisão. Ou seja, reconhecendo que a Constituição define o modelo constitucional de processo² e que resguarda os princípios do contraditório, da ampla defesa, imparcialidade e fundamentação, como

¹ Doutora e Mestre em Direito pela PUC Minas. Pós-doutora (CAPES) junto a Università degli studi di Roma TRE. Pesquisadora Visitante da Università degli studi di Firenze (Centro di Studio per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno). Professora da PUC Minas. Professora da UFOP. Coordenadora Adjuntos dos Programas Profissionais da Área do Direito junto à CAPES (2018- 2022). Pesquisadora de Produtividade nível 2. Advogada Consultora. E-mail: barros.flaviane@gmail.com

² ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

uma base principiológica, quando se analisa especificamente o sistema de justiça penal, são o princípio acusatório, o princípio da presunção de inocência e a garantia das liberdades individuais que fazem dele um sistema próprio³.

O princípio acusatório que reconhece a existência de uma parte acusadora estatal distinta do estado-juiz exige, que na perspectiva da teoria do processo, a atuação processual seja dada para aqueles que serão os afetados pela decisão, como interessados e contrainteressados⁴. Portanto, ao se referir as partes como sujeitos processuais que possuem direitos, faculdades, deveres e ônus no processo, a partir da teoria fazzalariana, com os aportes incluídos por Gonçalves⁵, na discussão de sua relevância para o contexto brasileiro pós Constituição de 1988⁶, no processo penal tais sujeitos serão o acusado, a acusação e também a vítima. No caso específico da vítima, não se trata de dizer que ela seja uma participante de segunda ou terceira categoria, uma mera coadjuvante, pois como seus direitos fundamentais afetados pela decisão penal, sua participação deve garantir no processo direitos, faculdades, deveres e ônus⁷. Mesmo que não tenha em determinados processos a liberalidade de decidir processar ou não processar, em virtude da atuação da acusação pública, não se retira da vítima o seu papel de sujeito processual no contraditório do processo penal porque é afetada pela decisão.

São essas pequenas digressões teóricas da teoria do processo como procedimento em contraditório e da noção de modelo constitucional de processo, que na presente e apertada síntese, justificam a noção de processo de partes. O princípio acusatório lido em consonância com o contraditório, como espaço procedimentalizado para construção da

³ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

⁴ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

⁶ Considerando a tradição constitucional uruguaia e preservando suas especificidades é possível com suas óbvias limitações apropriar dos estudos constitucionais brasileiros e de uma leitura constitucional do processo penal para discutir a questão da vítima.

⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

decisão com garantia de simetria paridade, influência e não surpresa⁸, pode reconhecer que os sistemas processuais penais atuam garantindo ao afetados pela decisão todas as possibilidades de atuação processual para influir na decisão de forma participada.

Pode-se afirmar que tanto o sistema de justiça penal brasileiro, a partir da Constituição de 1988 e o sistema uruguaio pelo art. 22 da Constituição de 1997, que diz expressamente: *Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas*” adotam o princípio acusatório. Cabe no presente recorte analisar como a atuação da vítima se dará no processo penal uruguaio.

2 O MODELO PROCESSUAL URUGUAIO E A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA

Para a concepção teórica desenvolvida na trajetória de pesquisa da autora, a vítima possui direitos fundamentais no processo penal, e por isso é parte afetada pela decisão independente de seus direitos relacionados à reparação do dano, já que o fato que será reconstruído no processo penal., Ou, para usar uma expressão de Coutinho⁹ o caso penal foi protagonizado por ela. É da sua atuação na cena fática, que vem seu protagonismo processual, já que ela será elemento direto da prova que se pretende para o caso, seja pela perspectiva da acusação quanto da defesa.

Assim, mesmo que o sistema uruguaio mantenha a separação da jurisdição civil e penal para disciplinar que a reparação do dano se faz no âmbito civil jurisdicional, fato é que a vítima será afetada pela decisão.

⁸ BARROS, Flaviane M.; MARQUES, Leonardo A. M. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: Leonel González. (Org.). *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. 1ed. Santiago Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, v. 1, p. 347-360. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

Mesmo quando o processo não se realiza até o juízo oral, decidindo-se pela forma abreviada pelo acordo entre acusação pública e acusado, que reconhece-se a autoria e a materialidade inseridas em um caso penal, não se pode deixar de reconhecer que a esfera de direitos da vítima pode ser afetada. A classificação dada pela parte à conduta criminosa e a sua aceitação pela defesa com a confissão pode implicar na esfera de direitos da vítima. O acordo sobre a pena, o tempo de cumprimento da pena e seu regime afetam também direitos das vítimas que tem direito de informação sobre tais fatos relevantes para sua segurança e integridade.

Na reforma processual penal uruguaia ficou evidenciada uma profunda transformação do processo penal para sua formulação acusatória em que o conflito penal e sua solução são o ponto de relevo da questão, e não mais a descoberta da verdade. Nesse sentido, é importante ressaltar que nos documentos do Ministério Público (Fiscalía General de la Nación), em especial, na instrução n. 6, de 2017, que orienta a atuação da acusação na aplicação de vias alternativas e no processo penal abreviado, os princípios gerais de garantias de direitos a vítima de crimes é reconhecido como uma diretiva relevante¹⁰. Trata-se da referência à declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e de abuso de poder, da ONU datada de 1985. E nesse sentido, uma das diretivas é o reconhecimento de direitos e de atuação participativa da vítima na solução do conflito seja ele resolvido pela via processual de uma sentença penal seja pelas vias processuais alternativas. A permissão da construção de uma solução alternativa ao juízo oral pela acusação e pela defesa exige um outro olhar sobre a questão penal. Não se trata mais de construir uma narrativa que inspire uma verdade para os fatos e defina responsabilidades a partir da verdade posta, mas sim criar mecanismos para solução do conflito. Para solucionar o conflito não é suficiente a atuação do órgão de acusação pública definindo penas alternativas, é preciso envolver a

¹⁰ URUGUAI, Fiscalía General de la Nación. *Instrucción n. 6 – Aplicación de vías alternativas de solución del conflicto penal y proceso abreviado*. 2017. Disponível <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/3480/1/instruccion-nro-6.pdf>, acesso em 10 de fevereiro de 2019.

vítima, em sentido amplo, para incluir como foi feito a Declaração da ONU seus familiares e ainda a comunidade vinculada ao fato.

No atual sistema de justiça penal uruguaio, o Ministério Público desde o momento que recebe a notícia de um conflito penal até antes da formalização do caso, tem três encaminhamentos processuais possíveis: i. Arquivar o caso (art. 96 do CPC); ii) exercer o princípio da oportunidade e deixar de apresentar a acusação em situações delimitadas na Lei e de forma fundamentada; iii. Iniciar a mediação extraprocessual. Das três situações, em uma em particular, no caso a mediação terá a vítima importante e relevante papel pois a justiça restaurativa e todo o seu processamento somente ocorre com a anuência da vítima que deve dar o seu o consentimento informado. Nas duas outras situações, atuação da vítima pode se dar em sentido oposto ao pretendido pelo Ministério Público. Ou seja, a vítima pode se opor ao arquivamento ou à decisão de não iniciar o processamento do acusado pelo princípio da oportunidade. Sua atuação, nesses casos, também importante pois garante seus direitos fundamentais além de exercer uma forma de controle da atuação da acusação pública.

Depois de formalizada a investigação criminal, apresenta-se a acusação que pode culminar ou não no processo abreviado ou no juízo oral. Contudo, nessa fase processual ainda são possíveis dois caminhos para uma solução alternativa: i. a suspensão condicional do processo; ii. o acordo reparatório.

Dentre as condicionantes da suspensão condicional do processo no CPP Uruguaio está a indicação que um acordo seja firmado com a vítima, com ou sem valor patrimonial, de reparação do dano. A lei diz expressamente da possibilidade de uma reparação simbólica do delito, que é um grande avanço para países de fortes desigualdades sociais, em que parcela significativa na população não tem condições de reparar materialmente o dano decorrente de um delito. Na suspensão condicional do processo, a vítima não tem uma atuação protagonista, pois o acordo se dá com a acusação pública, contudo, a atuação do Fiscal deve se dar sempre no sentido de garantir os direitos da vítima.

O acordo reparatório é uma solução protagonizada pela vítima e pelo acusado. O Ministério Público tem o papel de estimular o acordo,

informando ao acusado e à vítima a viabilidade do acordo reparatório para o caso. O acordo pode se dar por meio de mediação ou conciliação. Após a homologação do acordo perante o juiz do processo, que se certifica da autonomia da vontade das partes e da possibilidade de efetivação do acordo para a conduta criminosa específica, o decurso do prazo de 6 meses ou o cumprimento do acordo gera a extinção da punibilidade.

O acordo reparatório e a mediação extraprocessual por meio de modelos de justiça restaurativa são formas muito importantes de atuação da vítima na solução direta do conflito. Além de reduzir o número de processos penais e viabilizar em termos de política criminal que o sistema de justiça se ocupe de forma mais adequada aos processos penais que tenham impacto e relevância, são formas processuais que visam a solução integral do conflito e colocam em proeminência os direitos das vítimas.

Não viabilizando tais soluções alternativas, o Ministério público após a formalização poderá proceder a um acordo com o acusado para que o caso seja solucionado pela via do processo abreviado, se o crime tiver uma pena mínima não superior a 6 (seis) anos de efetiva pena privativa de liberdade. Nesse caso, o acordo entre a acusação e a defesa se faz no sentido de o acusado confessar os fatos imputados e ter como benefício a redução da pena a ser cumprida. No âmbito do processo abreviado, a participação da vítima parece limitada. Ela pode ser ouvida pelo juiz na audiência do processo abreviado, e caso não compareça à audiência será informada da formalização do acordo.

Por outro lado, o juízo oral é o espaço privilegiado para o contraditório e ampla argumentação das partes. Partes entendidas como acusação pública, vítima e defesa.

Durante todo o juízo oral desde a formalização da investigação, passando pela audiência do controle da acusação e a audiência do juízo oral propriamente dita se a vítima tiver interesse em atuar há previsão de sua participação processual em contraditório.

3 LIMITES E POSSIBILIDADES DA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NA MACROREFORMA ESTRUTURAL DO CPP URUGUAIO

Como já ressaltado o princípio acusatório e a estrutura processual reflexionada para a atuação das partes em contraditório como foi concebido na macroreforma estrutural do processo penal uruguaio com a Lei 19.293 e suas modificações viabilizam a atuação da vítima no processo penal. Mesmo que o sistema de reparação de dano faça a distinção entre a jurisdição civil e penal, exigindo que a vítima busque a reparação do dano junto ao juízo civil, sua participação na estrutura processual consiste em uma atuação contraditória e igualada à acusação e à defesa.

Em especial, na atuação da vítima no contraditório do juízo oral, deve-se pensar em seu aprimoramento, no sentido de equalizar quando a vítima atuar em contraditório para permitir uma simetria no espaço procedimentalizado do contraditório. Já que a defesa do acusado quando da participação efetiva da vítima no juízo oral terá que contrapor não só aos argumentos da acusação pública, como também da vítima. Assim, na perspectiva de um modelo constitucional de processo em que contraditório e ampla defesa como ampla argumentação se articulam no espaço processual para as 3 partes influírem na decisão deve-se ter em conta que a defesa demanda tanto espaço como tempo para contra argumentar tanto a imputação da Fiscalia quanto da vítima.

Busca-se, assim, asseverar que a atuação da vítima no processo como uma importante possibilidade para concretização do sistema acusatório pressupõe garantir que a defesa tenha seus direitos de atuação processual respeitados em simétrica paridade. Propor e resguardar direitos de participação para a vítima não pode significar redução da possibilidade de defesa¹¹.

Parece que no sentido que a reforma uruguaia tem caminhado será importante que se consolide melhor as escolhas das partes, tanto

¹¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

acusação quanto defesa de quais processos penais deve seguir para o juízo oral e quantos para o processo abreviado, já que nas estatística do ano de 2018 houve uma forte prevalência do juízo abreviado frente ao juízo oral. Essa necessária equalização pode trazer como um ganho estratégico uma melhor resposta da justiça criminal para as necessidades das vítimas.

A própria cena processual, pensada esteticamente a partir da organização do espacial da sala de audiência¹² deve ter em conta tais questões, devendo deixar um espaço físico para a vítima e seu advogado, mas sem que sua presença amplie, desmensuradamente, a visibilidade da acusação frente à defesa.

Tal preocupação estética, pouco discutida no âmbito do direito processual penal, deve ser pensada para todas as audiências nesse novo sistema processual. Durante a visita realizada em novembro de 2018 pelo grupo brasileiro, ficou visível que as salas de audiência uruguaias ainda não estão adequadamente projetadas para a participação da vítima.

Apesar da participação da vítima como protagonista da reconstrução do fato no juízo oral ser um ponto importante e que permite demonstrar de forma clara como, no princípio acusatório, a vítima atua verdadeiramente como parte, essa não é a única forma de atuação relevante no sistema.

Para viabilizar estrategicamente o juízo oral é necessário criar outros caminhos para a solução de diversos conflitos penais de pouca monta, ou que possuem certas especificidades, por meio de formas alternativas. Nesse sentido, a atuação da vítima tem grandes possibilidade de êxito. Não se trata, aí, de atuação que coloca litigantes em lados opostos, mas uma atuação que permite criar pontes para uma solução acordada para o conflito penal. É um outro modo de pensar o contraditório, mas não deixa de ter contraditório já que a vítima tem que ser parte para construção de uma solução acordada para o conflito.

¹² AMODIO, Ennio. *Estetica della giustizia penale – prassi, media, fiction*. Milão: Giuffrè, 2016.

Em crimes de baixa lesividade (definidos pela duração da pena em penitenciária), ou em crimes culposos (em razão da ausência de vontade de agir para o resultado) a solução mediada pelas partes (agente e vítima) traz ao sistema de justiça penal inúmeros ganhos, como já ressaltado. Contudo, em determinados crimes, pelas suas próprias especificidades, como é o caso da violência doméstica em que agente e vítima possuem uma história em comum, uma vida e inúmeros vínculos limitar o caminho consensual é tirar da vítima um importante direito vinculado à sua autonomia privada¹³.

Dentro das limitações estabelecidas na lei processual penal uruguaia, está a vedação da realização da justiça restaurativa para casos de violência doméstica ou violência de gênero. Tal limitação não é exclusiva do sistema de justiça penal uruguaio, a legislação portuguesa por exemplo também proíbe em casos de violência doméstica a adoção da justiça restaurativa como um caminho para o sistema de justiça penal.

Importante defender assim uma ampliação da possibilidade de atuação restaurativa nos conflitos domésticos, em especial, porque seja antes ou seja depois do processo penal, vítima e agente provavelmente manterão vínculos, pessoais, afetivos e também jurídicos. Assim, entender os conflitos domésticos como um espaço exclusivamente de litígio, de antagonismo, é impor à vítima um único caminho para a solução da questão, que em determinada medida não soluciona de forma integral o conflito e gera sobrevitimização¹⁴ já que o sistema não leva em consideração sua vontade pessoal e retira-lhe autonomia.

A ausência de um papel mais efetivo da vítima na suspensão condicional do processo, pode ter impactos diretos em situações de sobrevitimização. O fiscal deve ao realizar o acordo de suspensão levar em consideração os direitos das vítimas. Contudo, se não se prevê a sua participação direta, pode ser que o acordado como a parte acusada não

¹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, n. 50, 2005.

¹⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

seja algo relevante para a vítima ou pode até mesmo impactá-la negativamente. Sua atuação em contraditório no referido caso, em virtude da possibilidade de ser afetada pelo acordo seria um ponto de melhoria relevante para garantir seus direitos fundamentais.

4 BREVE CONCLUSÃO

Pode-se, nesse apertado estudo sobre a participação da vítima no processo penal uruguaio reformado demonstrar que o caminho legislativo escolhido leva em conta os direitos fundamentais da vítima. Talvez seja necessário um tempo maior de experimentação do princípio acusatório para que as vítimas passem a atuar de forma efetiva no processo. Não se vivenciou no período da visita à Montevideo audiências com participação da vítima. Ampliar também a sua atuação e vivência nas formas alternativas, em especial, na justiça restaurativa, na mediação e conciliação dos acordos reparatórios e nos acordos de suspensão do processo gerará certamente resultados importantes para o sistema de justiça e para a qualidade das soluções acordadas.

Já que ao fim e ao cabo o princípio acusatório demanda a participação da vítima para sua atuação verdadeira. O sistema de justiça penal não pode prescindir da sua participação em contraditório.

O LUGAR DA VÍTIMA COMO SUJEITO NO PROCESSO PENAL

Leonardo Marques Vilela¹

INTRODUÇÃO

A Declaração dos princípios básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder da Organização das Nações Unidas conceitua vítima aquelas pessoas que individual ou coletivamente tenham sofrido atentado à sua integridade física ou mental, sofrimento moral, perda material ou grave atentado aos direitos fundamentais.

A declaração impõe diversos direitos da vítima que devem ser propiciados e garantidos pelos Estados. Tais direitos influenciam diretamente na função (ou papel) da vítima no processo penal.

Este artigo tem como objetivo analisar os direitos da vítima e sua efetivação, especialmente no modelo Uruguaio de processo penal, bem como, os reflexos da representação de interesses da vítima pelo Estado em um modelo acusatório de processo.

1 O DESEJO DA VÍTIMA E A FUNÇÃO DO ESTADO NO PROCESSO PENAL

A partir da superação do estado de natureza instituiu-se o Estado-Nação e seu monopólio do uso da força com autorização exclusiva para utilização de métodos repressivos de forma lícita, a fim de garantir a ordem na sociedade e impedir a violência privada. Esta última, sempre esteve presente em todas sociedades ao longo dos tempos, e

¹ Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de graduação e pós-graduação em Direito. Advogado.

para regulá-la o Estado criou códigos de conduta, instituindo ilícitos e ilícitos penais para coibir e punir as condutas que eventualmente tragam lesão à ordem social.

Durkheim² afirma que a violência faz parte da sociedade, sendo assim, o delito é um fenômeno social normal. Foucault³ fez uma exposição em sua obra sobre a violência delituosa e a violência das penas na sociedade. Não se tem notícia de uma sociedade sem incidência, ainda que mínima, de violência.

Em virtude da concentração do monopólio do uso da força pelo Estado, em caso de ocorrência de fato típico, este está autorizado a utilizar do processo penal (devido processo constitucional) para garantir os direitos fundamentais, limitando o poder punitivo e evitando o arbítrio para reconstituir o fato tido como criminoso.

Neste contexto, Flaviane de Magalhães Barros⁴ afirma que não se pode excluir a vítima, já que, sua visão sobre o fato é fundamental para a reconstituição processual da verdade:

Assim, no Estado Democrático de Direito, o Estado, a partir do seu aparelho jurisdicional repressor, possui a legitimidade para solucionar o “conflito”. Solução por meio de um processo penal, visto como garantia de direitos fundamentais, que visa a reconstruir o fato tido como criminoso. Logo, o processo penal não pode cumprir seu objetivo simplesmente excluindo e neutralizando a atuação de um dos protagonistas criminosos: a vítima.

Obviamente, a vítima teria um objetivo revanchista. Porém, tal objetivo não teria efetividade, já que em um contexto do devido processo constitucional, os instrumentos processuais de legalidade trariam garantia ao acusado contra eventual vingança privada promovida pelo Estado.

² DURKHEIM, Emile. Las reglas del método sociológico. Espanha: Morata, 1978.

³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Rio de Janeiro: Ed. Vozes. 2014.

⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direitos e sujeito no processo. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 13, jan-jun/2013, p. 321.

Quanto à impossibilidade de o Estado amparar sentimento revanchistas, Beccaria já afirmava que a pena deve ter algumas características específicas, caso contrário, estaríamos diante de arbítrio:

para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.⁵

No mesmo sentido entende Aury Lopes Jr:

O Direito Penal nasce não como evolução, senão como negação da vingança, daí por que não há que se falar em “evolução histórica” da pena de prisão. Não se trata de continuidade, senão de descontinuidade. A pena não está justificada pelo fim de vingança, senão pelo de impedir por completo a vingança. No sentido cronológico, a pena substitui a vingança privada, não como evolução, mas como negação, pois a história do Direito Penal e da pena é uma longa luta contra a vingança.⁶

Assim, podemos afirmar que o pacto social que instituiu ao Estado o monopólio do uso da força, não o autorizou a buscar a vingança privada em nome da vítima.

2 OS DIREITOS DA VÍTIMA

Apesar de eventual desejo de vingança privada não coadunar com a função do Estado no processo penal, a vítima possui direitos que devem ser garantidos a ela pelo Estado, sem que isso resulte em identidade de objetivos entre a vítima e o Estado.

Um dos direitos da vítima, segundo a Declaração dos princípios básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder da ONU é o acesso a jurisdição. Flaviane Magalhães de Barros explica que este direito não se resume a reparação ou indenização:

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 83.

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

A primeira garantia é o acesso à jurisdição pela vítima. Tal acesso não decorre apenas de seu direito à reparação do dano, mas seu papel no processo penal, a partir de seus direitos fundamentais, garante sua atuação como agente controlador da acusação, ou seja, direito de atuar para não permitir que inércia do órgão de acusação impeça o exercício de direitos ou mesmo de insurgir quanto ao resultado do processo penal.⁷

Sobre estes direitos, Teresa Armenda Deu⁸ afirma que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos instituiu que os estados membros devem possibilitar às vítimas inclusive o direito de iniciar de forma autônoma a ação penal, além da obrigação do Estado em buscar a reparação do dano sofrido ou indenização.

3 OS DIREITOS DA VÍTIMA NO MODELO URUGUAIO DE PROCESSO PENAL

O código de processo penal⁹ uruguaio traz um capítulo específico sobre o papel da vítima do procedimento. O artigo 79.2 traz a previsão da vítima manifestar sua intenção de participar do processo, podendo constituir advogado.

Com objetivo de tutelar também a vítima carente, o artigo 79.4 traz a obrigação de nomeação de um defensor público nestes casos.

O artigo 81 traz os direitos e faculdades da vítima no processo que envolvem (1) Tomar conhecimento da totalidade das diligências cumpridas desde o início da fase investigatória; (2) intervir no processo e ser ouvida; (3) propor prova durante a etapa preliminar; na audiência preliminar e na segunda instância, como assistente da atividade investigatória e probatória do fiscal; (4) ter os mesmos direitos das partes em diligências e produção de provas que foram propostas por ela; (5) Solicitar medidas de proteção frente a prováveis hostilidades ou agressões a ela, familiares ou conhecidos; (6) Solicitar medidas

⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direitos e sujeito no processo. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 13, jan-jun/2013, p. 323.

⁸ DEU, Teresa Armenda. *Sistemas procesales penales: la justicia penal em Europa y América*. Barcelona: Marcial Pons, 2012, p. 109.

⁹ URUGUAY. Lei 19292 de 19/12/2014.

assecuratórias quanto aos bens relacionados ao delito; (7) Se opor perante o tribunal à decisão do fiscal de não propor a ação penal, não iniciar a fase preliminar ou concluí-la e (8) ser ouvida pelo tribunal antes de medida que ponha fim ao processo.

Como se verifica, a sistemática processual uruguaia deu especial relevância à vítima, porém, sem coloca-la com direitos superiores às partes. Importante salientar que o CPP uruguaio ainda determina que a *fiscalia* deve informar à vítima sobre direito de indenização e as formas de exercê-lo.

4 CRÍTICAS QUANTO A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA COMO PARTE NO PROCESSO

O papel de protagonista da vítima no processo penal traz algumas críticas, como por exemplo que a vítima dificultaria a resolução do processo de forma rápida, trazendo dificuldades ao Estado-acusador, especialmente por eventualmente não concordar com a aplicação do princípio da oportunidade — quando o acusador oficial decide não exercer o direito de acusar.¹⁰

O princípio da oportunidade tem como fundamento a política criminal de determinado Estado. Isso é o pano de fundo para a escolha do que será ou não submetido à jurisdição processual penal pelo Estado-acusador.

Quando se admite que a vítima possa inclusive se opor a esta escolha através de política criminal, estar-se-ia admitindo que o interesse individual tem maior prevalência que o interesse público coletivo.

Há ainda interessante pensamento de que a presença de uma ideologia ativista com a presença de quem sofreu o dano seria incompatível com um sistema adversarial, que teria competição entre as partes (acusação-defesa).¹¹

¹⁰ DEU, Teresa Armenda. El fiscal instructor es necesario? In: *Cuadernos de derecho público*, n. 16, 2002, p. 202.

¹¹ DEU, Teresa Armenda. *Sistemas procesales penales: la justicia penal em Europa y América*. Barcelona: Marcial Pons, 2012, p. 111.

CONCLUSÃO

O papel ideal da vítima no processo penal é de difícil (ou impossível) identificação.

Por um lado, a atuação ativa dela pode contribuir com um dos objetivos do processo, que é a reconstrução da verdade. Por outro lado, o caráter vingativo da vítima pode comprometer um modelo acusatório de processo.

Apesar dos princípios em tese protegerem o processo da contaminação pelo objetivo de vingança, o arbítrio pode surgir justamente nesta separação, já que, quem dará a prestação jurisdicional, por ser sujeito, pode ser contaminado pelo objeto e, à mingua dos princípios limitadores do poder punitivo, pode fomentar justamente o arbítrio.

Este artigo não tem a pretensão de solucionar neste pouco espaço a problemática, mas sim chamar a atenção para pontos distintos na participação da vítima no processo penal, chamando atenção para o modelo uruguaio, que trouxe possibilidade de atuação como parte processual pela vítima na reforma recente.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL URUGUAIO: O PAPEL DA VÍTIMA ENTRE O RANÇO INQUISITORIAL E A TENTATIVA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade discutir, brevemente, a previsão da Justiça Restaurativa no Novo Código de Processo Penal do Uruguai, questionando se há, de fato, a implementação da Justiça Restaurativa, bem como o tratamento dispensado à vítima no diploma legal, questionando, se há, de fato, uma mudança cultural no país vizinho, a exemplo do que ocorreu no Chile.

Para tanto, analisaremos a redação dos artigos 382 do novo CPP perquirindo se o texto se coaduna com os ideais da Justiça Restaurativa, ou se há ainda a presença de um ranço inquisitorial.

Decerto, o modelo adotado atualmente no CPP uruguaio representa enorme avanço rumo a um sistema acusatório, em especial quando comparamos com o conteúdo do código anterior do país.

¹ Pós-doutora em Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona, Espanha. Doutora e Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora do Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania e do Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador - UCSAL. Professora da pós-graduação em Ciências criminais, Direito Tributário e Direito Médico da UCSAL. Professora da pós-graduação em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito. Professora na graduação da UCSAL e da Faculdade Social da Bahia. Conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Bahia. Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP. Advogada sócia do Escritório Thomas Bacellar Advogados Associados.

Não obstante, durante a aprovação do novo CPP e sua entrada em vigor, diversas microrreformas foram promovidas na redação aprovada, a princípio, pelo congresso, trazendo de volta, lamentavelmente, algumas regras inquisitoriais.

Em específico, malgrado a mediação penal extraprocessual — Justiça Restaurativa — tenha sido inserida posteriormente a entrada em vigor do Código, o que representa um enorme avanço, a redação aprovada no artigo 382 está longe de ser a ideal quando nos referimos a voluntariedade e retomada do protagonismo do conflito pelas partes. Entretanto, não podemos olvidar sobre a importância desta forma de resolução estar prevista expressamente no bojo de um diploma legal.

Passemos primeiramente a apresentação dos pontos mais importantes da Justiça Restaurativa para, em seguida, nos debruçar especificamente sobre o artigo 382 do CPP uruguaio.

1 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO VIA AUTÔNOMA NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

A Justiça Restaurativa ganha destaque, sobretudo, a partir da Criminologia Crítica desenvolvida nos anos 1960 e 1970, quando se demonstra de forma ainda mais contundente as falhas da justiça penal retributiva. É preciso mudar a concepção de punição, separando o clamor público da necessidade real de punir, o que Álvaro Pires (2004, p. 56) denomina racionalidade penal moderna.

Com efeito, o Direito Penal deve ser compreendido de acordo com os direitos humanos, não apenas na perspectiva negativa, do deixar de atuar do Estado, mas positiva, na feição de “ter direito a”, almejando-se o que for melhor para as partes envolvidas. Quando o Estado é o titular do conflito penal, retira da vítima, não raro, a palavra, sem haver a preocupação com o que de fato ela deseja, atribuindo-se automaticamente uma pena aflitiva para o infrator.

Esse modelo encontra-se falido em quaisquer de suas vertentes: como modelo preventivo, pois se questiona os próprios bens jurídicos selecionados para a tutela penal e não evita a prática de delitos pelos infratores; no aspecto do processo penal tradicional, visto que objetifica a

vítima e tortura o infrator, com processos longos e desumanos; no viés da execução penal, pois a massa carcerária é composta, em maioria por pessoas pobres, havendo a superlotação e a vulneração massiva dos direitos humanos.

A Criminologia Crítica inicia o movimento que desafia a mudança cultural da sociedade, e a Justiça Restaurativa aparece como via autônoma da resolução dos conflitos. A Justiça Restaurativa desponta, por conseguinte, como alternativa do discurso da racionalidade penal moderna.

Além da possibilidade do diálogo entre as partes, ganha destaque na Justiça Restaurativa o tratamento dispensado à vítima. Há o empoderamento pelas partes envolvidas. A vítima ganha voz e lugar de destaque, enquanto que na Justiça Retributiva ela sofre com o processo da vitimização, colocada como mero meio de prova, objeto do processo penal. É, portanto, desmerecida no processo penal formal. (BAQUEIRO, 2018, p. 28).

A possibilidade de diálogo entre as partes e participação da comunidade local na resolução do conflito é também benéfico para o próprio infrator. Como destaca Howard Zehr (2012, p.17), enquanto a Justiça Retributiva fomenta o combate entre a defesa e a acusação, a Justiça Restaurativa incentiva a reflexão, a compreensão das partes, e o criminoso passa a entender as consequências de seus atos para a vítima e esta os motivos que levaram o sujeito à prática do delito. Há uma reavaliação das partes, o crescimento moral dos envolvidos.

O enfoque não é somente no aspecto material dos eventuais danos sofridos pela vítima, mas as repercussões psicológicas, emocionais, gerando empatia e conscientização. O diálogo, portanto, entre infrator e vítima é o melhor caminho para a resolução do conflito.

Assim sendo, salutar é a iniciativa do Código Processual Penal uruguaio na tentativa de trazer em seu bojo a possibilidade da resolução dos conflitos através da Justiça Restaurativa, pois, pela primeira vez, o país traz em um diploma legal tal possibilidade e, ao nos lembrarmos que em um passado recente o CPP anterior previa que o próprio juiz poderia investigar, em clara perspectiva inquisitorial, a previsão da

Justiça Restaurativa ganha maior relevância, demonstrando a intenção da mudança cultural.

2 A REFORMA DO CPP URUGUAIO E A REDAÇÃO DO ARTIGO 382

A previsão da mediação penal extraprocessual no Livro VI do novo Código de Processo Penal, “Vias Alternativas de Resolução do Conflito”, título I, representa enorme avanço, pois a previsão legal da resolução do conflito através da Justiça Restaurativa representa o reconhecimento da falibilidade da justiça retributiva e permite às partes que resolvam o conflito de acordo com suas reais necessidades.

Nesta senda, os artigos 382.1, 382.2. e 382.3 apresentam a seguinte redação:

Artículo 382 (Mediación extraprocésal)

382.1 Cuando se trate de conductas con apariencia delictiva que no revistan gravedad, el Ministerio Público puede derivar el caso a formas extraprocésales de resolución de ese conflicto.

382.2 El Poder Judicial tendrá competencia en la resolución del caso, a través de la mediación extraprocésal.

382.3 Para dar inicio al proceso restaurativo se requiere de la conformidad manifiesta del presunto autor y de la presunta víctima, quienes deben ser preceptiva y oportunamente informados por el funcionario a cargo.

A redação exposta está longe de ser o modelo ideal, pois, em verdade, não se refere à Justiça Restaurativa propriamente dita. Isso porque falta ao modelo justamente o principal: a real voluntariedade das partes (sem a interferência estatal).

A Justiça Restaurativa se propõe a ser uma via alternativa à resolução dos conflitos, em que se garante total independência e voluntariedade das partes. Como poderemos afirmar que há liberdade das partes para convencionar se temos a presença do Estado na formulação do diálogo e em todas as etapas dos ciclos de mediação?

Decerto, quando o infrator se encontra dentro das dependências da justiça formal, sabendo que há a participação do Ministério Público e

do Poder Judiciário, temos a mitigação de sua vontade, pois poderá optar pelo acordo não porque compreendeu o erro praticado e as consequências de sua conduta para a vítima, mas por receio de um eventual processo penal. Não haveria, portanto, a revalorização das partes.

Outrossim, o Estado “escolhe” quais tipos penais podem ser objeto do acordo restaurativo e quais não podem, retirando da vítima e do infrator a livre escolha, mitigando, mais uma vez, a voluntariedade das partes, ao só permitir a Justiça restaurativa para crimes de menor gravidade e vedar, expressamente, no artigo 382.7, a possibilidade do acordo nos crimes de violência sexual, exploração sexual, violência doméstica e outras formas de violência baseadas em gênero:

382.7 La mediación extraprocesal no procederá respecto de delitos de violencia sexual (Arts. 272, 273, 274 del Código Penal) o explotación sexual (Ley N° 17.815), del delito de violencia doméstica (Artículo 321 bis. del Código Penal) así como respecto de otros tipos penales que se hayan cometido como forma de ejercer violencia basada en género.

Em verdade, a vedação da justiça restaurativa nos crimes que envolvem violência doméstica contra a mulher se encontra em franco declínio, pois ao se retirar da própria vítima a possibilidade de decidir o que seria melhor para si, o Estado termina por reforçar o ideal do patriarcado, sendo nova forma de violência contra a mulher, uma vez que a mensagem que se passa é que o gênero feminino é tão vulnerável que não possui sequer condições de refletir e adotar a postura que lhe parecer melhor.

Por tal razão, inclusive, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017) do Brasil admite a Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica contra a mulher, a despeito da vedação da Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006. Neste mesmo sentido a posição do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM, 2017).

Tássia Oliveira e Caio dos Santos analisando o pensamento de diferentes autoras especialistas no tema, destacam que a admissão da justiça restaurativa nos casos de violência doméstica contra a mulher representa o respeito à autonomia da mulher e a ruptura do “lugar” no qual a mulher é sempre colocada: a vítima vulnerável:

No mesmo sentido, Santos (2015, p. 733) indica que a proteção da vítima não está atrelada a um paternalismo penal vertidas a limitar a liberdade de atuação das pessoas com intuito de protegê-las de si mesma. Para a autora as vítimas de violência são aprisionadas no estereótipo de fragilidade e de incapacidade. Diante disso, a necessidade de viabilizar a emancipação das vítimas em procedimentos anteriores ao encontro restaurativo e seu exercício conjugado, quando necessário, ao procedimento penal ordinário. Para a autora, a participação em práticas restaurativas, hodiernamente, deve ser considerada um direito da vítima e não uma concessão do Estado. Para tanto, verifica-se a necessidade de novas alternativas para lidar com a situação e, com isso, promover um efetivo auxílio ao procedimento de autodescoberta, fortalecendo sua autoestima e autonomia, consolidando o seu poder decisório (2009, p. 22).

[...]

Um dos valores norteadores da Justiça Restaurativa é a não dominação, que vislumbra o dever de o procedimento restaurativo estar organizado de forma a minimizar as diferenças e as desigualdades sociais, culturais e históricas, no momento do encontro entre atingidos pelo conflito penal (PALLAMOLLA, 2009, p. 62). Nesse passo, o facilitador deve estar atento para atuar com diligência e garantir essa minoração dos sentimentos de vitimização da paciente e a fomentar a responsabilização da conduta do agressor. Ao lado da não dominação, faz-se presente, no rol dos valores, o empowerment (empoderamento). Este valor, de acordo com Pallamolla, é consequência da não dominação (PALLAMOLLA, 2009, p. 62). Isso porque, implica no surgimento da autonomia e estima dos envolvidos – em especial para a superação da vítima, que a partir de sua emancipação relata suas histórias e perspectivas, afastando-se do sentimento de vulnerabilidade e estigmatização. (OLIVEIRA; SANTOS, 2017).

Dessa forma, ao vedar expressamente a possibilidade da aplicabilidade da Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica, há, em verdade, uma nova forma de restrição da liberdade da mulher, reforçando o processo de vitimização.

Quanto à escolha dos tipos penais a serem objeto da mediação extrapenal e a eventual violação ao princípio da obrigatoriedade da Ação Penal, convém adotar as ponderações de Raquel Landeira analisando o pensamento do representante do Ministério Público Jorge:

La vigencia del principio de indisponibilidad se ha vinculado con las previsiones referidas a las vías alternativas de resolución del conflicto (arts. 382 a 401) que incluyen la Mediación extraprocésal, la Suspensión Condicional del proceso y los Acuerdos reparatorios y ello surge de los antecedentes del trámite parlamentario. Así en su comparecencia ante la Comisión de Constitución y legislación de la Cámara de Senadores, el día 24/5/2016, el Fiscal de Corte Dr. Jorge expresó: “Con respecto al artículo referido a la mediación, esto es, cuando se habla de las conductas delictivas que no revisten gravedad para formalizar la acción, estamos hablando de conductas con apariencia delictiva. En esta instancia de investigación previa no podemos hablar de la existencia de un delito. El hecho de que no revista gravedad como para formalizar una acción penal, creo que se lo debería vincular a lo que se hizo con respecto al principio de oportunidad. (...) Lo que aquí está subyacente es una cuestión central: todo Estado debe tener una política criminal que debe ser marcada, en primer lugar, por el legislador cuando aprueba y decide qué conductas deben ser sancionables o merecedoras de reproche penal y cuáles son los bienes jurídicos protegidos. Luego, el segundo escalón está dado porque nos hemos dado cuenta de que en el mundo entero, la vieja aplicación del principio de legalidad por el cual se perseguían todas las conductas delictivas y todas ellas se investigaban y se perseguían igual, en la sociedad moderna se ha transformado en utopía. Esa es la realidad. En el sistema actual o en el mundo actual no es posible perseguir o investigar todos los delitos que se cometen de la misma manera, al mismo tiempo y destinando la misma cantidad de recursos. Y, quizá, muchas veces ni siquiera sea posible punir a todas esas conductas...” (énfasis agregado). cfr., comisión de constitución y legislación de la cámara de senadores, Carpetas N° 555/2016, 556/2016, Distribuido N° 737, de 24/05/2016). A su vez, vale consignar que, en este punto, así como en otros similares, podrán incidir -conforme reconoce el propio Díaz- las directivas o instrucciones generales que se dicten en el ámbito de la Fiscalía (art. 5 de la Ley N° 19.334, de 14/08/2015, art. 21 de la Ley N° 19.483, de 05/01/2017 y art. 46 del CPP.). (LANDEIRA, p. 136)

Dessa forma, sequer haveria interesse do Estado em reprimir tais condutas através do Direito Penal, razão pela qual não se ofenderia o princípio da indisponibilidade da Ação Penal. Retomando a análise do artigo 382, destacamos ainda o equívoco no uso como sinônimos entre mediação e Justiça Restaurativa. A mediação visa o acordo, enquanto

a Justiça Restaurativa a revalorização das partes; interessa aqui a plena percepção dos envolvidos no conflito na compreensão de seus papéis, o quanto erraram e prejudicaram o outro. Pode haver acordo ou não, mas esse não é o objetivo principal. É o autoconhecimento e o respeito ao próximo. (BAQUEIRO, 2018).

Em seguida o artigo 382.4, 382.5 e 382.6 encerram a seguinte redação:

382.4 En caso de llegar a un acuerdo de reparación el Poder Judicial controlará su cumplimiento.

382.5 El Poder Judicial llevará un registro que especificará los acuerdos no alcanzados, los acuerdos alcanzados, los acuerdos alcanzados y cumplidos, así como los acuerdos alcanzados e incumplidos.

382.6 Las partes del proceso restaurativo están eximidas de concurrir con asistencia letrada.

Percebemos, pois, a máxima ingerência do Estado no acordo restaurativo, retirando a autonomia das partes e a possibilidade de resolução, de fato, do conflito pelo autor, vítima e sociedade. Não há verdadeiramente Justiça Restaurativa no CPP Uruguaio, pois as premissas básicas não são, de fato, observadas. Por fim, perdeu a oportunidade o CPP uruguaio de abordar os procedimentos restaurativos, destacando a participação de profissionais de outras áreas que não o âmbito jurídico, como assistentes sociais, psicólogos, sociólogos e segmentos da sociedade nos acordos restaurativos. A participação democrática só ocorre com a possibilidade de inserção plural dos segmentos sociais interessados na solução do conflito. Ao trazer para dentro do Poder Judiciário o controle da realização do acordo, vai de encontro à própria conceituação de justiça restaurativa e prevendo ainda sua fiscalização no cumprimento do acordo, afasta ainda mais a participação da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A MANUTENÇÃO DO RANÇO INQUISITORIAL

Diante do exposto, percebemos que não se pode negar o grande avanço do novo Código de Processo Penal uruguaio ao prever

expressamente a possibilidade de resolução dos conflitos através da Justiça Restaurativa.

Entretanto, a mudança principal não ocorreu: a mudança cultural. Maior prova disto é a própria redação do artigo 382 do novo código que mantém o ranço inquisitorial.

Ao prever a ingerência do Estado durante todas as etapas do acordo restaurativo, desde a instauração do círculo da mediação, perpassando pelas tratativas na possível conciliação, verificação do cumprimento do acordo e sua execução através da Justiça Formal, com a participação do Ministério Público e do Poder Judiciário, não se está de verdade possibilitando às partes a resolução do conflito: este permanece sob a tutela estatal. Não há, verdadeiramente, Justiça Restaurativa.

Não obstante, o próprio código veda a possibilidade de se ter o acordo restaurativo em alguns tipos penais, vedando expressamente nos casos de violência doméstica contra a mulher, sendo mais uma forma de violência, pois coloca a mulher para assumir e permanecer no papel de frágil vítima, incapaz de ter voz e decidir o que seria melhor para ela.

Dessa forma, o Estado não consegue se libertar do controle do conflito, em conduzir as partes nos encontros e dizer o que a vítima deve pensar ou atuar. Há claro ranço inquisitorial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. Mediação penal nos crimes tributários transnacionais no Mercosul. Curitiba: Juruá, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Restaurativa deve ser usada para resolver casos de violência doméstica. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85293-justica-restaurativa-deve-ser-usada-para-resolver-casos-de-violencia-domestica>> Acesso em 10 mar 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. A justiça restaurativa no enfrentamento da violência doméstica. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6374/A+utiliza%C3%A7%C3%A3o+da+Justi%C3%A7a+Restaurativa+no+enfrentamento+da+viol%C3%Aancia+dom%C3%A9stica>> Acesso em 10 mar 2019.

LANDEIRA, Raquel. La regulación del Principio de Oportunidad en el nuevo Código del Proceso Penal. *In: Código del Proceso Penal reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: Mastergraf S.R.L, 2018.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes; SANTOS, Caio Vinícius de Jesus Ferreira dos. Violência doméstica e familiar: a justiça restaurativa como ferramenta na construção da cidadania de gênero e emancipação feminina. Disponível em: <http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1498836014_ARQUIVO_Artigo_Fazendoogenero_TassiaeCaio1.pdf> Acesso em: 10 mar 2019.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos Cebrap*, São Paulo, n. 68, mar. 2004.

REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Ley 19.293: código del proceso penal. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/docu9502382919597.htm>> Acesso em 10 mar 2019.

ZEHR, Howard. Justiça restaurativa: teoria e prática. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

CAPÍTULO V
INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO URUGUAI VISTA POR UM BRASILEIRO

Aury Lopes Jr.¹

INTRODUÇÃO

A investigação preliminar é um ponto extremamente sensível no processo penal de qualquer país, não só porque é nela que se produzem importantes elementos para justificar a acusação ou arquivamento (processo ou não processo), mas também porque lá se produzem provas técnicas irrepetíveis. Considerando a tendência cada vez maior em supervalorar provas (meios ocultos de obtenção de provas) como interceptação telefônica, quebra de sigilo fiscal e bancário, acesso a dados sensíveis em computadores e smartphones, exame de DNA, etc., é preciso considerar que quase sempre são produzidas na fase pré-processual. Para agravar o cenário, em modelos com amplo espaço negocial - como é o caso do Uruguai, em que cerca de 90% dos casos penais são resolvidos pela via do procedimento abreviado (sem produção de prova judicializada, portanto) — a investigação preliminar adquire imensa relevância.

Dessarte, é um imenso reducionismo — como parcela significativa da doutrina brasileira faz — dizer que a fase pré-processual é um 'mero' procedimento administrativo investigatório sem valor. Basta considerar que com base na investigação se pode retirar todos os bens de uma pessoa (medidas cautelares reais); se pode retirar a liberdade de alguém (medidas cautelares pessoais) e, finalmente, se pode até

¹ Doutor em Direito Processual Penal (Universidad Complutense de Madrid). Professor Titular no Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado – em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado.

condenar alguém (provas técnicas, tribunal do júri, etc.). Para além disso, em países como EUA ou Uruguai, 90% (ou mais) dos casos são resolvidos exclusivamente com base na investigação preliminar, pois os acordos (*plea bargaining*) são feitos sem qualquer produção de prova judicializada.

Eis, portanto, a relevância do tema e a necessidade de compreender seus limites e funções.

1 SUPERACÃO DO MODELO DE JUIZ DE INSTRUÇÃO E O PROMOTOR INVESTIGADOR

Como já explicamos em outra oportunidade², atualmente encontramos três sistemas de investigação preliminar vigentes, conforme a autoridade encarregada: modelo policial (caso do Brasil); juiz de instrução (Espanha e França, entre outros) e promotor investigador (Uruguai, Portugal, Itália, Alemanha, entre outros). Todos os modelos possuem vantagens e inconvenientes, mas essa análise supera os limites desse breve artigo e já foi feita por nós em trabalho específico para onde remetemos o leitor³, mas sem dúvida o modelo de juiz instrutor é o mais atrasado, inadequado e inquisitorial de todos, sendo esse o utilizado pelo Uruguai até a reforma processual que, alterando substancialmente toda a estrutura processual, adotou a figura do 'promotor investigador'.

O modelo uruguaio era tipicamente inquisitório, com a figura do juiz instrutor que comandava a investigação preliminar e depois, na fase processual, julgava o caso. Um modelo que também vigorou na Alemanha até 1974, na Itália até 1988, Portugal até 1987, por exemplo, mas que teve uma vida excessivamente longa no Uruguai. Esses países também implantaram a figura do promotor investigador, ou seja, o Ministério Público comandando a investigação preliminar, tendo a polícia a seu serviço e controle. É uma tendência também seguida por diversos outros países, inclusive na América Latina, a exemplo do

² Na obra "Investigação Preliminar no Processo Penal", 6ª edição, publicada pela editora Saraiva.

³ *Investigação Preliminar no Processo Penal*, 6ª edição, publicada pela editora Saraiva.

Chile, Argentina, Bolívia, Colômbia e Paraguai, como uma consequência da implantação do modelo acusatório.

2 SISTEMA ACUSATÓRIO, IMPARCIALIDADE DO JUIZ E JUIZ DAS GARANTIAS

Importante recordar que sistema acusatório e imparcialidade do juiz são temáticas diretamente relacionadas, de modo que a imparcialidade é o Princípio Supremo do Processo (Pedro Aragoneses Alonso⁴ e Werner Goldschmidt⁵) e somente uma estrutura acusatória⁶ - que mantenha o juiz afastado da iniciativa probatória, da gestão da prova e que respeite o *ne procedat iudex ex officio* - cria as condições de possibilidade de termos um juiz imparcial.

Existe uma íntima relação e interação entre acusatório-imparcialidade e inquisitório-ausência de imparcialidade. Mas a imparcialidade, além de ser uma construção técnica artificial do processo penal, está diretamente relacionada a outras questões meta-jurídicas, como a originalidade cognitiva e a dissonância cognitiva.

A imparcialidade, no decorrer do tempo, desde pelo menos o julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), no caso Piersack vs. Bélgica (1982), distinguiu-se entre objetiva (em relação ao caso penal) e subjetiva (no tocante aos envolvidos). Também deve-se valorizar a “estética de imparcialidade”, ou seja, a aparência, a percepção que as partes precisam ter de que o juiz é realmente um “juiz imparcial”, ou seja, que não tenha tido um envolvimento prévio com o caso penal (por exemplo, na fase pré-processual, decretando prisões cautelares ou medidas cautelares reais) que o contamine, que fomente os pré-juízos que geram um imenso prejuízo cognitivo. É importante que o juiz mantenha um afastamento que lhe confira uma “estética de julgador” e não de acusador, investigador ou inquisidor. Isso é crucial para que se tenha a “confiança” do jurisdicionado na figura do

⁴ Na obra "Proceso y Derecho Procesal", 2a edição, Madrid, Edersa, 1997.

⁵ "La ciencia de la justicia - Dikelogia", 2ª edição, Buenos Aires, Depalma, 1986.

⁶ Sobre Sistemas Processuais Penais, remetemos o leitor para nossa obra *Fundamentos do Processo Penal*, 5ª edição, publicada pela editora Saraiva, onde aprofundamos o estudo e análise.

jugador. Mas todas essas questões perpassam por um núcleo imantador, que é a originalidade cognitiva.⁷

A condição de terceiro é a de ignorância cognitiva em relação às provas, ao conteúdo probatório, já que o acerto das condutas deve ser novidade ao julgador. O juiz é um sujeito processual (não parte) ontologicamente concebido como um ignorante, porque ele (necessariamente) ignora o caso penal em julgamento. Ele não sabe, pois não deve ter uma cognição prévia ao processo. Deixará o juiz de ser um ignorante quando, ao longo da instrução, lhe trouxerem as partes às provas que lhe permitirão então conhecer (cognição).⁸

Todas essas questões são fundamentais para compreendermos a necessidade de manter o juiz longe da função investigatória, completamente afastado da atividade de investigação e coleta de elementos, somente agindo quando invocado (reserva de jurisdição). E ainda, jamais atuando nas duas fases, ou seja: juiz que atua na fase pré-processual não pode ser o mesmo juiz que depois, no processo, vá julgar. Mesmo no modelo de promotor-investigador, a figura do juiz de garantias (ou juiz "da" investigação e não 'de' investigação — *il giudice per le indagini preliminari*) é fundamental, para assegurar a máxima originalidade da cognição por parte do juiz que irá julgar o caso penal.

No Uruguai, está consagrada a separação dos juízes (*sistema doble juez*), de modo que a investigação é realizada pelas polícias com supervisão e orientação do Ministério Público. Existe um juiz das garantias que não será o mesmo a atuar, depois, no processo (*juicio oral*). O art. 50 do CPP determina expressamente que as polícias (nacional, naval e aérea) são órgãos auxiliares do Ministério Público e executarão suas tarefas sob direção e responsabilidade dos promotores (fiscais) de acordo com as instruções que lhes forem dadas. É um modelo, portanto, de promotor-investigador que tem o controle sob a atividade de investigação levada a cabo pela polícia (similar, entre outros, ao

⁷ LOPES JR, Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>

⁸ LOPES JR, Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>

modelo espanhol, em que a 'fiscalia' dá instruções gerais e instruções específicas para atuação policial). Se o Ministério Público necessitar de alguma medida submetida a reserva de jurisdição, deverá postular ao juiz (das garantias) que não será o mesmo juiz da fase processual (juicio oral).

Existe correta preocupação por parte do sistema uruguaio de garantir a 'originalidade cognitiva', não só com a separação dos juízes que atuam na fase preliminar e judicial, mas também com a não contaminação dos atos da investigação com o processo. O juiz da fase processual (*juicio oral*) tem em mãos apenas o 'auto de abertura', ou seja, a decisão que recebeu a acusação e a indicação das provas que serão produzidas. Toda a prova tem que ser produzida em audiência. É o que eles chamam de Princípio de 'auto-sustentabilidade', no sentido de que se deve esquecer o que foi feito antes (exceto, é claro, as provas técnicas irrepetíveis e as de produção antecipada) e produzir toda a prova na fase processual. E, mesmo as provas técnicas, é preciso que sejam efetivamente judicializadas. Por exemplo: não basta a perícia ter sido feita na investigação e juntado, no processo, o laudo. É preciso ouvir o perito em audiência para que o conteúdo da perícia seja trazido para o processo. Essa é uma preocupação importante e quem vem na mesma linha do que já sustentamos há mais de uma década: o sistema de exclusão física dos autos do inquérito policial brasileiro ou ainda, seu não ingresso no processo. No modelo uruguaio, como também o chileno, toda a investigação é documentada em uma 'carpeta' (pasta), que deve ser compartilhada⁹ entre Ministério Público e defesa, mas que não ingressa no processo. O art. 259.1 é muito claro ao determinar que as atividades desenvolvidas na 'indagatoria' preliminar servem para reunir meios de prova que possibilitem a posterior iniciação do processo e não integrará, em nenhum caso¹⁰.

Em ambos os países (Uruguai e Chile) podemos observar uma grande preocupação com uma regra básica: prova é o que se produz em audiência, na frente do(s) julgador(es) e em contraditório. Sem dúvida, se

⁹É importante a leitura do art. 268.4, que determina que não pode ser admitida na audiência de controle de acusação nenhuma prova que a defesa não tenha acesso prévio.

¹⁰ Exceto "cuando hubiera sido dispuesta con intervención del tribunal".

essa lição fosse compreendida e incorporada pelo sistema brasileiro, já seria uma evolução gigantesca.

3 SOBRE A FORMA DOS ATOS DA 'INDAGATORIA PRELIMINAR'

A investigação preliminar uruguaia é denominada "indagatoria preliminar" e está prevista nos arts. 256 a 267 do CPP. É realizada pela autoridade policial sob supervisão, orientação e comando do ministério público. Como regra vigora o sigilo externo e a publicidade interna (art. 259.2), mas o fiscal poderá requerer que determinados atos, registros ou documentos permaneçam sigilosos em relação ao imputado e seu defensor, toda vez que considere necessário para assegurar a eficácia da investigação, mas esse sigilo interno parcial (pois identificadas as peças) poderá durar no máximo até 40 dias e depende de autorização judicial. Poderá haver prorrogação, mediante decisão judicial, deste sigilo por até 6 meses, sem prejuízo de que a defesa postule ao juiz que ponha fim ao sigilo.

Essa é disciplina similar a espanhola e que também deveria ser incorporada no sistema brasileiro: sigilo externo (ou para 'os de fora' diria Velez Mariconde) e acessabilidade interna (ou para 'os de dentro', especialmente o investigado) como regra. Pode haver sigilo interno, mas parcial de com prazo de duração. Ora, essa é uma sistemática recorrente, menos no Brasil, onde a regulamentação do sigilo é pífia (o art. 20 do CPP é imprestável) e, como regra, a polícia dificulta o acesso da defesa, pelo tempo que quiser e em relação aos documentos que entender necessário e, por outro lado, mantém com a mídia uma relação quase incestuosa. O art. 7º, XIV e ss. da Lei 8906 bem como a Súmula Vinculante n. 14 são insuficientes, diante do amplo espaço discricionário da polícia e a informalidade do inquérito policial.

Também é digno de nota o respeito ao 'direito de ser julgado em um prazo razoável', incluindo nele, por elementar, a investigação preliminar. Um dos pontos que sempre criticamos no processo penal brasileiro é a adoção da teoria do não-prazo, ou seja, ou não existem prazos fixados ou, quando existentes, são despidos de sanção. Considerando que prazo-sanção=ineficácia, temos a equação que bem representa o

sistema brasileiro. O inquérito policial tem prazo de duração mas nenhuma sanção, nem mesmo prescrição existe mais entre a data do fato e o recebimento da denúncia, conferindo uma carta aberta para a (de)mora e a utilização da investigação como instrumento de coação, estigmatização e angústia prolongada (pela falta de uma conclusão definitiva daquela situação jurídica).

O modelo uruguaio, como demais países sul-americanos com legislação alinhada à Convenção Americana de Direitos Humanos, possui definição de prazos com maior rigor. Nessa linha merece transcrição o disposto no art. 265 do CPP uruguaio:

Artículo 265 (Duración máxima de la investigación)

La investigación no podrá extenderse por un plazo mayor de un año a contar desde la formalización de la investigación. En casos excepcionales debidamente justificados, el fiscal podrá solicitar al juez la ampliación del plazo hasta por un año más.

Alinhado com a ‘cultura de audiência’ e a oralidade, típicos de um modelo acusatório, a investigação preliminar também é marcada por duas audiências (tomando o rito ordinário como exemplo): a) audiência de formalização da investigação (art. 266 e ss.); b) audiência de controle da acusação (art. 268 e ss.);

A *audiência de formalização da investigação*, disposta no art 266 e ss. do CPP, serve, em linhas gerais, para formalizar a investigação e, portanto, assegurar direitos do investigado. Na dicção do dispositivo legal, quando existirem elementos objetivos suficientes que deem conta da prática de um delito e a identificação dos prováveis autores (situação fática similar àquela do nosso indiciamento), o ministério público deverá formalizar a investigação, solicitando que o juiz marque a audiência de formalização (eis uma distinção básica: no modelo inquisitório brasileiro, tudo é escrito e cartorário; no modelo acusatório, onde vigora a oralidade e cultura de audiência, se marca uma audiência, ainda que o pedido de audiência seja por escrito, mas é nela que tudo acontece). Essa é uma marca indelével de distinção dos sistemas. Já no pedido de audiência, o ministério público deverá fazer a relação circunstanciada dos fatos e a participação atribuída ao imputado, a

tipificação legal, os meios de prova que possui e eventuais medidas cautelares que julgue pertinentes.

Se o imputado estiver preso, o pedido de audiência deve ser imediato e ela deverá se realizar no prazo máximo de 24h. Se estiver em liberdade, a audiência não poderá ser celebrada em prazo superior a 20 dias. Nessa audiência de formalização, o juiz ouvirá as partes e a vítima, se comparecer e decidirá: a legalidade da detenção (se houver prisão); a admissão do pedido de formalização da investigação; eventuais pedidos de medidas cautelares; e outros pedidos que façam as partes.

Interessante é que o juiz poderá, mediante pedido da defesa, se considerar imprescindível, determinar a produção de prova nessa mesma audiência. Essa prova deverá limitar-se aos requisitos para a adoção ou não de medidas cautelares.

Ao final da investigação será realizada a *audiência de controle da acusação*, que integra o que se poderia chamar de 'etapa intermedia' entre a investigação preliminar e 'el juicio oral'. Serve para preparar a fase processual, resolver problemas, vícios, discussão sobre ingresso/validade de provas, etc. É considerada a 'llave del juicio', ou seja, a chave que abre a porta do processo. É realizada pelo juiz das garantias, totalmente oral e assegurando-se que a defesa teve prévio acesso a 'carpeta' de investigação do MP. A acusação é escrita (art. 127), mas deduzida e debatida oralmente antes de ser admitida. É o momento de definir-se os fatos, a correlação, bem como as provas admitidas e até a ordem de oitiva das testemunhas. É possível ainda que ocorra algum 'acordo tardio', ou seja, uma negociação sobre a pena que por algum motivo não pode ser levada a cabo antes.

A audiência de controle da acusação pode terminar com acordo, arquivamento ou com 'el auto de apertura a juicio', ou seja, uma decisão que admite a acusação e dá início ao processo. Essa decisão é proferida pelo juiz das garantias, de modo que o juiz do processo não é o mesmo que recebeu a acusação, assegurando-se a máxima originalidade cognitiva de quem vai julgar, evitando os perversos efeitos da

dissonância cognitiva explicados por Schüneman¹¹. Como já explicado, o juiz que atua na fase processual não tem qualquer contato prévio com a investigação e sequer recebe ou não a acusação.

A *terceira audiência* que fecha o rito ordinário é exatamente o juízo oral, ou seja, audiência de instrução, debate e julgamento, arts. 270 e ss. O problema é que o ‘juízo oral’ rapidamente se transformou em um luxo reservado para poucos, diante da adoção do *plea bargaining* pelos uruguaios no chamado ‘processo abreviado’ (a propósito, constitui um erro falar em ‘processo’ abreviado, pois essa figura não existe; o correto é ‘procedimento’ abreviado). O mal chamado ‘processo’ abreviado é a inserção de amplo espaço negocial, similar ao *plea bargaining* norte-americano e que infelizmente está embriagando os legisladores latino-americanos com a promessa de celeridade e eficiência. Isso, quando se tem justiças criminais entulhadas (por conta de vários fatores, como a banalização do direito penal, a crise do ‘bem jurídico’ e mesmo a pobreza que nos assola), é um argumento inebriante, sedutor e sedante. E, no Uruguai, a negociação sobre a pena já está na casa dos 90% dos casos, ou seja, 9 em cada 10 casos são resolvidos sem processo, sem ‘juízo oral’, sem contraditório e sem produção de provas (supervaloração da investigação preliminar).

Infelizmente, sob o olhar do ‘estrangeiro’, os uruguaios entraram nessa perigosa aventura sem uma profunda análise do impacto carcerário que isso irá gerar a médio prazo, bem como das inúmeras injustiças que ele não se importa em gerar, como veremos a seguir.

4 ESPAÇO NEGOCIAL E PROCEDIMENTO ABREVIADO. SUPERESTIMAÇÃO DOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO. CRÍTICA À BANALIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO. CONCLUSÕES.

A reforma uruguia trouxe como grande inovação a possibilidade de negociação sobre a pena, no chamado ‘processo’ abreviado, estabelecido no art. 272:

¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. "O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?". In: *Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. Ed. Marcial Pons, 2013.

TÍTULO II - DEL PROCESO ABREVIADO

Art. 272.- Se aplicará el proceso abreviado para el juzgamiento de hechos cuya tipificación por el Ministerio Público de lugar a la aplicación de una pena mínima no superior a seis años de penitenciaría o de una pena de otra naturaleza, cualquiera fuere su entidad. Será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos que se le atribuyen y de los antecedentes de la investigación, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este proceso. La existencia de varios imputados no impedirá la aplicación de estas reglas a algunos de ellos. En ese caso, el acuerdo celebrado con un imputado no podrá ser utilizado como prueba en contra de los restantes.

Primeira questão a ser respondida é: o acordo sobre a pena é resultado lógico do “modelo acusatório” e do “processo de partes”?

Não, essa é uma ideia *totalmente ideológica e mistificadora*, como qualificou FERRAJOLI¹², para quem esse sistema é fruto de uma confusão entre o modelo teórico acusatório – que consiste unicamente na separação entre juiz e acusação, na igualdade entre acusação e defesa, na oralidade e publicidade do juízo – e as características concretas do sistema acusatório americano, algumas das quais, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, não têm relação alguma com o modelo teórico.

O modelo acusatório exige – principalmente – que o juiz se mantenha alheio ao trabalho de investigação e passivo no recolhimento das provas, tanto de imputação como de descargo. A gestão/iniciativa probatória, no modelo acusatório, está nas mãos das partes; esse é o princípio fundante do sistema. Ademais, há a radical separação entre as funções de acusar/julgar; o processo deve ser (predominantemente) oral, público, com um procedimento contraditório e de trato igualitário das partes (e não meros sujeitos). Com relação à prova, vigora o sistema do livre convencimento motivado e a sentença produz a eficácia de coisa julgada. A liberdade da parte passiva é a regra, sendo a prisão cautelar uma exceção. Assim é o sistema acusatório, não derivando dele a justiça negociada.

¹².FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*, p. 747.

A verdade consensuada, que brota do *plea* é ilegítima. FERRAJOLI¹³ lembra que nenhuma maioria pode fazer verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro, nem, portanto, legitimar com seu consenso uma condenação infundada por haver sido decidida sem provas.

Com isso, surge o equívoco de querer aplicar o sistema negocial, como se estivéssemos tratando de um ramo do direito privado. Existem, inclusive, os que defendem uma “privatização” do processo penal partindo do princípio dispositivo do processo civil, esquecendo que o processo penal constitui um sistema com suas categorias jurídicas próprias e de que tal analogia, além de nociva, é inadequada. Explica CARNELUTTI¹⁴ que existe uma diferença insuperável entre o direito civil e o direito penal: “en penal, con la ley no se juega”. No direito civil, as partes têm as mãos livres; no penal, devem tê-las atadas.

Para compreender o perigo que encerra uma abertura negocial dessa envergadura, é preciso olhar para o modelo norte-americano. A ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da justiça criminal em todas as suas dimensões. Contudo é preciso compreender que tanto Uruguai, como Brasil, adotam o sistema jurídico *civil law*, que impõe limites que não permitem a importação de uma negociação tão ampla. No Brasil a situação é ainda mais perigosa, pois a proposta contida no Projeto ‘Moro’ adota uma negociação sem limite de pena (no Uruguai, pelo menos, está limitada a crimes cuja pena mínima não seja superior a 6 anos, mas também é um excesso de espaço negocial, como veremos e como já demonstra a prática judiciária uruguaia).

Uma negociação dessa magnitude representa o fim do processo penal, na medida em que legitima em larguíssima escala a “aplicação de pena privativa de liberdade sem processo”. Nos Estados Unidos, acordos assim superam 90% dos meios de resolução de casos penais, chegando a 97% nos casos federais e até 99% em Detroit. Significa dizer que 9 de cada 10 casos criminais são resolvidos com a aplicação de uma

¹³ *Derechos y garantías – la ley del más débil*, p. 27.

¹⁴ “La equidad en el juicio penal (para la reforma de la corte de asises)”. *Cuestiones sobre el proceso penal*, p. 292.

pena sem nenhum processo, sem contraditório e sem produção de provas.

O *plea bargaining* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal. No Uruguai já existe uma cobrança de maior controle do juiz no procedimento abreviado, como se vê em entrevista do Juiz Alberto Reyes¹⁵.

O ponto nevrálgico é: qual o espaço de negociação que nosso sistema admite e tolera, sem gravíssimo prejuízo para a qualidade da administração da justiça? É preciso pensar esse limite a partir da compreensão da nossa realidade social e prisional e também dos erros que já cometemos com a banalização da transação penal (Lei 9099/95). Se a transação penal já se mostrou uma perversa mercantilização do processo penal, no sentido mais depreciativo da expressão, imagine-se o imenso estrago que causará uma ampliação excessiva (como o modelo uruguaio, para crimes cuja pena mínima não supere 6 anos) ou ilimitada (como pretende o Projeto Moro) desse espaço?

Também é uma ilusão pensar que existe uma 'livre' negociação ou 'consenso' real por parte de quem está sofrendo uma acusação e não raras vezes sofrendo uma prisão cautelar.

SCHÜNEMANN¹⁶ critica o suposto Princípio de Consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de 'eufemismo', por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à

¹⁵ <http://amu.org.uy/implementacion-de-nuevo-cpp-es-altamente-positiva-pero-juicio-abreviado-se-aplico-de-una-manera-demasiado-amplia-dice-presidente-de-asociacion-de-magistrados/>

¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano*. In: "Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Org. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 257.

medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo. de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui.

O *plea bargaining* no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao “negócio”.

Dessarte, a negociação precisa ser adotada com prudência, critérios e limites de pena a ser negociada. Não pode ser um modelo completamente aberto como o proposto.

Na Itália, cujo modelo *civil law* é similar ao brasileiro e que sempre serviu de orientação doutrinária, jurisprudencial e legislativa, o 'patteggiamento sulla pena' (art. 444 e ss. CPP italiano) é uma negociação entre acusado e MP, que não permite negociação sobre a imputação (correlação) e que tem um limite demarcado: com a redução de 1/3 a pena não pode superar 5 anos. Esse é um limite muito próximo e que orientou a redação do art. 283 do Projeto de CPP que tramita atualmente.

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* prevê o instituto da "conformidad" nos arts. 695 e ss. e depois nos arts. 787 e 801, onde o acusado se conforma com a pena pedida pelo Ministério Público, abreviando assim o procedimento e aceitando a imputação, desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a 6 anos (reparem que no Uruguai o critério foi 'pena mínima' até 6 anos, o que é significativamente mais amplo). No processo penal português, existe o arquivamento em caso de dispensa da pena (art. 280 do CPP português) e o instituto da "suspensão provisória do processo"(art. 281), similar a nossa suspensão condicional do processo, para crimes punidos com pena não superior a 5 anos. Nesse caso, o processo ficará suspenso por

um período máximo de 2 anos, ou de 5 anos (casos previstos no art. 281. 6 e 7) e, uma vez cumpridas as condições, será arquivado (art. 282). Esse é o espaço negocial. Figueiredo Dias¹⁷ propõe uma ampliação, dentro do marco do art. 344 do CPP português e, portanto, somente cabível para crimes cuja pena máxima não ultrapasse os 5 anos, ficando na esfera dos crimes de pequena ou média gravidade.

A negociação é imposta antes “del juízo oral”, logo, sem produção de provas. Isso leva a uma supervalorização da “indagatoria preliminar”, que passa a ser soberana e a única prova existente, e produzida sem pleno contraditório, ampla defesa e, principalmente, jurisdição. Ademais, a negociação está centrada na admissão dos fatos, ou seja, na ‘confissão’, que volta a ser a *rainha das provas* no modelo negocial, como uma recusa a toda a evolução da epistemologia da prova e também do nível de exigência na formação da convicção dos julgadores. Nada de prova de qualidade, de *standard* probatório, de prova produzida em juízo, à luz do contraditório e que precisa ser robusta ou pelo menos com alto grau de certeza e convicção. Bastam os meros atos de investigação, realizados de forma inquisitória na fase pré-processual, sem (ou com muita restrição) de defesa e contraditório, seguidos de uma confissão. A rainha das provas voltou.

E, mais, talvez os juristas uruguaios ainda não tenham notado, mas a negociação é perversa por essência: beneficia o culpado e coage o inocente.

Atualmente, explica LANGBEIN¹⁸, nos Estados Unidos, “nós coagimos o acusado contra quem encontramos uma causa provável a confessar a sua culpa. Para ter certeza, nossos meios são muito mais elegantes; não usamos rodas, parafusos de polegar, botas espanholas para esmagar as suas pernas. Mas como os europeus de séculos atrás, que empregavam essas máquinas, nós fazemos o acusado pagar caro pelo seu direito à garantia constitucional do direito a um julgamento. Nós o tratamos com uma sanção substancialmente aumentada se ele se

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal - o “fim” do estado de direito ou um novo “principio”?* Conselho Distrital do Porto, 2001.

¹⁸ LANGBEIN, John H. *Tortura e Plea Bargaining*. In: “Sistemas Processuais Penais”. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, 2017, p. 141.

beneficia de seu direito e é posteriormente condenado. Este diferencial da sentença é o que torna o *plea bargaining* coercitivo. Há, claro, uma diferença entre ter os seus membros esmagados ou sofrer alguns anos a mais de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de espécie. O *plea bargaining*, assim como a tortura, é coercitivo." (Grifamos)

A negociação é ainda perversa na medida em que subverte a lógica punitiva: o verdadeiro culpado é beneficiado com a negociação e recebe uma pena inferior àquela que teria de cumprir se fosse julgado. Já o inocente, injustamente acusado e sobre o qual recaem apenas os elementos da fase inquisitória, é pressionado a fazer o acordo "para não correr o risco do processo e da condenação alta".

É ilusória a 'voluntariedade' do acusado ao negociar, na medida em que coagido pela ameaça de penas altíssimas, por excesso de acusação (*overcharging*) e, principalmente pela ameaça da prisão cautelar, que será utilizada como instrumento de coação para obtenção de confissões e forçar a negociação. Não existe igualdade entre um agente do Estado, que detém 'poder' e não tem nada a perder, de um lado, e de outro um particular, que tem absolutamente tudo a perder... É uma falácia de consenso, mais graves até do que aquela existente nos contratos de adesão.

O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. Sem falar que a negociação esvazia as prateleiras dos cartórios, como constatamos em Montevidéu, encantando a todos os atores judiciários com a repentina e significativa redução de serviço. No Brasil houve uma manifestação interessante dos magistrados, logo após o anúncio do Projeto Anticrime. Uma pesquisa da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros)¹⁹ apontou que 90%

¹⁹ <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/90-dos-juizes-apoiam-plea-bargain-in-de-moro/>

dos juízes²⁰ apoiam a “*plea bargaining*”. Como recorda LANGBEIN²¹, nesse tema existe um adágio popular muito adequado: *se a necessidade é a mãe da invenção, a preguiça é o pai*.

Em síntese, tudo dependerá do espírito aventureiro do acusado e de seu poder de barganha. É um modelo que subverte a lógica do sistema penal, na medida em que prejudica o inocente e beneficia o culpado, gerando uma distribuição seletiva e formalizada de impunidade.

Por último, a alardeada eficiência do sistema e benefícios de redução e custos é ilusória. É preciso considerar que a negociação gera um superencarceramento caríssimo. Basta olhar para os Estados Unidos: por conta do *plea*, possuem a maior população carcerária do mundo, com mais de 2 milhões e 200 mil presos.

A negociação sobre a pena nos remete a metáfora remédio-veneno: a diferença entre o remédio e o veneno não raras vezes está apenas na dosagem. À justiça negocial se aplica muito bem essa lógica, pois se bem utilizada e na dose certa, pode salvar o sistema de justiça; mas se abusamos dela, matamos o processo penal. Infelizmente, é essa a percepção de um brasileiro ao olhar para o sistema uruguaio.

²⁰ <https://painel.blogfolha.uol.com.br/2019/02/11/80-dos-juizes-apoiam-prisao-em-segunda-instancia-diz-pesquisa-da-amb/>

²¹ LANGBEIN, John H. *Tortura e Plea Bargaining*. In: “Sistemas Processuais Penais”. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, 2017, p. 146.

PROJETANDO ESTRUTURAS E FUNÇÕES DE POLÍCIA NUM MODELO ACUSATÓRIO DE PROCESSO PENAL

Édson Luís Baldan¹

Esperado que, em decorrência de sua natureza instrumental, a atividade de investigação criminal preliminar venha a suportar as inflexões metodológicas, teleológicas e objetais emanadas do modelo de processo a que esteja conectada. Preserva, todavia, uma transcendente autonomia parcial que lhe confere certa imutabilidade relativamente a seus "próprios" métodos, fins e alcance, ainda que inserta em distintas configurações sistêmicas de processo e, arriscamos, mesmo que operada uma migração a modelo diverso daquele onde permanecera vigente e operante.

¹ Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP. Pós-Graduado em Criminologia pela Universidade de Leicester, Inglaterra. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Pisa, Itália. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo ESMP/SP. Pós-Graduado em Direito Penal Pela Universidade de Salamanca, Espanha. Pós-Graduado em Justiça Internacional pela Universidade Castilha La Mancha, Espanha. Diplomado por Cursos de Extensão em Métodos Legais pela Universidade de Cambridge, Inglaterra, em Direito da União Europeia pela London School of Economics and Political Science, LSE e em Segurança Comunitária pelo Instituto Histadut de Israel (2002). Professor concursado de Direito Penal e Criminologia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, em cursos de graduação e pós-graduação "lato sensu". Professor convidado da Academia Nacional de Polícia, ANP, Polícia Federal, Brasília. Professor concursado de Ética Policial e Criminologia da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Pesquisador-livre do Instituto de Criminologia da Universidade de Cambridge, Inglaterra. Membro da Sociedade Britânica de Criminologia. Ex-Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. Advogado.

Pensamos que, no caso brasileiro, essa curiosa característica é tributária de uma determinada cultura sedimentada ao longo de quase dois séculos, herdada do modelo imperial, ainda persistente numa feição praticamente inalterada e, diante de modelos comparados, absolutamente singular: o presidente da investigação como detentor de obrigatória formação jurídica, dotado de garantia legal de independência funcional, desarticulado funcional e organicamente de acusadores e julgadores, portador de adicional formação técnica para a investigação criminal e o policiamento, gestor exclusivo dos recursos humanos e materiais disponibilizados à tarefa de polícia judiciária e, no máximo, submisso a um controle externo e a uma atividade correcional nada efetivos (a cargo, respectivamente, do Ministério Público e do Poder Judiciário, ambos ressentindo-se de suficiente regramento legal para pleno exercício dessa fiscalização). Esse cenário viu-se reforçado pela inédita constitucionalização da função de polícia judiciária em 1988 quando, em definitivo, atribuiu-se sua direção ao Delegado de Polícia de carreira, demarcando em favor deste, no entender de muitos, a exclusividade na apuração das infrações penais, exceto as militares.

Na sequência, a busca ministerial por espaços jurídicos e capacidade operativa para o exercício direto da investigação criminal aportaria certa anomia ao sistema de justiça criminal, em especial pela precária formação de novos arranjos estruturais e funcionais advindos da cooperação solicitada às polícias militares (e, até, a guardas civis municipais) para desempenho da nova atribuição investigatória. Inexorável que tais improvisações estruturais ocasionassem disfunções sistêmicas de várias ordens, principiando com a notória insuficiência de expertise para garantir eficiência às disquisições, passando pela duvidosa legalidade do produto desse trabalho e desaguando num preocupante confinamento do defensor que, não inserido na nova arquitetura, praticamente ficou inerte e inerte na fase da investigação preliminar, sem o direito de defender-se provando, relegado, muitas vezes, a uma figuração meramente cênica na fase da instrução em juízo, quando — e só então — se fazia necessária sua presença para, apenas, validar um acervo de prova cujas fontes haviam sido anteriormente indicadas pelo órgão da acusação sem sua participação. Esse esgarçamento de estruturas e funções no seio do sistema de justiça criminal faz

com que este, hoje, não atenda ou corresponda a nenhum modelo civilizado de processo penal, menos ainda àquele idealizado de recorte acusatório e de prevalentes matizes adversariais. Não se trata, em síntese, de modelo capaz de harmonizar os imperativos de garantia e eficiência e, pois, de amoldar-se às exigências de um Estado democrático de Direito (cujo projeto de construção não há de ser abandonado, mesmo diante de claros e rápidos retrocessos em múltiplas esferas da vida social).

Conquanto complexo, parece-nos interessante, aqui, um exercício simultâneo de projeção de cenário e comparação de modelos. Figure-se hipótese em que o ordenamento positivo pátrio viesse a adotar um modelo de processo penal análogo àquele implementado há mais de uma década no Chile e há bem menos tempo — pouco mais de ano — no Uruguai. Qual ou quais modelos experimentais desses países, relativos à investigação criminal, poderiam, nalguma medida, ser transpostos a nosso imaginado panorama futuro? As dificuldades para elaboração desse cotejo hipotético são de toda ordem, sendo a primeira e mais evidente aquela relacionada aos díspares volumes de trabalho processados pelos sistemas de justiça criminal desses três países. No caso brasileiro, as dimensões continentais, a precária estrutura policial e judiciária, os elevados índices de criminalidade, dentre outros fatores adversos, tornam superlativos os desafios a projetar quaisquer mudanças estruturais com obrigatório rompimento de assentados paradigmas legais e culturais.

Por primeiro, não contamos com uma estrutura de polícia de amplitude nacional (como Uruguai e Chile), estando as polícias, no modelo republicano federativo brasileiro, subordinadas ao Chefe do Poder Executivo de cada estado. Em segundo lugar, também não possuímos, como no Chile, uma estrutura dual de polícias (militar e civil) ambas legalmente legitimadas à investigação, com a repartição de atribuições decidida pelo Ministério Público ao qual estão subordinadas. Fator sensível, no modelo pátrio, é a peremptória previsão constitucional das estruturas e respectivas funções de nossas múltiplas agências policiais. Portanto, pensar reforma de modelo processual penal no Brasil pressupõe enfrentar a difícil tarefa de reconfiguração das polícias no texto constitucional ou, então, sua desconstitucionalização (hábil a

aplanar o trabalho do legislador ordinário). Por derradeiro, ao contrário do verificado no modelo uruguaio, o Brasil, desde meados do século XIX, conta com uma instituição de figurino civil e com formação profissional específica para o desempenho exclusivo da tarefa de polícia judiciária. Em nosso novo desenho constitucional, a polícia judiciária desdobra-se, ainda, em agências federais e estaduais, cujas atribuições respectivas são correlatas à competência para julgamento da infração penal investigada (em linhas gerais). Nestas, como atrás mencionado, a direção institucional e a presidência da investigação criminal são de incumbência exclusiva de Autoridades Policiais que, mercê de regramentos legais e condicionantes culturais, não reconhecem ou admitem uma submissão, sequer operacional, ao “Parquet” ou à Magistratura. Este é um ponto nodal de difícil desate no caso brasileiro. O segundo entrave, não menos complexo, diz respeito à formação militar da outra força policial estadual — as polícias militares — despidas da cultura e da expertise para a missão de investigação criminal e, no geral, operando em atividades de policiamento ostensivo e de preservação da ordem pública de maneira descoordenada e pouco colaborativa em relação às suas congêneres civis. Como agravante, as milícias estaduais constituem corpos auxiliares das Forças Armadas, o que, no histórico brasileiro (pontuado de retrocessos democráticos gerados na caserna), constitui fator de justificada apreensão por setores mais progressistas da sociedade quando aventada a possibilidade do exercício da investigação criminal incidente sobre cidadãos civis por instituições genuinamente militares.

Ponderados estes pontos emblemáticos, ainda assim vislumbramos possível um câmbio funcional nos subsistemas de acusação e julgamento (decorrentes da depuração acarretada pelo modelo acusatório) sem uma afetação necessária na atual configuração nos dois subsistemas adjacentes: de policiamento preventivo-ostensivo e de polícia judiciária, eis que, na essência, apresentam-se absolutamente diversos em seus elementos endossistêmicos (cultural, tecnocognitivo, estrutural, psicossocial e de gestão).

Duas exigências, de implantação medianamente complexa, deveriam ser, entretanto, supridas. A primeira delas diria respeito a uma necessária realocação geométrica da Autoridade Policial num modelo

idealizado em que esta assumisse verdadeira imparcialidade investigatória, equidistante, portanto, das pretensões das futuras partes acusatória e defensiva, mas não indiferente aos imperativos de nenhuma delas, numa condução pluridirecional dessa relevante tarefa de coleta de elementos de convicção e de indicação de fontes de prova. Postar-se-ia, assim, o Delegado de Polícia, na fase da investigação preliminar, em perfeita simetria àquele vértice ocupado pelo Magistrado na subsequente relação processual triangular equilátera (quando o julgador, desvinculado psicologicamente de um sucesso condenatório ou desate absolutório, não participará nem da carga nem da descarga probatória). Dizendo por outro modo: da mesma maneira que não se concebe um Juiz, sujeito imparcial, atrelado aos exclusivos interesses e razões da Defesa ou do “Parquet”, de igual modo e com a mesma intensidade, não pode (sobretudo sob formato acusatório) apresentar-se a Autoridade Policial investigante aderida cegamente ao polo acusatório (como sua estrutura ancilar) e distante das pretensões e direitos da parte investigada (de preferência assistida por defensor técnico). Uma reforma que provocasse a simples fagocitose do subsistema de investigação pelo de acusação não conduziria a um sistema acusatório puro, como se pode apressada e equivocadamente imaginar; todo ao contrário, propiciaria o nascimento de verdadeira inquisição ministerial em que o devido processo legal não se aperfeiçoaria materialmente e onde, em suma, a disparidade de armas entre acusação e defesa degeneraria em algo mais nocivo às liberdades individuais do que a famigerada inquisição judicial.

A segunda exigência, não menos complexa e relevante, liga-se à necessidade de garantia efetiva do protagonismo defensivo na fase da investigação preliminar. Caso a tarefa de coleta de elementos de convicção, nesse estágio, repouse, exclusiva ou preponderantemente, nas mãos do acusador (este com assimétricos poderes na condução ou colaboração da polícia judiciária), ter-se-á, inexoravelmente uma deformação e desproporção qualitativa e quantitativa na prova a ser (re)produzida em juízo. Não é minimamente compatível com um sistema acusatório de processo uma fase vestibular dominada amplamente pela inquisição (seja ela judicial, ministerial, policial ou mista) sem a conferência de correlatos poderes ao defensor. O indissociável

caráter adversarial inerente a esse modelo não se aperfeiçoa senão com o protagonismo investigatório da defesa, em condições de simetria (formal e material) satisfatórias, em quaisquer fases da persecução e em todos os graus de jurisdição. Não se pode olvidar que estamos a flertar com um modelo em operação — e com longa tradição — no sistema jurídico anglo-saxão, onde não se concebe reservar espaços mais estreitos para a movimentação da defesa, esta invariavelmente acolitada por empresas ou profissionais privados (sobretudo peritos e investigadores).

Assinale-se, ademais, que a maior compressão temporal que, obrigatoriamente, acomete a investigação num ambiente acusatório é fator complicador para quem investiga (quer no interesse da acusação, seja no da defesa) o que pode influenciar negativamente a qualidade e quantidade dos elementos materiais e subjetivos de convicção, acarretando, por conseguinte, a elevação da probabilidade de decisões intrinsecamente injustas ou, dito por outro modo, construindo um campo fértil ao erro judiciário (em larga medida gerado, exatamente, a partir da carência ou deficiência probatória).

Nesse sentido, a riqueza aportada pela observação direta da realidade forense chilena e uruguaia fez avultar dois fatores que, entre si implicados, nos causaram extrema apreensão ao ensejo da análise de mérito do caso penal vivenciado: a) decisão prolatada em extrema proximidade temporal ao evento criminoso; b) plataforma fática arrimada predominantemente nos elementos de convicção advindos do produto da investigação sumária promovida pela polícia (com ulterior e integral conhecimento pela defesa, mas sem sua antecedente participação). Desde nossa ótica cultural inquisitória e vivência profissional investigativa, avaliamos como frágeis e incompletos os elementos elevados à apreciação dos magistrados, naqueles casos assistidos. Exemplificando, num caso de roubo em que o objeto material consistira de uma caixa metálica contendo dinheiro em espécie, não haviam sido colhidas impressões digitais.

Nesse mesmo evento insistia-se na renovação de uma prova irrepetível (reconhecimento pessoal) que, por habilidade do defensor (alterando a aparência física e fisionômica do réu) induziu à dúvida a testemunha.

O correto, tecnicamente, seria o reconhecimento pessoal em sede policial (não renovável em juízo, jamais) devidamente registrado em suporte audiovisual e com a presença de defensor. Noutro caso de acidente de trânsito com vítimas, não restou incontroverso se o condutor efetuara, ou não, determinada manobra perigosa com sua motocicleta, elemento relevante para configuração de sua imprudência criminosa e que poderia ser melhor esquadrihado pela prova pericial, pela adição de relatos testemunhais ou coleta de registros de câmeras eventualmente existentes ao longo da via pública. Desses exemplos aleatórios sobressaíram, a nosso aviso, como elementos comuns, igualmente preocupantes, a precariedade da prova pela extrema compressão temporal da atividade investigatória e, também, a ausência da participação defensiva na sua construção.

O desrespeito ao “fair-play” pode, naturalmente, agravar a penúria de elementos a servir para o convencimento do julgador se, por exemplo, não se permite, imediata e irrestritamente, o acesso da defesa ao conteúdo da investigação policial ou ministerial. Assevere-se, todavia, que o oposto não é válido, pois deve ser compreendida como imanente à garantia da ampla defesa a permissão ao defensor de sonegar à investigação oficial os elementos por ele colhidos unilateralmente. A descarga é, necessariamente, pressuposta e acarretada pelo conteúdo da carga, mas o contrário não é, logicamente, verdadeiro.

Se se pode convir que dessa configuração — estrutural e funcional — da investigação criminal não avultariam maiores dificuldades sob o prisma estritamente jurídico, mister reconhecer que, no plano material, os desafios são exponenciais e que as projetadas soluções vêm obliteradas por contingências de todas as ordens. Estimamos que conheceremos, nas próximas décadas, uma significativa e crescente ampliação no estudo e aplicação da investigação criminal privada, não mais sendo sustentável o monopólio estatal desse instrumento e a marginalização acadêmica do instituto. Exigir-se-á, cada vez mais, do defensor criminal (público ou “privado”) uma qualificação profissional hoje negligenciada pelas instituições de ensino em geral e pelas faculdades de Direito em especial.

Um modelo acusatório de processo penal não prescinde da rigorosa qualificação de círculos profissionais mais dilatados que, capacitados

à perquirição de elementos e fontes, contribuam a compor uma prova criminal de melhor qualidade e maior quantidade. Com a mesma celeridade com que se deve derribar a caricatura do juiz inquisidor e gestor da prova, também se deve alçar definitivamente a figura do defensor investigador. São dois movimentos opostos que conduzem ao mesmo lugar: o processo de partes.

*“Fizestes o caminho do verme ao homem,
e muito, em vós ainda é verme.*

*Outrora fostes macacos, e ainda agora
o homem é mais macaco do que qualquer macaco.”*

(Nietzsche, Friedrich. Assim Falou Zaratustra)

A INVESTIGAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL URUGUAIO

Leonardo Augusto Marinho Marques¹

INTRODUÇÃO

Na segunda década desse século, a República Oriental do Uruguai aderiu ao movimento de reforma do processo penal, que havia se iniciado na América Latina em meados de 1980. A exemplo do que ocorreu na região, a reforma uruguaia tinha por escopo superar a mentalidade inquisitória, hereditária da cultura romano-germânica, que se fazia enraizada no Código de 1981.

A nova legislação de processo penal entrou em vigor no dia 1º de novembro de 2017, tendo completado pouco mais de um ano.

Este *paper* analisa as novidades introduzidas na fase de investigação. Concretamente, a “*indagatoria preliminar*” substituiu o antigo “*presumario*”, procedimento semelhante ao juizado de instrução, trazendo importantes modificações legislativas com o objetivo de superar a mentalidade inquisitória que sempre prevaleceu nessa etapa preliminar.

1 A NOVA FASE DE INVESTIGAÇÃO

A maturidade teórica alcançada pelo processo penal, no início do século XXI, gerou a consciência de que não será possível construir sistemas processuais puros. O processo penal de partes, fomentador da livre interpretação, argumentação e produção da prova, terá de

¹ Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

conviver com alguns poucos expedientes inquisitórios, dos quais a apuração prévia seja, provavelmente, o exemplo mais expressivo².

Ocorre que, assim como há consenso de que o processo penal moderno precisa ser precedido de uma apuração mínima, necessário se faz reconhecer que a etapa preparatória deve conviver com balizas que a deixem imune à epistemologia inquisitória.

Na lógica de superação da herança inquisitorial, o saber penal passa a ser gestado na processualidade democrática. Esse conhecimento jamais pode ser moldado na atividade intelectual de quem conduz a fase preliminar, seja a figura do Juiz Instrutor, do Promotor de Justiça ou do Delegado de Polícia. O raciocínio indiciário não pode determinar a produção de prova de natureza não cautelar, nem tampouco declarar a responsabilidade antes da sentença. A presunção de inocência não coaduna com o expediente inquisitório de formação antecipada da culpa, que acaba por definir a sorte do julgamento.

Precisamente porque o exaurimento da saber penal deve ocorrer em juízo, tornou-se necessário fixar premissas obrigatórias para a fase preparatória: limitação temporal, limitação do potencial cognitivo, restrição à antecipação da prova, registro formal do início da investigação, notificação do investigado, acesso à investigação, viabilização das diligências a favor da defesa, restrição do sigilo, controle das atividades desenvolvidas na investigação.

Na recente reforma do processo penal uruguaio, a “*indagatoria preliminar*” substituiu o desgastado “*presumario*”, instituto típico da inquisitorialidade napoleônica. A legislação anterior conferia ao juiz de instrução poderes para realizar todos os atos necessários para o esclarecimento de um crime (artigo 114), admitindo, por conseguinte, o exaurimento do saber penal na fase que antecedia o processo.

² A relação íntima entre investigação e inquisitorialidade não gera controvérsia. A investigação oficial surgiu na inquisitorialidade romana. Mas, para muito além da origem histórica, o predomínio da epistemologia inquisitória, ao longo de tantos séculos, ocorreu graças à utilização de expedientes que construam o saber penal, antecipadamente, à margem do confronto argumentativo e probatório. Como exemplos, o inquérito eclesiástico e o juizado de instrução.

Nesse aspecto, o “*presumario*” apresentava características notadamente inquisitivas. Não obstante, é possível observar que a reforma do processo penal uruguaio introduziu importantes modificações para alterar essa realidade.

Começamos pela limitação temporal. O artigo 265 regula a duração máxima da “*indagatoria preliminar*”, que não poderá se estender por mais de um ano a contar da formalização da investigação. Excepcionalmente, o prazo poderá ser ampliado por mais um ano. O novo Código não listou as hipóteses que legitimam a ampliação, apenas consignou que o caso excepcional deve ser devidamente justificado.

A limitação temporal da fase investigativa cumpre dupla função: (a) impede o uso indevido da investigação, obstando aquela estratégia que se vale do tempo para estigmatizar o investigado como eterno suspeito; (b) obriga o Ministério Público a formalizar a acusação, quando existem elementos mínimos que lhe permitam construir a hipótese acusatória, já sabendo qual prova deverá ser produzida em juízo. Essa imposição desloca o eixo epistêmico para o processo, conforme exige a processualidade democrática.

A previsão de um ano para conclusão da “*indagatória*” revela-se bastante razoável para ser aplicada à grande maioria dos casos. Obviamente, situações atípicas surgirão, demandando a renovação do prazo por igual período.

Todavia, se é impossível prever todas as hipóteses fáticas que justificam a ampliação, o ideal seria que o Código tivesse condicionado a renovação do prazo. Bastaria registrar o estágio em que se terminou a apuração, naquele primeiro ano, e autorizar somente o cumprimento de diligências específicas, apontadas imediatamente como indispensáveis para a conclusão do procedimento.

O Juiz responsável pela investigação deveria estabelecer prazo razoável para a execução de cada medida solicitada. Novo prazo somente seria concedido após o cumprimento das primeiras diligências. Essa restrição reforçaria o uso adequado da investigação e auxiliaria no controle sobre o momento oportuno para formalização da acusação.

Já a limitação do potencial cognitivo se justifica para impedir a aquisição apurada de conhecimento na etapa que antecede o processo. A

investigação não pode submeter a julgamento uma hipótese de culpa definitiva, mas que fora construída arbitrariamente, sem ter aberto espaço para o confronto argumentativo e probatório. Ao produzir a prova de caráter não urgente que valida a sua hipótese, a investigação converte o que era para ser juízo indiciário em verdadeira análise de mérito, minimizando a importância da cognição processual. Nesse contexto, as audiências se transformam em simples instâncias de confirmação do acervo probatório produzido na etapa anterior e de validação da responsabilidade declarada antecipadamente.

O novo Código de Processo Penal enfrentou adequadamente essa questão. O artigo 259.1 foi preciso quando afirmou que a atividade desenvolvida na “*indagatoria preliminar*” procura reunir meios de prova que possibilitem a ulterior iniciação do processo. Resta claro que a preocupação se concentra em elementos que justifiquem a instauração do processo ou eventual arquivamento, e que esses elementos não podem subsidiar o julgamento.

Registra-se que esse artigo foi extremamente feliz ao consignar que, em regra, a investigação não integra o processo. Nenhuma medida se mostra mais eficaz para proteger a processualidade democrática e consolidar a audiência como *locus* de gestação do saber penal do que a exclusão dos registros da investigação. Excepcionalmente, a investigação pode vir a integrar o processo se tiver contado com a intervenção do Tribunal.

Vale mencionar que o limite ao potencial cognitivo da investigação vem sendo enaltecido pelos processualistas uruguaios.

Guillermo Nicora (2018: 162-164) explica que a primeira barreira a se transpor, na superação da mentalidade inquisitória, seria a intelectual. O modelo acusatório exige que se abandone a acumulação gradual e progressiva da prova desde o primeiro dia. Nessa linha, a diferenciação entre evidência e prova passou a ser fundamental para se demarcar a fronteira entre a investigação e o processo.

O autor comenta que o Código confirmou a primazia da audiência sobre o expediente investigativo quando fez cento e oito referências ao primeiro termo e apenas oito referências ao segundo. Estaria

consolidada, pois, a ideia de que o processo é o ambiente natural de produção do conhecimento que embasará a decisão penal.

A restrição para antecipação da prova estabiliza a fronteira epistêmica que deve separar a investigação do processo. A etapa preparatória deve colher evidências, como mencionado anteriormente. Ocorre que esse limite não foi elevado à condição de regra absoluta. As provas urgentes ou irrepetíveis reclamam medidas cautelares.

Nessa perspectiva, o novo Código autoriza a antecipação da prova quando o tempo possa afetar sua qualidade, frustrar a sua realização ou prejudicar a sua eficácia nos termos previstos no artigo 213. O artigo 214 assegura o contraditório e aplicação das regras inerentes àquele meio de produção de prova que está sendo antecipado, ressaltando a possibilidade de retardar a comunicação a parte contrária, quando houver risco para a eficácia da diligência. Contudo, nesse caso, a parte terá a oportunidade de complementar a prova ou apresentar a contra-prova na fase processual oportuna.

Como visto, a cautelaridade recebeu tratamento adequado na reforma processual.

O registo formal de abertura do procedimento investigativo, com a notificação do investigado e a subsequente permissão de acesso à investigação constituiriam, igualmente, medidas imprescindíveis para se assegurar o controle da investigação. Ninguém exerce esse controle melhor do que o investigado e seu defensor. Ciente de que há uma apuração em andamento, estarão atentos ao prazo, à conformidade das diligências, à preservação de direitos constituídos e em condição de se opor a eventual excesso.

Não obstante, paralelamente à possibilidade de controle direto pelo investigado e seu defensor, o controle formal pela justiça se revela de fundamental importância. Investigação não formalizada e não sujeita a mecanismos de controle remete ao obscurantismo inquisitório. E o obscurantismo é incompatível com a fiscalidade democrática.

Com efeito, o Código atual não exige que se registre formalmente o ato de abertura do expediente, nem prevê que o investigado seja notificado do início de uma investigação.

No campo teórico, porém, Gonzalo Fernandez (2017:135-136) sustenta que o Ministério Público está obrigado a fazer a notificação, tão logo receba uma notícia de crime. O autor explica que o artigo 7.2 do novo Código de Processo Penal lhe garante o direito de ser assistido por defensor desde o início da “*indagatoria preliminar*”. E comenta que, segundo o artigo 72.1, a designação de defensor deve ocorrer antes de qualquer diligência indagatória não considerada urgente.

Naturalmente, é preciso concordar com o processualista. Só se preservam esses dois direitos quando a pessoa apontada como possível autor da infração, pelo noticiante, toma ciência de que foi instaurada uma apuração contra ela. Decerto, não havendo atribuição de autoria na comunicação, a notificação ficaria prejudicada. Entretanto, as primeiras evidências que permitem identificar quem praticou o fato restauram os direitos descritos acima, fazendo com que a notificação seja compulsória.

Deve-se observar que artigo 71.4 do Código vem em apoio à obrigatoriedade da notificação, ao dispor que o defensor tem o direito de conhecer as diligências cumpridas ou que estejam em fase de cumprimento no processo, desde a “*indagatoria preliminar*”, devendo o Juiz assegurar a aplicação desse princípio, sem prejuízo de medidas urgentes e sigilosas. Com certeza, esse conhecimento se potencializa com a notificação.

Apesar da controvérsia sobre a notificação do investigado, há norma expressa regulando o acesso à investigação. Qualquer pessoa que se considere afetada por uma investigação, mesmo pendente de formalização, poderá solicitar ao Juiz que o Ministério Público preste informações sobre os fatos investigados e até mesmo que fixe prazo para a formalização (artigo 264.6).

É fato, no entanto, que sem notificação obrigatória, muito raramente o investigado toma conhecimento da abertura de um expediente. Consequentemente, aquele direito de solicitar informações sobre uma investigação não formalizada pode recair no vazio. Sem dúvida, o ideal seria que, ao tomar conhecimento da existência de um delito, com indícios de autoria, o Ministério Público formalizasse a abertura do procedimento e delimitasse o seu objeto, para, em seguida, proceder à

notificação do investigado. Vale insistir: inexistente medida de controle mais contundente do que o acompanhamento direto pelo investigado e seu defensor.

Por óbvio, esse acesso à investigação não é irrestrito. É possível invocar o sigilo, no primeiro momento, para se garantir o sucesso de uma diligência (artigo 259.3). Contudo, o sigilo depende de autorização judicial e tem validade por um período de quarenta dias. Excepcionalmente, poderá haver prorrogação desse prazo, por no máximo seis meses, desde que o Ministério Público demonstre fundamentadamente sua necessidade.

A limitação de duração do sigilo demonstra que, uma vez executada a medida e alcançado o objetivo, o direito de consultar o material produzido na apuração deve ser restabelecido. Seguramente, a legislação encontrou o ponto de equilíbrio entre a necessidade concreta de se garantir a eficácia de uma medida e o direito de acesso do investigado.

No Uruguai, o controle judicial das atividades desenvolvidas na investigação ocorre depois que já se reuniram as primeiras evidências. Segundo o artigo 266, subsistindo elementos objetivos suficientes que indiquem a prática de um delito e a identificação dos possíveis responsáveis, o Ministério Público deverá formalizar a investigação, solicitando a designação de uma audiência de formalização.

Nessa audiência, o órgão responsável pela acusação deverá promover uma exposição circunstanciada do fato e da responsabilidade do investigado, indicar as normas aplicáveis, apresentar os meios de prova coletados e propor medidas cautelares quando entender que são pertinentes. Em respeito ao contraditório, as partes e a vítima são ouvidas na audiência. Ao final, o Juiz decide sobre a formalização da investigação, sobre os pedidos cautelares do *Parquet* e sobre eventuais pedidos formulados pelas partes.

Percebe-se, então, que até a audiência de formalização a investigação não se submete ao controle judicial. Importante reconhecer que há mérito inquestionável na previsão de uma audiência específica para se promover esse controle. E que, sem evidências mínimas, fica difícil exercê-lo. Com foco na realidade, entende-se que existe um tempo

mínimo para solicitar ao Juiz a formalização do expediente. Nesse ponto, não há qualquer ressalva.

Todavia, a lei processual penal uruguaia poderia ter instituído um registro para demarcar a abertura da investigação³ e poderia ter determinado a notificação do investigado. Essas medidas não comprometeriam a efetividade da “*indagatoria preliminar*”, mas reforçariam a fiscalização das atividades desenvolvidas até a audiência de formalização da investigação.

O novo Código impôs o dever de “*descargo*” ao Ministério Público, estabelecendo que o investigado pode requerer diligências que considere pertinentes e úteis para a apuração (artigo 260)⁴. Em caso de negativa, o investigado pode recorrer ao órgão jurisdicional e seu pedido será analisado em audiência (artigo 260.3).

Gonzalo Fernandez (2017:123) comenta que o dever de “*descargo*” se justifica porque a cognição desenvolvida durante a investigação precisa resultar na ulterior iniciação do processo ou no arquivamento. Nesse sentido, as diligências de interesse da defesa podem contribuir para alcançar uma de suas finalidades, o sobrestamento.

Os motivos que autorizam o arquivamento da investigação explicam o dever de “*descargo*”. A inexistência de prova plena sobre a ocorrência do fato ou da participação do investigado, assim como a prova de atipicidade ou da incidência de excludentes de ilicitude e de culpabilidade (artigo 130) impedem a instauração do processo. Importante perceber que essas hipóteses constituem matéria de defesa e podem ser objeto de prova, logo na fase de investigação, quando o defensor vislumbra a possibilidade de arquivamento.

Em relação ao sobrestamento, há uma situação que merece ser destacada. É a vítima quem deve se opor ao arquivamento (artigo 129.2). Se ela não se opõe, o Tribunal deve acatá-lo definitivamente (artigo

³ Poderia adotar a Portaria brasileira que registra a instauração do procedimento investigativo.

⁴ O artigo também garante à vítima o direito de requerer diligências na investigação. Como se sabe, o resgate da vítima é uma das preocupações do processo penal de índole não inquisitória.

129.3). Esses dispositivos retiram do Juiz aquele vício inquisitório que lhe permitia exercer o controle sobre a iniciativa acusatória⁵.

A questão do sigilo foi antecipada quando se comentou o acesso à investigação. Complementando o que foi abordado anteriormente, registra-se que o Código impõe restrição de consulta a terceiros estranhos ao procedimento (artigo 259.2) e obriga os funcionários que participaram da investigação a guardarem segredo sobre seus objetos (artigo 259.6). Essas duas regras merecem elogio porque proíbem a espetacularização da investigação e a execração pública do investigado, recursos sempre presentes na simbologia inquisitória.

CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Penal do Uruguai promoveu mudanças importantes na fase de investigação, que servem de exemplo para a futura reforma brasileira.

A nova legislação afirmou o caráter indiciário da investigação, preservando a cognição processual como instância de formação do saber penal. Impôs prazo razoável para conclusão das diligências, regulou adequadamente a produção da prova cautelar, garantiu o acesso do investigado e introduziu o dever de “*descargo*”. O controle judicial foi instituído com a audiência de formalização. E o sigilo, além de provisório e restrito às situações de comprovada necessidade, foi também regulamentado para proibir a espetacularização da apuração e a execração pública do investigado.

As novidades demonstram que os uruguaios foram contemplados com uma investigação moderna, que relega ao passado a mentalidade inquisitória do antigo “*presumario*”.

⁵ Não custa lembrar que o Juiz brasileiro tem o poder de se opor ao arquivamento. Discordando, pode remeter o processo ao Procurador Geral de Justiça para que reavalie a situação e, ocasionalmente, venha a promover a acusação ou designar alguém para fazê-lo (artigo 28 do Código de Processo Penal). Essa remessa viola o princípio do Promotor Natural e a exclusividade da iniciativa acusatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNANDEZ, Gonzalo D. *Los principios generales del proceso penal acusatorio. Luces y Sombras*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

NICORA, Guillermo. La investigación preparatoria en el nuevo Código de Proceso Penal. In: *Código de Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Coord. Santiago Pereira Campos. Leonel González Postigo. Gonzalo Rúa. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2018.

CAMPOS, Santiago Pereira. *Roles de los sujetos y principales estructuras del nuevo sistema de proceso pena*. In: *Código de Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Coord. Santiago Pereira Campos. Leonel González Postigo. Gonzalo Rúa. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2018.

SISTEMA URUGUAIO DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: UMA BREVE EXPOSIÇÃO LEGAL

Leonardo Marcondes Machado¹

INTRODUÇÃO

Desde meados dos anos oitenta, tem-se visto na América Latina um processo gradual e crescente de significativas mudanças no campo do processo penal, orientadas a transformar os respectivos sistemas de justiça.² O mais recente país latino americano a buscar um modelo processual de viés acusatório foi o Uruguai.

Nesse sentido, importante analisar, mesmo que de forma sucinta, nos limites estreitos deste artigo, os principais dispositivos atinentes à nova sistemática uruguaia de investigação preliminar.

1 A TITULARIDADE MINISTERIAL

A partir da reforma processual penal estabelecida pela Lei n. 19.293 de 2014, com vigência iniciada em 01 de novembro de 2017, o Ministério Público assumiu a titularidade da investigação preliminar (arts. 43.1 e 45, “a”, do CPP); lugar antes ocupado pela autoridade judicial no sistema inquisitório. Os órgãos policiais (Polícia Nacional,

¹ Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC. Graduado em Direito pela UPM. Professor de Direito Processual Penal e Criminologia na UNIDAVI/SC e ACADEPOL/SC. Professor em Cursos de Pós-Graduação na ABDConst, ACE-FGG e CESUSC. Delegado de Polícia Civil em Santa Catarina. Contato: www.leonardomarcondesmachado.com.br.

² CAMPOS, Santiago Pereira; QUINTANA, Jaime Arellano. Presentación de la Publicación. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RUA, Gonzalo (coord.). *Código Del Proceso Penal. Reflexiones sobre El Nuevo Sistema Procesal Penal en Uruguay*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2018, p. 07.

Prefectura Nacional Naval y Policía Aérea Nacional), em suas respectivas esferas de atribuição, passaram a auxiliares do Ministério Público nas tarefas de investigação (art. 49 do CPP).

O Código, aliás, dispõe expressamente que os policiais devem executar as atividades investigativas criminais sob a direção e responsabilidade dos promotores/ *fiscales* (art. 50 do CPP). Fica claro, portanto, que o Ministério Público se constitui como órgão de coordenação da investigação preliminar enquanto a Polícia como órgão de execução.

2 O PROCEDIMENTO: NOÇÕES GERAIS

A fase investigativa, chamada de *indagatoria preliminar*, assume natureza tipicamente administrativa (não judicial/prévia ao processo penal) e um caráter desburocratizado (distinto das formas processuais), na linha proposta por Binder.³

Frise-se que, segundo a lei processual, os atos de investigação não se integrarão em nenhum caso ao processo, exceto quando praticados com a intervenção do órgão jurisdicional (art. 259.1 do CPP),⁴ ou seja, quando assumirem a natureza de atos de prova (*prueba anticipada* - arts. 213 e ss. do CPP).⁵ A lei veda ao magistrado, o qual assume um papel de juiz de garantias nessa fase da persecução penal, que consulte a pasta investigativa ministerial. Nesse sentido, as decisões judiciais devem ser tomadas, em regra, a partir das alegações orais das partes submetidas a contraditório em sistema de audiências (art. 264 do

³ BINDER, Alberto. El juez en los procesos penales reformados. In: Asociación de Magistrados del Uruguay. *Estudios sobre El Nuevo Proceso Penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 13.

⁴ “(...) el principio general es que esta actividad desarrollada en la indagatoria preliminar, sin intervención del juez, carece de todo valor probatorio y no debiera incidir en el proceso” (CAMPOS, Santiago Pereira. Roles de los Sujetos y Principales Estructuras del Nuevo Sistema Procesal Penal. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RUA, Gonzalo (coord.). *Código Del Proceso Penal. Reflexiones sobre El Nuevo Sistema Procesal Penal en Uruguay...*, p. 47).

⁵ “La investigación preliminar, en puridad, no integra el proceso penal (apesar de estar incluida en el Libro II del C.P.P. que regula el proceso de conocimiento). Las evidencias que recolecta el fiscal no constituyen prueba salvo que se hayan recibido con el contralor de la contraparte y la intervención del Juez” (CARRERAS, Beatriz Larrieu de Las. *La actuación del juez en el nuevo proceso penal...*, p. 284).

CPP). Há, portanto, uma separação, ao menos legal, que visa preservar ao máximo (possível) a originalidade cognitiva do julgador do caso penal (juízo oral).

Quanto à “desburocratização”, vale destacar que no modelo uruguaio não existe propriamente um auto de investigação preliminar, e sim uma pasta/*carpeta investigativa* a cargo do Ministério Público, na qual devem constar os registros da investigação preliminar, porém sem rito solene algum, exceto normas internas de organização (art. 264 do CPP).

Outra situação que merece destaque é a própria estrutura dessa fase informativa prévia ao processo penal. No modelo uruguaio essa etapa investigativa criminal divide-se em dois momentos: a investigação preliminar desformalizada e a investigação preliminar formalizada. Na primeira, sem prazo específico de conclusão, tem-se o início das apurações em torno de uma possível materialidade e autoria criminosa. Já no segundo momento, com prazo legal de encerramento, existem elementos objetivos suficientes quanto à materialidade e autoria delitiva, o que permite a formulação concreta (ou individualização) de uma hipótese investigativa.

Segundo o Código, a formalização da investigação deverá ocorrer por meio de audiência a ser convocada pelo juízo a pedido do Ministério Público (art. 266.1 do CPP). Nessa audiência caberá ao fiscal/promotor comunicar ao imputado, na presença de seu defensor, do juiz e da vítima (se houver e comparecer), a respeito do objeto específico da investigação e de sua vinculação criminal na espécie.

O Ministério Público deverá relatar, de modo claro e compreensível, os fatos que se atribuem ao imputado, as evidências recolhidas durante a investigação preliminar (desformalizada) e a correspondente qualificação jurídica.⁶

Em se tratando de imputado detido por fato a respeito do qual pretende o órgão ministerial formalizar a investigação, o seu requerimento deve ser imediato ao Poder Judiciário, e a respectiva audiência deverá

⁶ CARRERAS, Beatriz Larrieu de Las. *La actuación del juez en el nuevo proceso penal...*, p. 290.

ocorrer no prazo máximo de 24 horas após a detenção (artigo 266.4 do CPP). Nos demais casos (investigado em liberdade), a audiência poderá se dar em até 20 dias após a solicitação ministerial (artigo 266.5 do CPP).

Vale destacar que nessa audiência, em que pode ser ouvida, além das partes, a própria vítima, o juiz decidirá a respeito da legalidade da detenção (no caso de imputado detido), da admissibilidade do requerimento de formalização da investigação, bem como sobre o pedido de medidas cautelares formulado pelo acusador ou pela vítima (art. 266.6 do CPP).

Requerimento de cautelares a ser apreciado pela autoridade judicial em face dos argumentos apresentados pelas partes à luz das informações contidas na “carpeta de investigación llevada por el Ministerio Público y siempre que hubiere sido controlada por la defensa”, conforme expressa previsão legal. O Código possibilita, ainda, em caráter excepcional, a produção de elementos probatórios em audiência com o fim específico de subsidiar a decisão judicial cautelar. Necessário, contudo, pedido da defesa a esse respeito e demonstração do caráter de imprescindibilidade probatória (art. 266.6 do CPP). Por óbvio, a diligência instrutória requerida pela defesa não pode versar sobre elemento já contido na carpeta investigativa ministerial.

Registre-se que um dos efeitos principais da solicitação de formalização da investigação consiste na suspensão do curso da “*prescripción de la acción penal*” (art. 267 do CPP). Serve também para a contagem do prazo máximo de duração da investigação, que não poderá, em regra, superar um ano a partir da formalização; em casos excepcionais, o promotor/*fiscal* poderá solicitar ao juiz a ampliação desse lapso temporal (art. 265 do CPP).

Em tempo, vale mencionar que, desde a formalização da investigação e durante o prazo disponível para acusação, as partes podem estabelecer soluções negociadas (*proceso abreviado* – arts. 272 a 273) ou

saídas alternativas ao processo (*suspensión condicional del proceso* – arts. 383 a 392).⁷

3 AS POSSIBILIDADES (LIMITADAS) DA DEFESA

Embora de maneira bastante tímida, há singela referência à possibilidade de a defesa “armar su próprio legajo de investigación” (art. 264 do CPP). Para além dessa menção a uma suposta investigação defensiva, o Código assegura ao imputado e ao seu defensor certo direito à participação informativa na investigação pública.

Nesse sentido, estabelece que, em face da recusa da promotoria/*fiscalia* na implementação de uma diligência solicitada pelo imputado ou por sua defesa no contexto investigativo ministerial, torna-se possível um pedido de intervenção judicial, o que apreciado em audiência pública e oral. Caso a autoridade judicial concorde com a tese defensiva a respeito da pertinência e utilidade da diligência informativa requerida para o esclarecimento dos fatos investigados pelo Ministério Público, ordenará ao órgão ministerial que lhe dê cumprimento, ou seja, que efetive a diligência de interesse do imputado (art. 260 do CPP).

Ainda nessa seara de direitos defensivos na *indagatoria preliminar*, garante-se a qualquer pessoa que se considere afetada por uma investigação pública não formalizada judicialmente que se valha do Poder Judiciário para obrigar o Ministério Público a informar acerca dos fatos que foram (ou são) objeto dessa apuração preliminar. Também poderá o juiz fixar um prazo para que a promotoria/*fiscalia* formalize a investigação (art. 264 do CPP).

4 EXCEÇÕES À OBRIGATORIDADE

Por fim, vale destacar as exceções legais ao princípio da obrigatoriedade processual penal na fase investigativa. O Código prevê que o promotor/*fiscal* poderá não iniciar ou dar por encerrada a investigação

⁷ CARRERAS, Beatriz Larrieu de Las. *La actuación del juez en el nuevo proceso penal...*, p. 282.

diante de fatos atípicos penalmente, hipóteses excludentes da ilicitude, causas extintivas da punibilidade ou por ausência de viabilidade concreta de apuração. Quanto a última hipótese, que corresponde a uma preocupação com a utilidade concreta (ou eficácia operativa) da investigação criminal, assim dispõe a legislação uruguaia: “El fiscal podrá abstenerse de toda investigación, o dar por terminada una investigación ya iniciada (...) si las actuaciones cumplidas no hubieren producidos resultados que permitan la continuación útil de la indagatoria” (art. 98.1 do CPP).

Por evidente, essa decisão ministerial deve ser fundamentada e comunicada aos interessados diretos naquela apuração criminal, a saber, o noticiante e a vítima identificada (quando essa não seja a responsável pela própria notícia crime). Ambos terão legitimidade para provocar o órgão jurisdicional no sentido de determinar (ou não) o reexame do caso à instância ministerial superior/*por el fiscal subrogante* (art. 98.2 do CPP), ao qual caberá a decisão final (art. 98.4 do CPP).

Importante sublinhar que essa decisão ministerial que excepciona a obrigatoriedade investigativa criminal não impede sua revisão diante de novos fatos ou informações (art. 99 do CPP).

Em tempo, vale citar que o Código uruguaio prevê, ainda, outras situações para o afastamento da investigação preliminar, as quais listadas como hipóteses de incidência do “princípio da oportunidade” processual, senão vejamos: “a) cuando se trate de delitos de escasa entidad que no comprometan gravemente el interés público, a menos que la pena mínima supere los dos años de privación de libertad, o que hayan sido presumiblemente cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones; b) si se trata de delito culposo que haya irrogado al imputado una grave aflicción, cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que derivan de la aplicación de una pena; c) si hubieren transcurrido cuatro años de la comisión del hecho y se presume que no haya de resultar pena de penitenciaría, no concurriendo alguna de las causas que suspenden o interrumpen la prescripción” (art. 100 do CPP).

ENFIM...

Muito embora sem qualquer pretensão de aprofundamento quanto à cultura e prática processual estrangeira ou intenção de formular um estudo de direito comparado, bem longe disso tudo, a exposição desses poucos dispositivos legais sobre a investigação preliminar uruguaia servem apenas para chamar nossa atenção às reformas processuais penais ocorridas no contexto latino americano, em relação às quais o Brasil mostra-se completamente distante em termos de padrão acusatório ou adversarial. Por aqui, a moda continua sendo importar institutos *à la carte*, sem qualquer preocupação sistemática processual, numa espécie de “americanização à brasileira”⁸.

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Delação Premiada no Limite: a controversa justiça made in Brazil*. 01 ed. Florianópolis: Emais, 2018.

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO NA REFORMA URUGUAIA

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho¹

INTRODUÇÃO

O processo penal uruguaio passou por uma profunda reformulação, especialmente após várias condenações que atingiram o país pela sua omissão em proporcionar um sistema processual democrático².

A Lei nº 19.293, de 19/12/2014 – Código del Proceso Penal, que entrou em vigor recentemente, em 1º/11/2017, transformou o velho sistema processual e inquisitivo, consagrando os princípios da oralidade, da publicidade, de imediação e de oportunidade regrada, que são corolários do sistema acusatório, todos eles adotados expressamente pelos artigos 9º e 12 do vigente Código de Processo Penal.

O artigo 12 ainda consagra o princípio de igualdade das partes.

O objetivo deste trabalho é confrontar os princípios acima referidos, bem como os marcos gerais do novo Código, com o disposto nos seus artigos 262 e 263, com o objetivo de verificar se a obrigação de o imputado (investigado) comparecer na presença do ministério público, até mesmo mediante condução, viola o princípio da isonomia; bem como se esse princípio vige também na fase de investigação.

¹ Desembargador aposentado do TJRJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da UERJ. Pós-doutor pela Universidade de Coimbra, doutor pela UERJ e mestre pela PUC-RJ.

² CHEDIAK, Jorge, e NICASTRO, Gustavo. Cuestiones de interés y reflexiones de cara a la implantación del nuevo C.P.P. In: CAMPOS, Santiago Pereira *et ali* - *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay*. INCEP – Instituto de estudios comparados em ciências penales y sociales. CEJA-JSCA: Montevideú, 2018.

Os dispositivos referidos e que interessam à presente pesquisa são os seguintes:

Artículo 262 (Formas de comparecencia del imputado ante el fiscal)

262.1 Durante la investigación preliminar, el imputado deberá comparecer ante el fiscal cuando este lo disponga.

262.2 Si no comparece voluntariamente, el fiscal podrá solicitar al juez que ordene su conducción.

262.3 Cuando el imputado se encuentre privado de su libertad, el fiscal solicitará al juez su conducción, toda vez que ello sea necesario a los fines de la investigación.

Artículo 263

263.1 Cuando el imputado comparezca ante el fiscal, deberá hacerlo asistido de defensor. Si se trata de su primera declaración, antes de comenzar el interrogatorio, el fiscal le comunicará detalladamente el hecho presuntamente delictivo que se le atribuye, los resultados de la investigación en su contra y su derecho a no declarar.

1 OS MARCOS PRINCIPIOLÓGICOS DO NOVO CÓDIGO

Não há dúvida que o Código de Processo Penal uruguaio logrou estabelecer um processo penal democrático com igualdade entre as partes processuais. A premissa dessa igualdade é a concepção do caso penal como um conflito de partes (conflito primário) e, não, como uma infração à lei (conflito secundário)³.

Nessa concepção, as partes podem introduzir a informação que julgarem importante para o deslinde do caso, assumindo, o juiz, a função de garantidor do cumprimento das regras constitucionais e processuais, sem gerir os interesses das partes⁴, isto porque, como assinada Gonzalo Rúa, *“una verdadera igualdad de partes es una condición*

³ RÚA, Gonzalo – *El Juicio Oral en el Código del Proceso Penal de Uruguay, desde una mirada adversarial*, in CAMPOS, Santiago Pereira et alii - *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay*. INCEP – Instituto de estudios comparados em ciências penales y sociales. CEJA-JSCA: Montevideo, 2018.

⁴ *Ibidem*.

*mínima para poder potenciar el contradictorio sobre la información que se presenta en juicio oral*⁵.

Para tanto, além de dotar o ministério público de estrutura suficiente para a investigação, o Código também assegura a faculdade de o investigado investigar, bem como o direito de ser informado sobre uma investigação sobre a sua pessoa:

Artículo 264

...

La defensa podrá armar su propio legajo de investigación, el que no será público.

Cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijar un plazo para que formalice la investigación.

Desse modo, o Código assume que o ministério público é parte (artigo 45.2) e que deve atuar submetido aos princípios da legalidade, da objetividade e da boa-fé. Suas manifestações devem ser fundamentadas (artigo 45), sob pena de responsabilidade administrativa⁶.

Essa posição de parte processual foi dotada com o princípio da oportunidade regrada. Não só se lhe permite encerrar uma investigação, ou sequer iniciá-la, quando, provavelmente, não se puder chegar a uma condenação (artigo 98), como prescindir do exercício da ação penal por razões de política criminal e de oportunidade: criminalidade de bagatela; nos crimes culposos quando a pena estatal não dever se sobrepôr ao sofrimento causado pela infração ao próprio imputado; quando decorrer 4 anos ou mais do cometimento do crime e não for provável a imposição de pena corporal em penitenciária (falta de necessidade da pena) (artigo 100)⁷.

⁵ *Ibidem*, p. 225.

⁶ CAMPOS, Santiago Pereira. Roles de los sujetos y principales estructuras del nuevo Sistema Procesal Penal. In: CAMPOS, Santiago Pereira *et ali* - *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. INCEP – Instituto de estudios comparados em ciências penales y sociales. CEJA-JSCA: Montevideú, 2018.

⁷ CHEDIAK, Jorge, e NICASTRO, Gustavo. *Op.cit.*

Nesse modelo epistemológico, o juiz fica preservado de participar do jogo processual de busca da verdade⁸. Para tanto, o Código estabelece que o juiz que determinar medidas cautelares não poderá participar do julgamento; não poderá produzir prova; só poderá fazer perguntas aclaratórias, ou seja, não ampliatórias; não poderá determinar medidas cautelares ou mesmo pena sem pedido do ministério público⁹. Resumindo e usando as palavras de Patricia Marquisá Horgales: “...reservando al juez solo su función natural de juzgar e ser el garante de los derechos de los intervinientes en el proceso”¹⁰.

E, para julgar, o Código assume que o juiz deve ser afastado das funções administrativas. Os tribunais são dotados de um corpo administrativo encarregado de fazê-lo, para que o juiz somente decida. Nem mesmo a agenda do tribunal fica a sua disposição: é o sistema informatizado que designa as audiências. Para Gonzalo Rúa, “es preciso potenciar la división de funciones administrativas de las estrictamente jurisdiccionales”¹¹.

A ele cabe somente decidir. E para decidir, o Código estabelece um procedimento por audiências. Todas as decisões são tomadas em audiência. O tribunal que julgará o caso só recebe um auto preparado pelo juiz que presidiu a audiência intermedia (ou de preparação para o júri oral), sem estar acompanhado de qualquer dos elementos de

⁸ Alberto Binder percebeu a relação entre democracia e sistema acusatório, de um lado, e autoritarismo e sistema inquisitivo, de outro, relacionando, ambos à legitimidade da jurisdição penal e o papel do juiz em relação à verdade. Para ele, a legitimidade do juiz em uma República Democrática é construída pelo compromisso deste com a verdade, mas exigindo-a dos acusadores, enquanto que, no modelo inquisitorial-autoritário, o juiz utiliza a ideia de verdade como “motor de búsqueda”, o que lhe permite “saltar por encima de las condiciones del litigio, en busca de la verdad material o de la verdad histórica” (BINDER, Alberto M. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Editora Ad Hoc, 2002, p. 231-232).

⁹ CAMPOS, Santiago Pereira. *Op.cit.*

¹⁰ *La Fiscalía. La investigación y el nuevo rol fiscal*, p. 119/120, in CAMPOS, Santiago Pereira et al - *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. INCEP – Instituto de estudios comparados em ciências penales y sociales. CEJA-JSCA: Montevideú, 2018.

¹¹ *Op. cit.* O autor vai mais longe. Afirma que “el mantenimiento de la agenda por parte de los jueces les permite seguir utilizando a su antojo el funcionamiento de la justicia, disimulando su inoperancia a través de la usurpación de funciones meramente administrativas” (p 229).

convicção que as partes tenham produzido, que ficam em poder delas mesmas e, não, do tribunal. Estas audiências seguem o princípio da autossuficiência: elas não dependem de nenhuma providência da audiência anterior, de modo que o juiz que a estiver presidindo deve decidir com os elementos que as partes produzirem em sua presença¹².

2 A CONDUÇÃO DO INVESTIGADO

Dentro desses marcos epistemológicos é que se propõe o problema de compatibilidade do artigo 262 do novo Código: a condução do investigado até a presença do titular da ação penal, ou seja, da parte Ministério Público.

Veja-se que o artigo 262 não limita a condução a algum ato de investigação em que sua presença seja relevante, como o reconhecimento. Ao contrário, o artigo seguinte refere-se ao comparecimento para prestar declarações.

Ora, num processo de partes, com paridade processual, causa surpresa que uma das partes disponha da presença da outra, especialmente sob condução judicial. Ainda que se diga que o princípio da isonomia só se aplique às partes e que na fase de investigação não há partes, é evidente que sua aplicabilidade se estende à investigação, quando uma das partes pretende dispor sobre a liberdade da outra para o fim de trazê-la a sua presença para prestar declarações.

A concepção de um sistema processual, ou pré-processual, baseado no princípio da dignidade (artigo 3º), além do da igualdade, impõe um sistema processual radicalmente democrático, o que conforma a atividade das partes a um perfil também democrático, ainda que na fase investigatória. Atribuir a uma das partes o poder de submeter a outra é desfigurar a opção democrática eleita pelo código uruguaio.

Pelos mesmos fundamentos não se pode impor ao réu ou ao indiciado, em processo penal ou em fase prévia, o ônus de prestar declarações perante a parte que será autora em eventual demanda. É o que acontece, e com maior gravidade, no sistema processual português, em que o Ministério Público, titular da investigação criminal, pode intimar o

¹² CAMPOS, *op. cit.*

indiciado para prestar declarações, bem como pode determinar sua detenção para trazê-lo a sua presença.¹³ O código uruguaio, felizmente, não chega a tanto, mas também não está isento de um deficit de democrático neste particular.

Cumprе lembrar que uma das mais contundentes críticas ao sistema acusatório norteamericano é justamente o desequilíbrio verificado entre as partes. Em razão de vigorar, naquele país, uma discricionariedade ministerial amplíssima (*prosecutorial description*), com larga possibilidade de acordos sobre a pena e sobre o tipo penal, e em razão das penas mínimas altíssimas, réus inocentes acabam confessando crimes que não praticaram por receio de sofrerem penas muito maiores. A advertência é o Juiz Jed S. Rakoff¹⁴.

Voltando ao sistema uruguaio, não será surpresa ocorrer que o ministério público, valendo-se da prerrogativa de obter a condução coercitiva de um investigado e da fragilidade psicológica que esse ato violento nele produz, proponha um acordo não muito vantajoso ao imputado, que, para quedar-se livre da coerção, acabe aceitando-o, mesmo na presença de seu defensor.

¹³ Cumprе esclarecer que a posição institucional do Ministério Público no sistema português é completamente diferente da brasileira, já que, naquele, é considerado uma autoridade judiciária. Para mais detalhes: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de *et alli* – Processo Penal do Brasil e de Portugal – Estudo Comparado e as Reformas Portuguesa e Brasileira, Ed. Almedina: Coimbra, 2008.

¹⁴ *Why Innocent People Plead Guilty*, *The New York Review of Books*, November 20, 2014, issue. O autor esclarece a sua conclusão: *But what really puts the prosecutor in the driver's seat is the fact that he—because of mandatory minimums, sentencing guidelines (which, though no longer mandatory in the federal system, are still widely followed by most judges), and simply his ability to shape whatever charges are brought—can effectively dictate the sentence by how he publicly describes the offense. For example, the prosecutor can agree with the defense counsel in a federal narcotics case that, if there is a plea bargain, the defendant will only have to plead guilty to the personal sale of a few ounces of heroin, which carries no mandatory minimum and a guidelines range of less than two years; but if the defendant does not plead guilty, he will be charged with the drug conspiracy of which his sale was a small part, a conspiracy involving many kilograms of heroin, which could mean a ten year mandatory minimum and a guidelines range of twenty years or more. Put another way, it is the prosecutor, not the judge, who effectively exercises the sentencing power, albeit cloaked as a charging decision.*

Para prevenir tal possibilidade, ainda que seja remotíssima, não se pode permitir que uma parte seja levada a presença da outra, sob condução, a não ser para o ato do reconhecimento por parte de uma suposta testemunha.

O sistema acusatório deve vir acompanhado de vedação de qualquer possibilidade de uma parte se sobrepor a outra.

CONCLUSÃO

O avanço do sistema processual penal uruguaio é inegável. Seu sistema processual é dotado de disposições visivelmente democráticas.

No entanto, a possibilidade de a parte ministério público dispor sobre a presença do investigado, até mesmo mediante condução coercitiva deferida pelo juiz, retém uma reminiscência do modelo inquisitorial, da supremacia da parte estatal sobre o investigado e do conflito como uma infração à lei.

Em conclusão, os artigos 262.1 e 262.2 não parecem compatíveis com o modelo processual adotado pelo Código de Processo Penal uruguaio.

INDAGATORIA PRELIMINAR: APONTAMENTOS SOBRE O MODELO URUGUAIO DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Luiz Fernando de Vicente Stoinski¹

INTRODUÇÃO

Durante os dias 15 e 16 de novembro de 2018, um grupo de professores e juristas brasileiros se reuniram em Montevideu, Uruguai, sob organização do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e do Observatório da Mentalidade Inquisitória, para conhecer e estudar o Novo Código de Processo Penal Uruguaio.

À esteira do ocorrido em 2016, quando muitos professores desse mesmo grupo tinham viajado ao Chile para também conhecer e estudar o Código de Processo Penal daquele país, houve a possibilidade ver, *in loco*, a reforma que havia entrado em vigor há pouco mais de um ano no Uruguai.

Dentre os países da América Latina que modificaram seu sistema processual penal, abandonando o princípio inquisitivo, o Uruguai foi o último país a inaugurar um sistema processual penal acusatório (adversarial), fundado, principalmente, na oralidade.

Enquanto o Brasil, mesmo após a Constituição de 1988, ainda possui seu Código de Processo Penal como fruto do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, com forte inspiração no Código Rocco italiano, de 1930, o Uruguai deu um passo à frente, seguindo o movimento

¹ Advogado, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal e Mestrando em Filosofia pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste), Campus de Toledo.

já ocorrido em outros países latino-americanos, sendo o Brasil o único país que ainda insiste num sistema de bases inquisitivas.

Não é de hoje que se sabe da necessidade de um novo Código de Processo Penal no Brasil, alinhado com a Constituição. Todavia, mesmo com os esforços da Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal, que resultou no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156/2009, não há expectativa de quando o texto passará por todo o processo legislativo e será encaminhado para sanção presidencial.

No presente trabalho, serão feitos apontamentos ao novo modelo de investigação preliminar uruguaio, que constitui uma importante engrenagem do sistema que entrou em vigor.

1 APONTAMENTOS SOBRE A INDAGATORIA PRELIMINAR

A investigação preliminar constitui uma fase importante da persecução penal, pois é através dela que, mediante atos de investigação, serão colhidos os elementos de autoria e materialidade suficientes para subsidiar o órgão estatal com incumbência da promoção da ação penal. Mas não apenas para dar azo a ação penal se presta a investigação preliminar, pois, muitas vezes, é também a partir dela que, antes mesmo da ação penal, decreta-se medidas cautelares, como a mais severa delas: a prisão preventiva.

Por esse motivo é que, num sistema de garantias, deve-se dar total atenção à investigação preliminar. Não é à toa que, quando se encaminhou o anteprojeto de lei do Novo Código de Processo Penal à Assembleia Geral, o Poder Executivo Uruguaio, na exposição de motivos, esclareceu-se que a transformação da *indagatoria preliminar* era um dos pilares da reforma que se pretendia realizar.

O objetivo da investigação preliminar na legislação uruguaia não difere muito do que se tem em relação ao inquérito policial no Brasil, uma vez que a *indagatoria preliminar*, conforme Méndez Duarte, *apud* Fernández, constitui “*el momento procesal donde el órgano requirente (Ministerio Público) debe reunir los elementos necesarios para arribar a un acto conclusivo, que puede ser la acusación o el pedido de*

sobreseimiento del imputado”.² Isso também está expresso no *artículo* 259.1 do Código de Processo Penal Uruguaio, que assim dispõe:

259.1 La actividad desarrollada em la indagatoria preliminar para *reunir medios de prueba que posibiliten la ulterior iniciación del proceso* no se integrará em ningún caso a este, salvo cuando hubiera sido dispuesta con intervención del tribunal. (destaque nosso)

Segundo Coutinho “A par da *gestão da prova* não estar nas mãos dos juízes, mas ser confiada às *partes* — aqui existentes na sua concepção mais radical —, outras características dão ao *sistema acusatório*”³. Dessa forma, no sistema acusatório, a definição clara dos sujeitos da relação processual constitui um importante passo, a fim de que acusação e defesa sejam, então, claramente definidas como partes que são e o juiz, equidistante, não tenha mais que se preocupar com a prova, mas apenas em julgar sobre aqueles fatos e provas que lhes são apresentados, num verdadeiro sistema adversarial.

Portanto, se o Ministério Público não apenas é o destinatário dos elementos colhidos em sede de investigação preliminar, mas também a parte que necessita desses mesmos elementos para formalizar a ação penal, nada mais óbvio que, no sistema acusatório, essa investigação preliminar fique sob sua responsabilidade, com o auxílio dos outros órgãos estatais. Nesse sentido é que os *artículos* 43 a 45.2 do *Código del Proceso Penal de la República Oriente del Uruguay*, ao estabelecer quais são as funções do Ministério Público e seus agentes, expressamente preveem a função de dirigir a investigação preliminar.

Essa talvez seja a espinha dorsal do novo modelo de investigação preliminar uruguaio. Sobre a definição do Ministério Público como órgão responsável pela investigação preliminar, Fernández aponta que “*aqui aparece uno de los cambios decisivos que introduce el N.C.P.P. em la*

² FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Los principios generales del proceso penal acusatorio: luces y sombras*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 119.

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Orgs.). *Observações sobre os sistemas processuais penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 52.

matéria, por cuanto le encomienda el desarrollo de la indagatoria preliminar exclusivamente al Ministerio Público".⁴

Outra questão que se apresenta como de relevo no que se refere à investigação preliminar e à delimitação de sua função está na parte final do *artículo 259.1*, supratranscrito, onde consta que em nenhuma circunstância os elementos de prova colhidos na *indagatoria preliminar* constarão do processo (salvo quando sua descoberta tenha se dado com intervenção judicial). Nesse sentido, além de reforçar o sistema acusatório e garantir maior imparcialidade do julgador, sem contaminá-lo, fica claro que os elementos informativos colhidos em investigação não são provas e, como tais, não possuem valor probante, pois que unilaterais, conforme ensina Campos, para quem "*el principio general es que esta actividad desarrollada en la indagatoria preliminar, sin intervención del juez, carece de todo valor probatorio y no debiera incidir en el proceso*".⁵

Isso quer dizer, também, que, quando o Ministério Público dá início a ação penal, esses elementos informativos constantes da fase preliminar não terão qualquer influência sobre o juiz, afastando a possibilidade de formação daquilo que Cordero, *apud* Coutinho, chama de quadro mental paranoico com o *primato dell'ipotesi sui fatti*⁶.

Toda a investigação de um possível fato criminoso e sua autoria, como explicitado, está sob responsabilidade do Ministério Público, sendo importante destacar que as evidências coletadas, quando não sujeitas ao sigilo necessário, deverão estar disponíveis tanto ao investigado e seu defensor, quanto à vítima (*artículo 260*).

⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Los principios generales del proceso penal acusatorio: luces y sombras*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 120.

⁵ CAMPOS, Santiago Pereira. Roles de los sujetos y principales estructuras del nuevo sistema procesal penal. In: Asociación del Magistrados del Uruguay. *Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 337.

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Novo Código de Processo Penal, nova mentalidade. In: SILVEIRA, Marco Aurelio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Orgs.). *Observações sobre os sistemas processuais penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade de Inquisitória, 2018, p. 258.

Veja-se que, embora todo o sistema acusatório esteja regido também pelo princípio da publicidade, durante a fase investigativa somente poderão ter acesso à *carpeta de investigación* o investigado, seu defensor ou a vítima (*artículo 259.2*).

Importante destacar que, pelo que se verifica, a reforma realizada buscou, ainda, integrar e acolher a vítima, vez que ela, assim como o investigado ou seu defensor, também pode intervir na fase preliminar, solicitando diligências que entenda pertinentes para o esclarecimento dos fatos investigados (*artículo 260*). Os direitos da vítima estão assegurados no *artículo 81* do Código de Processo Penal uruguaio.

Embora haja previsão expressa acerca dessa possibilidade de atuação das partes na fase preliminar, a realização das diligências requeridas fica a critério de conveniência do *fiscal*, que é o responsável pelos esclarecimentos dos fatos investigados. Todavia, conforme prevê o mesmo *artículo 260*, caso seja negado, o investigado ou seu defensor (e aqui, embora na redação original a vítima também estivesse inclusa, com a alteração trazida pela *Ley n° 19.549/2017* a vítima foi excluída) podem requerer ao juiz a realização de tal diligência, que decidirá em audiência oral e pública. Os atos de investigação e as diligências necessárias, em regra, não possuem forma e ordem prescritas para serem realizadas, mas devem ser registradas, formando um arquivo de investigação (uma *carpeta de investigación*), que fica sujeita a verificação e controle do investigado e seu defensor ou da vítima. Deve ainda, no arquivo de investigação, haver um registro das ações realizadas, que igualmente não possui formalidade para sua formação, mas deve apenas garantir a fidelidade e integridade das informações (*artículo 264*).

No citado *artículo 264* encontra-se ainda duas importantes previsões de garantia dos investigados: a primeira de que a defesa também pode formar seu arquivo de investigação, ou seja, o Código uruguaio prevê e permite a investigação defensiva, que não será pública; e a segunda, de que qualquer pessoa que se considere de alguma forma afetada por uma investigação, pode requerer que o juiz ordene que o Ministério Público informe acerca dos fatos objetos da investigação e ainda fixe um prazo para que se apresente a formalização da investigação (audiência de formalização).

A formalização da investigação é um marco importante no desenvolvimento da *indagatoria preliminar*. A legislação uruguaia exige que o *fiscal* solicite a formalização da investigação em um dado momento, que dar-se-á quando reunidos os elementos suficientes de materialidade e suposta autoria de crime, se se tratar de investigado solto (*artículo 266.1*); ou imediatamente, se se tratar de investigado preso pelo mesmo fato objeto da investigação (*artículo 266.4*).

A solicitação de formalização será, em regra, escrita, devendo conter a identificação do investigado e seu defensor (quando já existente), os fatos que lhe são imputados e a descrição de sua participação, a classificação jurídica do crime e das leis aplicáveis, as provas existentes, os pedidos de medidas cautelares que julga o *fiscal* serem ou não pertinentes, o pedido expresso de formalização e a assinatura do responsável pelo pedido (*artículo 262.2*). Uma vez solicitada a formalização da investigação, quando o investigado estiver solto, a audiência deverá ocorrer no prazo máximo de vinte dias (*artículo 266.5*). Quando o investigado estiver preso pelos fatos objetos da investigação, o pedido poderá ser feito oralmente, no mesmo momento da prisão, sendo que a audiência deverá ocorrer em até vinte e quatro horas (*artículo 266.4*).

O pedido de formalização da investigação não encerra a *indagatoria preliminar*, pelo contrário, tem o condão de suspender o prazo prescricional da ação penal e permite que as investigações tenham prosseguimento pelo prazo máximo de um ano, a contar da formalização da investigação. Esse prazo só pode ser prorrogado uma vez, mediante autorização do juiz, em casos excepcionais e devidamente justificados (*artículo 265*). Na audiência de formalização, além de formalmente dar-se ciência ao investigado de sua condição, o juiz resolverá as seguintes questões: verificação da legalidade da detenção (caso se encontre preso), a admissão da solicitação de formalização da investigação, os pedidos de medidas cautelares e os outros requerimentos das partes (*artículo 266.5*).

Caso durante as investigações sejam descobertos outros fatos que não aqueles constantes da formalização, cuja responsabilidade atribui-se ao investigado, deverá ser convocada nova audiência de formalização (*artículo 266.7*).

Interessante se mostra a constatação, inclusive do que se disse por ocasião da visita a um dos tribunais uruguaios, de que a audiência de formalização não pode ocorrer se a defesa do investigado não tiver tomado conhecimento prévio do teor da *carpeta de investigación*. Nesse caso, constando o juiz que o *fiscal* não oportunizou ao investigado e seu defensor o acesso aos elementos colhidos na investigação, deverá suspender a audiência e determinar o acesso da defesa a todo o conteúdo amealhado, para assim, só após dar continuidade na formalização da investigação. A formalização da investigação, ao que parece, possui natureza híbrida, ou seja, permite a continuidade da fase investigativa preliminar, mas segundo a doutrina de Campos, está inserida na fase do processo penal e não na fase administrativa⁷.

Após a formalização da investigação e a decisão acerca das medidas cautelares (se necessárias), os passos seguintes são o *sobreseimiento* (arquivamento) da investigação ou a apresentação, por escrito, da acusação, dando início a ação penal.

CONCLUSÃO

Evidente que como todo sistema, o modelo de investigação preliminar uruguaio não está imune a críticas e falhas, o que melhor se pode verificar na prática, no dia a dia, daqueles que atuam em todas as fases do processo penal.

À título de exemplo, ao fazer uma análise crítica das alterações trazidas, Fernández aponta que apesar de correta a determinação de que para muitas ações se necessite invocar o juiz, a falta de um juiz de garantias, de forma institucional, pode não conseguir evitar uma contaminação do que chamam de *tribunal de juicio*⁸.

⁷ CAMPOS, Santiago Pereira. Roles de los sujetos y principales estructuras del nuevo sistema procesal penal. In: Asociación del Magistrados del Uruguay. *Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 342.

⁸ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Los principios generales del proceso penal acusatorio: luces y sombras*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 134.

Todavía, parece que o modelo de investigação preliminar do novo Código de Processo Penal uruguaio, com o Ministério Público à frente das investigações, onde o investigado, seu defensor e a vítima podem efetuar um controle maior das atividades, com prazo definido para o término após a formalização etc., democratiza o sistema e garante o respeito aos direitos humanos e a dignidade das pessoas nele envolvidas (especialmente investigado e vítima). É difícil de estudar um sistema ou modelo jurídico de outro país sem que se faça comparações com aquilo que é objeto de nossa realidade. Veja que no Brasil há inquéritos policiais que tramitam por anos apenas entre delegacias e fóruns, sempre com solicitações de prazos, sem maiores diligências, até que a prescrição os alcance. O cidadão carrega o estigma de investigado por anos e a vítima a dor por não lograr aquilo que chama de justiça.

O projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro (PLS nº 156/2009), diferentemente do novo código uruguaio, não deixa a investigação a cargo do Ministério Público, mantendo a previsão do inquérito policial e a sua direção sob responsabilidade do delegado de polícia. No entanto, dentre as modificações que traz, cria o juiz de garantias, também dá maior participação ao investigado e a vítima nesta fase preliminar, prevê a possibilidade da investigação defensiva e igualmente fixa um prazo máximo de setecentos e vinte dias para o encerramento do inquérito policial, sob pena de arquivamento pelo juiz de garantias.

No que diz respeito a investigação preliminar, a impressão que trazemos do pouco que pudemos verificar *in loco* e das leituras e palestras assistidas é positiva. Claro, como já explicitado, somente uma vivência prática pode trazer maior compreensão das falhas e equívocos. O sistema vigente no Brasil comprovadamente não funciona, está fadado ao fracasso e à ineficiência, sendo que a aprovação do PLS nº 156/2009 é um alento para que tenhamos um sistema de garantias de acordo o resto da América Latina e mais eficiente.

A FASE INVESTIGATIVA DO PROCEDIMENTO PENAL REFORMADO NO URUGUAI: ALGUMAS COMPARAÇÕES CRÍTICAS COM O SISTEMA BRASILEIRO

Vinícius Diniz Monteiro de Barros¹

A reforma dos procedimentos penais no Uruguai deixou a cargo do Ministério Público (“Fiscalia”) a atividade investigatória, com o auxílio dos corpos policiais (artigos 43 e 45.1 a). A nova legislação extingue a figura, existente no regime anterior, do juiz investigador com auxílio da polícia. Além disso, o juiz que eventualmente haja intervindo na fase de investigação, na análise ou concessão de provimentos cautelares, fica impedido de participar das fases propriamente judiciais do procedimento de conhecimento, evitando-se a contaminação da atividade decisória por elementos investigativos, cujos efeitos devem se restringir à fase administrativa. Completando o afastamento do judiciário em relação à atividade probatória, a nova lei de procedimentos penais no Uruguai determina que “os juízes não poderão realizar atividade probatória nem incorporar de ofício evidência alguma”. (CAMPOS, 2017, P. 326-327). Neste ponto, a legislação uruguaia serve de parâmetro não apenas para a legislação brasileira, mas sobretudo para os tribunais brasileiros, com sua dificuldade radical de compreender a limitação constitucional dos efeitos de qualquer investigação penal, que redundaria na admissão, ainda hoje, de que as “provas”

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Pós-doutorando em Filosofia e Psicanálise pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia – FAJE-BH/MG. Professor concursado da PUC Minas, níveis bacharelado e especialização, e convidado da ESA-OAB/MG. Defensor Público Federal em Belo Horizonte/MG.

obtidas no inquérito policial, ainda que não ratificadas em juízo, corroborem a tese acusadora para sustentar eventual condenação².

Os fiscais (membros do Ministério Público) orientam a atividade policial quanto às diligências necessárias para o esclarecimento de condutas aparentemente delitivas. A investigação dessas condutas se inicia diante de três situações (artigo 256, Código de Processo Penal Uruguaio doravante apenas tratado como CPPU): flagrância delitiva (artigos 219 e 220, CPPU); por provocação de qualquer do povo ou representação da vítima (“denuncia o instancia”); por iniciativa do próprio Ministério Público, quando tenha tomado conhecimento do fato, desimportante o meio. A provocação de qualquer do povo (denuncia), com elementos indiciários de materialidade e autoria de crime, pode realizar-se ao servidor público policial, mas tem sempre como destinatário final o Ministério Público, e não o juiz – outra mudança em comparação com o regramento anterior. Já a representação (“instancia”), que atesta a vontade do representante na instalação de investigação e persecução penais, pode ser formalizada por escrito aos órgãos policiais ou, na forma escrita ou oral, diretamente ao Ministério Público (CAMPOS, 2017, P. 336). Mais uma vez, a reforma uruguaia coloca aquele país à frente da procedimentalidade investigativa brasileira, que ainda direciona a atividade investigativa ao juiz (artigos 10, §§ 1.º e 3.º, 13, II, e 19, Código de Processo Penal Brasileiro, doravante CPPB).

Dois resquícios de inquisitorialidade remanescem na legislação uruguaia reformada. Em primeiro lugar, não há previsão de que o investigado seja intimado logo no início da fase administrativa investigatória (“indagatoria preliminar”). Essa omissão normativa enfraquece o exercício da ampla defesa, sobretudo porque é possível que a pessoa fique submetida por longo tempo a uma investigação sem sequer o saber. Em segundo lugar, a nova lei estabelece que ao investigado e seu defensor se assegura acesso a tudo quanto for produzido na fase investigatória, mas fixa algumas reservas de sigilo temporário. Todo sigilo oficial, ainda que temporário, milita contra o balizamento e a contenção democráticos do poder estatal, logo enfraquece as garantias

² Por todos, HC 95.636/RJ, STF, min. Ricardo Lewandowski.

processuais de contraditório, ampla defesa e devido processo. De caráter paliativo, o art. 264, inciso 6.º, CPPU, prevê que a parte pode pedir ao juiz que ordene ao Ministério Público a prestação de informações sobre os fatos objeto de investigação, estabelecendo prazo para que a formalize (CAMPOS, 2017, 336-337). Nota-se, ainda assim, um vácuo de atuação investigatória sem controle e fiscalidade processual na nova lei uruguaia, o que afronta o direito democrático (LEAL, 2015).

O artigo 259.1, CPPU, preceitua que nenhuma atividade desenvolvida na fase investigatória, em busca de elementos sobre o delito, poderá ser transposta à fase judicial de conhecimento, salvo se desenvolvida mediante intervenção judicial, isto é, com observância das garantias processuais. Além disso, o juiz não pode consultar o repositório investigativo do Ministério Público (“carpetas”), tendo de decidir as questões a si apresentadas em audiência a partir da argumentação contraditória exercida pelas partes (artigo 264, inciso 4.º, CPPU). A regra geral, portanto, é de que tudo quanto produzido na fase investigatória merece à cognição jurisdicional processualizada (CAMPOS, 2017, P. 336).

Campos (2017, P. 336-337) destaca duas circunstâncias em que há dificuldade técnica na nova redação do CPPU. A primeira é a confusão entre os termos “prova” e “evidência”. Prova, em rigor, é instituto jurídico restrito ao âmbito processual, portanto obediente aos princípios e garantias fundamentais do processo (LEAL, 2012, p. 185-188). A segunda é a possibilidade de, a despeito da proibição expressa de o produto das investigações influir na fase de conhecimento (artigo 259.1, CPPU), dar-se influência dos elementos colhidos na fase investigativa sobre a fase de conhecimento, a saber: quando há acordo entre as partes; quando serve para recordar a quem depõe o que disse antes; quando é usada como argumento para obtenção de medidas cautelares. As três hipóteses e mais quantas haja a permitir essa ligação direta entre fase investigativa e fase de conhecimento sob contraditório não guardam compatibilidade com um sistema acusatório no bojo do direito democrático.

Na fase investigativa da lei uruguaia reformada, ainda se estabelece uma hierarquia entre as partes, mais especificamente entre um órgão

de Estado e o cidadão, a exemplo do que também sucede na lei brasileira de inspiração fascista (COUTINHO, 2009, item 3). O investigado, a vítima e seus respectivos podem requerer diligências ao Ministério Público, que preside a investigação, porém apenas a esse cabe o juízo de conveniência sobre as realizar ou não (artigo 260, CPPU). O quadro mostra similitude com o artigo 14 do CPPB, que deixa a cargo da “autoridade” de polícia a decisão sobre realizar ou não as diligências requeridas pelos investigados, em solipsismo decisório travestido de juízo de conveniência e oportunidade. Pouco importa se o órgão que preside as investigações é policial ou ministerial: na lição de Lopes Jr. (2008, p. 316), “mudam os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa”. Ao presidir as investigações no Uruguai, pode o Ministério Público intimar por qualquer meio idôneo pessoas que pretende ouvir. Todavia, se alguma se nega a comparecer e o órgão de investigação e acusação reputa importante sua oitiva, precisa recorrer ao juízo com requerimento de condução coercitiva, não possuindo prerrogativa própria para fazê-lo. De se lamentar que o CPPU permita a condução coercitiva inclusive do investigado mediante autorização judicial (artigo 262) (CAMPOS, 2017, p. 338-339), o que, comparado à realidade brasileira, significa reforço normativo a uma prática flagrantemente inconstitucional, seja em face do princípio da inocência e das regras de tratamento que dele decorrem (artigo 5.º, LVII, e CRFB), seja em decorrência do direito fundamental ao silêncio não incriminador (artigo 5.º, LXIII, CRFB). Nesse ponto específico, segue muito mal a lei uruguaia, conseguindo se equiparar à brasileira.

Ao comparecer frente ao investigador-acusador uruguaio, o investigado precisa fazer-se acompanhar de defensor, público ou privado. Não se lhe estende o direito ao silêncio em relação à própria identidade (artigos 263.1 e 263.2, CPPU). É nesse momento inicial da fase investigativa que compete ao Ministério Público formalizar, por qualquer meio idôneo que assegure a integridade dos elementos de prova, a “carpeta” investigativa, em que traça o caminho investigativo com total acesso à defesa. Vale repisar que o juiz não pode ter acesso a essa “carpeta”, restando-lhe decidir conforme os argumentos e elementos postos em audiência. Nada disso impede que a defesa

providencie seu próprio arquivo investigatório (artigo 264, CPPU) (CAMPOS, 2017, P. 339).

Algumas medidas cautelares prevê o CPPU para assegurar o resultado útil das investigações. Pode o Ministério Público requerer ao juízo as seguintes medidas cautelares sobre o investigado: estabelecimento de domicílio fixo, sendo qualquer alteração comunicada de imediato ao juízo competente; proibição de ausentar-se da comarca onde reside; apreensão de documentos de viagem (passaporte); proibição de frequentar determinados lugares ou de contatar certas pessoas, desde que isso não lhe afete o direito de defesa. Além dessas medidas cautelares, é possível na fase investigativa provocar a intervenção judicial (devido processo) para a produção antecipada de provas, por qualquer das partes, desde que sua finalidade seja evitar a frustração da realização ou da eficácia da prova, ou evitar a sobrevivitização (artigos 214, 215 e 231, CPPU) (CAMPOS, 2017, P. 340)

O artigo 265, CPPU, fixa o prazo máximo de duração de uma investigação, a demonstrar enorme avanço da profissionalização da persecução penal no Uruguai, quando comparada à realidade brasileira, que só é limitada pelo prazo prescricional da pena em abstrato (vide Lei 12.234/10, que revogou o § 2.º do artigo 110 do CPB e, com ele, a possibilidade de perda da pretensão acusatória pela prescrição calculada pela pena em concreto antes do oferecimento da denúncia). No Uruguai, uma investigação criminal pode durar no máximo um ano, a contar de sua formalização pelo órgão acusador. Em hipóteses excepcionais e devidamente justificadas, esse prazo pode se estender por até um ano mais. Apesar das dificuldades interpretativas que esse dispositivo encerra, segundo Campos (2017, P. 339-340), constitui inegável avanço em confronto com a realidade jurídica brasileira quanto ao assunto, que funciona à base de carimbos e despachos-padrão de requerimento de dilação (infinita) de prazo para a conclusão das investigações (salvo a ocorrência da perda da pretensão acusatória pela prescrição sobre a pena em abstrato), do delegado de polícia ao juiz, deste ao órgão acusador e de ambos de volta ao delegado de polícia.

Cabe ao Ministério Público arquivar fundamentadamente o procedimento investigativo se os fatos relatados na *notitia criminis*

(“denuncia”) ou representação (“instancia”) não constituírem delito (atipicidade); se se puder concluir pela extinção da responsabilidade penal do investigado ou se a continuidade da investigação, ante o material coletado e reunido, indicar sua inutilidade. Nesse caso, abrem-se prerrogativas importantes para a vítima ou o ofertante da notícia do crime, que devem ser comunicados do arquivamento do procedimento investigativo. Se discordarem das razões de arquivamento pelo Ministério Público, a vítima ou o ofertante podem recorrer da decisão de arquivamento ao judiciário, que, concordando com os recorrentes, devolverá o caso, mediante decisão irrecorrível, ao acusador substituto, que informará ao procurador-geral (hierarca maior da instituição de acusação), para mero conhecimento. O acusador substituto, recebendo o caso, se pronunciará no prazo máximo de vinte dias e sua decisão porá termo final à questão, quer pela continuidade das investigações, quer pelo seu encerramento (CAMPOS, 217, p. 342-343). A sistemática uruguaia faz lembrar a aberração do artigo 28 do CPPB, mas é menos ruim do que ela, na medida em que atribui o controle da acusação, em princípio, ao povo (vítima ou ofertante da notícia do crime), e não ao juiz, que é terceiro imparcial (BARROS, 2009, p. 29-32). A sistemática uruguaia teria ainda maior compatibilidade com um modelo acusatório de direito democrático se excluísse por completo o judiciário dessa discussão, fazendo com que o recurso da vítima ou do ofertante da notícia do crime contra a decisão de arquivamento se endereçasse ao procurador-geral e, sobretudo, se a vítima ou qualquer do povo pudessem, por legitimidade concorrente, ajuizar a ação penal pública, que seria pública no sentido de popular, e não exclusiva de um órgão público dublador da vítima (FOUCAULT, 2011, p. 65-66), com seus interesses corporativos, a gerar, não raro, exclusão da vítima e de outros interessados do debate processual penal – no Brasil, a iniciativa encontraria guarida no artigo 5.º, LIX, da CRFB (MONTEIRO DE BARROS e MARQUES, 2010).

O artigo 100.1 do CPPU traz talvez a maior inovação da reforma processual penal uruguaia: o princípio da oportunidade. Segundo essa novidade, o Ministério Público pode deixar de iniciar a persecução penal ou abandonar uma já iniciada se: (I) referentes a crimes de baixa ofensividade que não comprometam gravemente o interesse público,

salvo se a pena mínima for superior a dois anos de privação de liberdade ou se o ilícito tiver sido praticado, em tese, por servidor público no exercício de suas funções; (II) atinentes a crimes culposos, que hajam infligido um sofrimento tão grande ao agente, que supere os próprios efeitos retributivos da pena; (III) houver transcorrido mais de quatro anos da prática do fato e se presuma que do procedimento não resultará pena de reclusão, desde que não ocorram causas de suspensão ou interrupção da prescrição. Caso a vítima ou o terceiro ofertante da notícia do crime discordem da decisão do acusador, podem recorrer, aplicando-se então a mesma sistemática vista acima, acerca da decisão de arquivamento do procedimento investigativo (CAMPOS, 2017, p. 343).

Em regra, na investigação penal uruguaia, há sigilo do procedimento investigativo para terceiros não interessados nem afetados, o que se coaduna com a proteção dos direitos fundamentais dos envolvidos à honra, à privacidade, à intimidade, entre outros. Ao investigado, ao seu defensor e a terceiros intervenientes não se aplica esse sigilo, em obediência ao princípio da ampla defesa. No entanto, o artigo 259.2, CPPU, permite ao Ministério Público estabelecer sigilo de determinadas peças e diligências investigativas por até 45 dias, mediante prévia autorização judicial. Tal autorização pode ser estendida a até seis meses, também mediante decisão judicial, a requerimento do órgão acusador (CAMPOS, 2017, P. 343-344). O investigado e seu defensor podem requerer ao juízo a suspensão do sigilo, porém sua só existência atesta que os reformadores da procedimentalidade penal e investigativa do Uruguai perderam a oportunidade de aproximar a investigação penal de uma constitucionalidade democrática, impulsionando-a à inteligência e à publicidade e afastando-a da blindagem ao controle popular por meio do segredo (DEL NEGRI, segredo de estado).

Malgrado suscetível a algumas críticas importantes, é inegável que a estruturação legal da investigação penal no Uruguai está bem mais próxima de uma processualidade jurídico- democrática, que permita ao povo o controle discursivo do exercício do poder penal, do que a brasileira, ainda cravada em um marco teórico autocrático e, por incrível que pareça, a caminho de retrocessos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CAMPOS, Santiago Pereira. Roles de los sujetos y principales estructuras del nuevo sistema procesal penal. In Asociación de Magistrados del Uruguay. Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017. P. 325-370.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

DEL NEGRI, André. Segredo de Estado no Brasil. Belo Horizonte: D'Placido, 2016.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3ª. Ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – primeiros estudos. 11ª. edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. O estar em juízo democrático. In Revista Jurídica Santo Agostinho de Sete Lagoas v. 1, n. 1/2015. P. 09-17

LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. V. I. 3a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MONTEIRO DE BARROS, Vinícius Diniz; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acusação pública no marco do processo democrático e da jurisdição compartilhada. Fortaleza; CONPEDI, junho de 2010. P. 7598 a 7613. Disponível em [af85970331fa1b578eacf3001c76b816%20](https://doi.org/10.1590/af85970331fa1b578eacf3001c76b816%20).

CAPÍTULO VI
**PROCESO ABREVIADO Y VÍAS
ALTERNATIVAS**

QUEM NOS SALVARÁ DA BONDADDE DOS BONS? O PROBLEMA DA INSTITUIÇÃO DOS ACORDOS PRÉ-PROCESSUAIS SOBRE A PENA FORA DAS BALIZAS DA ADVERSARIEDADE E DO MARCO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Fernando Laércio Alves da Silva¹

1 ACORDOS SOBRE A PENA: UMA NOVIDADE NÃO TÃO NOVA ASSIM NO BRASIL

No mês de fevereiro do corrente ano de 2019, fora apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 882/2019, de autoria da Função Executiva Federal². Projeto de lei esse que teria por principal meta, como salta aos olhos da simples leitura de sua exposição de motivos, “[...] estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à a pessoa.”³ e que fora apelidado por seu próprio autor de *Projeto de Lei Anticrime*. Um apelido, diga-se de passagem, ao mesmo tempo inocentemente pretensioso. Afinal, seria muita pretensão e muita inocência imaginar-se que uma simples alteração legislativa resolveria, como que num passe de mágica, o problema dos índices de criminalidade no Brasil — e vazio

¹ Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Adjunto da Universidade Federal de Viçosa. Membro do GPDIPES – Grupo de Pesquisa em Direito, Política, Economia e Sociedade. Advogado.

² Trata-se o projeto de lei mais especificamente de um texto elaborado pelo Ministro da Justiça e ex-juiz federal Sérgio Fernando Moro, conhecido internacionalmente por sua atuação como juiz responsável pelos casos da *Operação Lava jato* em primeira instância.

³ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019.

de significados — já que toda lei penal em sua essência seria uma lei *anticrime*.

De todas as questões presentes no referido projeto de lei, dedicamos aqui a fazer referência a uma delas apenas⁴, qual seja aquela presente no projetado art. 3º que, caso aprovado ao final do processo legislativo de modo incólume, implicará em alterações no corpo do Código de Processo Penal vigente, entre as quais, a inserção de um art. 28-A, que tornaria possível ao titular da ação penal, desde que preenchidos os requisitos presentes ao longo de seus incisos e parágrafos, optar entre a propositura da ação ou a oferta de acordo de não persecução penal.

E novamente recorrendo à exposição de motivos do projeto, vê-se claramente que a justificativa da proposta é uma só: a de que o “[...] sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais.”

Justificativa essa que não é em nada inovadora e, inclusive, fora utilizada nos idos da década de 90 para fundamentar a entronização da temática no processo penal brasileiro⁵, o que se deu por meio da instituição da transação penal no âmbito da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/1995).

Aliás, não apenas a justificativa, como a própria proposta de solução dos casos penais pela via alternativa, mais especificamente pela via do acordo que implica na substituição da pena originalmente prevista na norma legal por uma sanção alternativa antes mesmo da propositura da ação penal não é novidade no Brasil, contando com mais de duas décadas de vigência.

O que o PL n. 882/2019 faz, além de estabelecer alguns novos requisitos não previstos pela Lei n. 9.099/1995, é tão-somente ampliar o rol de casos passíveis de solução por essa via.

⁴ Não que as demais questões presentes no mencionado projeto de lei não guardem importância ou exijam profunda investigação e reflexão. Apenas nos vemos impedidos de enveredar sobre elas neste momento por força de opção metodológica.

⁵ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 14.

2 O EIXO CENTRAL DA QUESTÃO: A METODOLOGIA DE REALIZAÇÃO DO ACORDO E SEU DISTANCIAMENTO EM RELAÇÃO ÀS BALIZAS DA ADVERSARIEDADE E DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O que estamos tentando dizer aqui beira a obviedade: o PL n. 882/2019, ao menos no que tange à proposição dos acordos sobre a pena nos moldes da transação penal dos Juizados Criminais não traz avanço algum. Longe disso, seu único mérito é o de ampliar o rol de casos abarcados pela técnica, casos esses, inclusive, que nos dias atuais já são abarcados pela regra dos artigos 43 e 44 do Código Penal, que autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou pena de multa. Simplesmente, essa substituição que hoje ocorre somente ao final do processo, em caso de procedência do pedido formulado pelo órgão de acusação⁶, passa a ser operada antes mesmo da existência de ação penal. E mesmo esse mérito resta ofuscado pela introdução, já no *caput* do projeto art. 28-A da exigência de confissão circunstanciada do investigado para concretização do acordo.

Necessário esclarecer que nossa crítica não se direciona à adoção do critério (ou regra) da oportunidade da ação penal, com consequente afastamento do critério da obrigatoriedade de sua propositura. Mesmo porque, se assim nos manifestássemos, entrariamos em contradição com posições anteriormente defendidas e ainda hoje compreendidas como mais adequadas⁷ e em ato de negação da tendência seguida pelos Estados Ibero-americanos nos últimos anos⁸.

⁶ Em consonância com o que já manifestamos anteriormente em companhia de Leonardo Marinho Marques, preferimos a expressão *procedência do pedido* à popularizada terminologia *condenação*, por entende-la mais adequada aos marcos teóricos sob os quais trabalhamos. (SILVA, Fernando Laercio Alves da; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O simbolismo nas sentenças penais condenatória e absolutória e o processo penal brasileiro pós-Constituição Federal de 1988. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 19, n. 38, pp. 84-96, jun-set.2016.

⁷ Sobre isso, maiores esclarecimentos podem ser encontrados em SILVA, Fernando Laercio Alves da. Rediscutindo a obrigatoriedade e a indisponibilidade da ação penal pública: há espaço para elas em um processo penal de base democrática?. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al* (org). *Mentalidade inquisitória e processo penal*

O problema, e este é o alvo de nossas críticas, está no fato da proposta manter-se ancorada tanto ao discurso meramente economicista como e, principalmente, em uma mentalidade inquisitorial e punitivista do processo penal. O que, de um lado, implica na concepção dessa nova categoria de transação penal ainda como um favor do Estado aos investigados, que tem objetivo unicamente a diminuição do volume processual⁹ no caso das *infrações menos graves*. E isso sem que seja precedida, no caso concreto, de qualquer juízo de valor sobre a viabilidade ou não do caso penal.

O que, na prática, faz com que o órgão de acusação sempre ganhe já que, independente da existência ou não de elementos suficientes para a propositura da ação penal, presentes os requisitos autorizadores do acordo penal, insistirá – como, de fato, já o faz hoje em dia nos casos de competência dos Juizado Especial Criminal — em sua oferta ao investigado, argumentando que para ele, investigado, será um *bom negócio*. E para este, o investigado, aceitar ou não o acordo proposto não passa de uma atividade de cálculo racional de possibilidades¹⁰,

no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil. v. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, pp. 197-225.

⁸ Nesse sentido, LANDEIRA, Raquel. La regulación del principio de oportunidad en el Nuevo Código de Proceso Penal. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel Gonzales; RÚA, Gonzalo (coord.). *Código del Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideu: CEJA-INECIP. 2018, p. 131; e POSTIGO, Leonel Gonzales. Bases para a reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: POSTIGO, Leonel Gonzales (org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 31; POSTIGO, Leonel Gonzales. A função estratégica do Ministério Público: reflexões sobre os princípios da obrigatoriedade e de fiscal da lei. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al* (org). *Mentalidade inquisitória processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. v. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, pp. 67-80.

⁹ Não que esse não seja um argumento importante, pois, de fato, o é. Mas, apesar disso, é um argumento de segunda grandeza, que se presta apenas a agregar valor à proposta, e não como fundamento principal.

¹⁰ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. p. 176.

mas um cálculo cego, já que não possui todos os elementos necessários à uma decisão efetivamente racional¹¹.

Em outras palavras, a negociação pré-processual que pode ou não resultar em um acordo, uma transação, sobre a pena, ainda não é, ao menos não na versão atual do projeto de lei, uma negociação entre sujeitos processuais em pé de igualdade e, menos ainda, que respeita as garantias constitucionais do sujeito investigado. Ou seja, muito distante das balizadas da adversariedade.

Não bastasse isso, encontra-se proposta ainda sob a visão da pena enquanto castigo e como única resposta estatal adequada ao conflito penal¹², daí, inclusive, a previsão da exigibilidade de confissão detalhada por parte do investigado para concessão do *benefício*: uma forma de permitir ao magistrado e ao órgão de acusação *dormirem em paz*, pois terão aplicado o castigo devido ao *culpado*.

3 O EXEMPLO PODE MORAR AO LADO (OU MELHOR, EMBAIXO)

A grande maioria dos Estados Iberoamericanos, inclusive os que la-deiam o Brasil, tem se rendido ao longo das últimas décadas à necessidade de reestruturação de seus sistemas de justiça criminal de modo a promover concretamente o giro epistemológico de superação de estruturas inquisitoriais e afetas a modelos ativos¹³ ou não democráticos de Estado em prol da implementação de estruturas adversariais e vinculadas às diretrizes garantistas do paradigma do Estado de Direito Democrático.

¹¹ SILVA, Fernando Laércio Alves da. Como se joga o processo?: o uso da teoria dos jogos como instrumento de apoio para a reestruturação do processo penal brasileiro pós-Constituição Federal de 1988. In: *LEFIS SERIES: Processo, administração, acesso e jurisdição da justiça, formas consensuais de solução de conflitos*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019, v.28, pp. 67-87.

¹² Que, sob o viés punitivista, sequer consegue ser enxergado como um conflito entre indivíduos que, normalmente, é o transbordamento, a manifestações, de problemas mais complexos.

¹³ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

O que significa, e isso precisa restar muito claro, a opção pela adoção de um padrão adversarial¹⁴ cientificamente muito bem fundamentado, e não se confunde com a simples importação de uma ou outra ferramenta ou, menos ainda, do estilo ianque de adversariedade.

O mais recente caso dessa metamorfose do sistema de justiça criminal em terras do continente americano é o da República Oriental do Uruguai, que em 2014 aprovou seu Novo Código de Processo Penal, elaborado a partir das bases da adversariedade¹⁵ e que, em 2017 entrou em vigor.¹⁶ E nesse sentido, voltar o nosso olhar para os parâmetros adotados por o vizinho do sul pode nos ajudar a compreender uma melhor forma de conformação da temática aqui abordada.

Não nos ocuparemos, contudo, de promover análise mais avançadas sobre o processo de reconfiguração do sistema de justiça criminal uruguaio. O que deixamos para outra oportunidade tanto porque o limite espacial, como porque correríamos o risco de nos afastar demasiadamente do objeto central deste ensaio. Apesar do que, não podemos também perder de vista que a forma como se apresenta a temática dos acordos pré-processuais sobre a pena guardam direta vinculação com os fundamentos dessa reconfiguração.

E já retomando a análise desse objeto, ao correr os olhos sobre o texto em vigor do Novo Código de Processo Penal Uruguaio, deparamo-nos com seu Livro VI, que trata de maneira ampla das vias alternativas de resolução de conflito, entre as quais a mediação extraprocessual

¹⁴ VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa Continental. In: WINTER, Lorena Bachmaier (org). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 177-194.

¹⁵ CHEDIAK, Jorge; NICASTRO, Gustavo. Cuestiones de interés y reflexiones de cara a la implementación del nuevo C.P.P. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel Gonzales; RÚA, Gonzalo (coord.). *Código del Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevidéo: CEJA-INECIP. 2018, pp. 85-104.

¹⁶ Em verdade, a Ley n. 19.293, de 2014, durante os três anos de sua *vacatio* sofreu alterações, de modo tal que o texto legal que efetivamente entrou em vigor em 2017 não é exatamente aquele aprovado em 2014. Para melhor compreensão tanto do texto integral como das alterações sofridas ainda durante o período de *vacatio*, sugerimos a consulta ao sítio eletrônico do Centro de Información Oficial (<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014>).

(prevista em seu Título I), a suspensão condicional do processo (prevista em seu Título II) e os acordos reparatórios (Título III).

Da leitura dos artigos que integram o referido Livro VI do Novo CPP Uruguaio — arts. 382 a 401 — parecem-nos muito bem demarcados alguns aspectos que bem podem inspirar uma melhor configuração da política de acordos penais para solução antecipada do conflito penal no Brasil, muito mais adequadas que a rasa proposta presente no art. 28-A do Projeto de Lei *Anticrime*.

Em primeiro lugar, em consonância com a mentalidade adversarial inspiradora da Reforma Uruguaia — ao menos assim nos parece —, encontra-se muito bem demarcado o que é — e deve ser — função e preocupação das partes, com especial foco no órgão de acusação, e o que é — e deve ser — de responsabilidade do juiz. Nesse sentido, a título de exemplo, o art. 382, item 382.1, confere ao MP a responsabilidade para avaliar a possibilidade de encaminhamento dos casos concretos para tentativa de solução pela via da mediação extraprocessual. Na sequência, o art. 382, em seu item 382.2 confere ao Judiciário a competência para realização da solução do caso encaminhado, mas não a iniciativa de encaminhamento. E o 382.3 exige a anuência tanto da suposta vítima como do investigado. Só que, diverso do que já ocorre no Brasil — e se mantém no PL n. 882/2019 —, não se pode exigir do investigado e da vítima que se manifestem imediatamente após a oferta, o que lhes impede uma reflexão adequada sobre a viabilidade ou não da medida a seus interesses e perspectivas. Ao contrário, estabelece a lei uruguaia que devem ser eles prévia e, principalmente, *oportunamente* informados sobre a intenção de se submeter o caso à mediação extraprocessual. E, além disso, que essa informação seja dada por funcionário competente, isto é, um outro agente distinto do membro do MP e do próprio juiz, o que pode contribuir para a retirada de qualquer pressão indevida sobre eles.

Em segundo lugar, fixa o mesmo art. 382, ao longo de seus itens que a mediação extraprocessual deve se desenvolver sob o marco da justiça restaurativa¹⁷, o que sinaliza que seus objetivo e preocupação centrais

¹⁷ Para melhor compreensão dos fundamentos e elementos da justiça restaurativa e suas técnicas de realização, sugerimos a leitura dos seguintes trabalhos: FERRAZ, Conrado.

não são a redução do volume de Feitos em tramitação, mas sim a adequada solução do conflito penal.

A mentalidade adversarial também se mostra profundamente presente em outra modalidade de solução alternativa de conflito, qual seja a suspensão condicional do processo. Isso porque, por previsão do art. 385 do Novo CPP Uruguaio, também aqui a função imparcial do magistrado resta expressamente fixada, cabendo-lhe controlar “[...] *que el imputado haya prestado su consentimiento en forma libre, voluntaria y que haya sido debidamente instruido del alcance del instituto y de las obligaciones que assume.*”

Restando claro, também neste ponto, que, de um lado, os mecanismos de solução alternativa de conflitos se estabelecem, de fato, como alternativas distintas e distantes dos mecanismos tradicionais, inclusive no que diz respeito à sua fundamentação: a consenso e a dialeticidade entre as partes, de um lado, e a busca por respostas construtivas e não punitivistas, por outro. O que passa pela colocação do julgador como, de fato, um terceiro sujeito, desinteressado e descompromissado com o resultado imediato, e comprometido exclusivamente com o caminho trilhado para a construção da decisão — um caminho dialético, consensual e vinculado às garantias processuais do indivíduo.

É claro que entre a previsão normativo-legal e a concretização do sistema, com efetiva mudança da mentalidade dos sujeitos processuais há um longo caminho a se percorrer, caminho esse marcado por avanços

A justiça restaurativa e o sistema jurídico-penal brasileiro. In: ANTUNES, Maria João da Silva Baila Madeira; CRUZ SANTOS, Cláudia Maria; AMARAL, Cláudio do Prado (coord.). *Os novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 39-71; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, n. 2, v. 2, 2008, pp. 20-54; PINTO, Hélio Pinheiro. A mediação penal no Brasil e o princípio da reserva de jurisdição. In: In: ANTUNES, Maria João da Silva Baila Madeira; CRUZ SANTOS, Cláudia Maria; AMARAL, Cláudio do Prado (coord.). *Os novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 101-162; RUIZ, Diana Britto. *Justicia restaurativa: reflexiones sobre la experiencia en Colombia*. Loja: Universidad Tecnica Particular de Loja, 2010; SANCHEZ, Helena Nadal. La mediación: una panorámica de sus fundamentos teóricos. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, pp. 116-144, jan-jun.2010.

e retrocessos, erros e acertos — ainda mais quando falamos em uma mudança tão substancial como que se exige tanto para abandono da matriz inquisitorial em prol da adoção da matriz adversarial¹⁸, como para a paulatina substituição — mesmo que apenas parcial — de um perfil punitivo para um restaurativo de penas¹⁹. E por isso, ao apresentarmos de maneira rápida alguns pontos interessantes na mudança legislativa uruguaia, não temos a pretensão — e nem poderíamos tê-la — de dizer que lá *tudo são flores*.

Simplemente propusemo-nos a mostrar que, diferente do que ocorre no Brasil, nossos vizinhos ibero-americanos têm se esforçado por buscar respostas novas para velhos problemas ao invés de apenas *apresentar mais do mesmo*. Se essas medidas, no caso específico do Uruguai, renderão frutos concretos ou não, depende muito mais do esforço contínuo e coletivo — da Academia, do Estado, dos órgãos de classe e dos próprios sujeitos individuais — em assimilar mais que a nova procedimentalidade, a sua fundamentação teórica.

E, conclusivamente, a mostrar que, a manter-se no Brasil a mesma estratégia de *mudar para manter tudo como antes*, ao invés de buscar novas saídas para além da mentalidade inquisitorial e para além do punitivismo, tudo permanecerá como antes.

¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro?. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 111.

¹⁹ GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra Mera. Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades. In: *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 15, n. 2, pp. 165-195, 2009.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NA COMPARAÇÃO DAS ESTRUTURAS DO PROCESSO PENAL DO URUGUAI E DO BRASIL

Giovani Frazão Della Villa¹

Parece ser óbvio, mas não custa ressaltar, que já de início, as diferenças na comparação dos modelos uruguaio (recentemente refundado numa matriz acusatória) e brasileiro (essencialmente inquisitório desde sua matriz) se alicerçam em estruturas principiológicas distintas e opostas.

Enquanto no modelo uruguaio o juiz que exerce a função estatal da jurisdição penal, tem um papel de garante das regras previamente estabelecidas, e está apartado da função estatal do Ministério Público (de acusar aqueles que supostamente cometem crimes), do outro lado da fronteira, no modelo brasileiro, a situação é um pouco mais confusa em relação a atribuição das funções estatais exercidas por estes dois sujeitos processuais.

Quanto ao sujeito que supostamente comete o crime, a lógica que opera é similar dos dois lados da fronteira, isto é, dificilmente alguém tem o desejo de ser punido penalmente pelo Estado, seja ele inocente ou culpado.

¹ Doutorando em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Especialista em Direito Contemporâneo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Membro fundador do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado.

Ora, partindo deste aspecto, falar em Justiça Penal Consensual pode parecer equivocado, afinal, que tipo de consenso alguém pode ter para se deixar punir deliberadamente? Aparentemente a questão do sujeito acusado parece se pautar numa decisão de cunho mercadológico, do custo-benefício, do risco assumido de ter sua situação agravada caso não consinta com a pena previamente proposta. Nesse ponto, falar em consenso já leva a pensar numa situação complexa, pois mesmo que haja um consenso formal entre Estado e cidadão, pode não haver na realidade nenhum consenso.²

No Brasil, em tempos de projeto de lei anticrime³ (como se todas as outras leis penais não fossem!), a tentativa de importação de um instituto como *plea bargaining* de outro modelo sistemático de processo para a matriz sistêmica inquisitória tenderá a agravar o quadro de problemas na justiça penal consensual.

Se dentro do sistema acusatório de processo penal, a questão de consensos na justiça penal já é complicada, mesmo tendo um juiz que controla a situação (frise-se que naquela estrutura o juiz não propõe ou faz qualquer acordo com os acusados, mas apenas o homologa quando estiver dentro dos parâmetros legais), é de se imaginar a implosão do sistema brasileiro quando se permitir um juiz que é plenipotente no processo e na investigação (devido a permissão da legislação que é somada a cultura inquisitória) busque consensos forçados dos cidadãos acusados, como forma de abreviar os processos e evitar possíveis recursos, afinal, se há consenso não deve haver possibilidade de recorrer.

² Um exemplo da problemática dessa temática no modelo brasileiro se opera no instituto da transação penal, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. O consenso da transação proposta pelo Ministério Público com o Acusado, para o cumprimento de uma pena (a qual a lei diz não ser pena), é na grande maioria das vezes pautada na lógica do custo-benefício. O Acusado mantém sua ficha criminal limpa, não usa o mesmo “benefício” pelos próximos cinco anos, cumpre as condições impostas (pena), e aparentemente o crime se resolveu. Tantas vezes sequer há crime para ser resolvido (pela ausência de condições da ação e justa causa), num procedimento que deveria arquivar a notícia do crime, mas na prática o consenso leva a questão para outro patamar.

³ Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 10 mar 2019.

Na estrutura uruguaia, a grande maioria dos casos vem sendo resolvida sem julgamento, isto é, de forma “consensual”. Contudo, o papel do juiz das garantias é fundamental naquela estrutura. É o juiz quem controla os limites do acordo nos parâmetros legais, que verifica as condições de legalidade da investigação, da prisão em flagrante, da necessidade de medidas cautelares, do prazo, etc.

Nessa estrutura acusatória o papel da defesa também é de fundamental importância, pois a defesa técnica irá se aproximar da autodefesa, e com isso ter a possibilidade de refutar as provas indicadas pela acusação, produzir outras provas, e diante da análise fática e jurídica do caso, auxiliar o cidadão acusado a decidir se deve “consentir” com a aplicação de uma pena mais branda, ou se é mais viável ir à julgamento e arriscar ser condenado com uma pena mais alta. Ou seja, neste caso o “consenso” passa pelo filtro constitucional do direito à defesa.

Um ponto de salutar importância é que o juiz das garantias que homologa o acordo “consensual” de aplicação da pena e com isso resolve o caso penal, não faz uma análise do mérito das provas indicadas. Isto é, o consenso se dá única e exclusivamente entre acusação e defesa, pois o juiz apenas o homologa.

Este modelo de aplicação de pena em procedimentos abreviados não passa imune a críticas, mesmo dentro dos sistemas acusatórios. Basta uma breve pesquisa na internet para verificar que há milhares de páginas com críticas a esse instituto.⁴ O exemplo mais emblemático é do sujeito inocente que “consente” com uma pena porque, juridicamente, ele não consegue provar sua inocência, ou sequer desconstituir os indícios que levam a crer que foi ele quem cometeu o crime, trazendo ao processo uma dúvida razoável sobre o caso. Resultado: inocente condenado.

Este instituto traz problemas não apenas em relação ao inocente que é punido, mas também em relação ao culpado que pode deixar de ser punido. O cidadão que tem consciência de que é culpado por um crime, busca uma forma de consentir com a aplicação de uma punição mais branda como forma de se beneficiar.

⁴ Dentre outras: <<https://www.innocenceproject.org/>>

Outro ponto que conecta a questão da aplicação de consensos às estruturas sistêmicas inquisitória e acusatória diz respeito ao princípio da obrigatoriedade/opportunidade.

Utilizar como regra a busca incessante de consensos, numa estrutura como a brasileira, marcada pelo princípio da obrigatoriedade, beira quase a insanidade, pois mesmo que esse princípio não seja positivado na legislação brasileira, insistentemente os Tribunais do país e os operadores do direito tendem a interpretar sua aplicação como regra. Nesse caso, se todas as notícias crimes que chegam às autoridades forem empurradas para negociação de consensos, independentemente de uma análise realista da impossibilidade da obrigatoriedade total, então teremos tantas condenações por homologação de acordos quantos sejam as notícias de crimes que cheguem às autoridades. Basta verificar exemplificativamente que a notícia de crime de menor potencial ofensivo que é transformada em termo circunstanciado, ao chegar ao juizado especial criminal, em sua grande maioria dos casos se transforma em transação, independentemente da existência real do crime. Se essa regra for expandida para toda a estrutura da justiça criminal, mantendo-se a matriz inquisitória, o resultado será o caos.

É possível (talvez até necessário) pensar e aplicar novas formas de resolução dos casos penais, até mesmo por intermédio destes “consensos” negociais. Contudo, de antemão é preciso ter em conta as peculiaridades das estruturas processuais e dos sistemas de aplicação do direito (inquisitório *vs* acusatório; *civil law vs common law*). A confusão na aplicação dos institutos de uma estrutura à outra, provavelmente acarretará maiores problemas do que soluções. Afinal, problemas há nos dois sistemas, mas sempre é possível buscar melhorias dentro de cada estrutura, diante de suas diferenças.

Sem dúvidas pode-se afirmar que o Estado, nessa busca por melhorias, é atravessado por uma lógica neoliberal, fundada numa ideologia de eficiência que tem imperado na nova era mundial globalizada, tornando-se um cimento epistemológico das relações. E além disso, de outro plano de análise do neoliberalismo, Dardot e Laval enunciam que a nova ordem mundial segue um caminho de racionalidade pela matriz da concorrência, desde as mais ínfimas relações até ao posicionamento

do Estado perante os cidadãos. Trata-se de uma normalização das condutas partindo desde a pauta da concorrência, transmutando os sujeitos em empresas de si, que se governam e governam aos outros desde o modelo neoliberal.⁵

Nesse contexto é que a busca de novos modos de operar os consensos para resolução dos casos penais não deve apenas se pautar na eficiência condenatória, como se o cidadão acusado de crime fosse um concorrente que deva ser eliminado, abatido. Aqui, a pauta continua a ser seguida é a de Justiça, finalidade elementar do processo⁶, e não a condenação como produto de uma acusação eficiente, isto é, não se deve pensar na aplicação de punição àquele submetido ao ritual judiciário do processo penal como a finalidade da acusação.

A experiência comparada do modelo acusatório uruguaio permite pensar ser possível ter algo diferente para o Brasil (e até melhor do que se tem hoje), desde que levadas em consideração as peculiaridades deste país continental, das experiências já obtidas com a implantação de institutos de justiça consensual penal na estrutura (v. g. transação penal), da matriz sistêmica e principiológica presente, da lógica/racionalidade neoliberal operante nas relações do Estado com os cidadãos, enfim, no que se tem de principal a pensar quando se trata de processo penal, que é o ser humano que lá vai implicado. Disso nunca se deve esquecer, o humano que está no contexto do processo penal deve ser o mote da busca das melhores soluções possíveis, sempre.

⁵ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*. São Paulo: Boitempo, 2016.

⁶ ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y derecho procesal (Introduccion)*. 2ª Ed. Madrid: Edersa, 1997, p. 261 e ss.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O *PROCESO ABREVIADO* E SUA UTILIZAÇÃO NO PRIMEIRO ANO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL URUGUAIO

Jéssica Oníria Ferreira de Freitas¹

INTRODUÇÃO

Em primeiro de novembro de 2017 entrou em vigor, no Uruguai, a Lei 19.293, que instituiu o novo Código de Processo Penal. Seguindo o exemplo de outros países latino-americanos², a reforma processual foi o elemento central de uma profunda mudança no sistema de justiça criminal, voltada ao abandono das práticas inquisitórias e à adoção de um novo modelo compatível com os preceitos democráticos.

Dentre os objetivos da reforma incluem-se a maximização dos direitos fundamentais e suas garantias, inclusive a racionalização do uso de prisões preventivas (QUINTANA; CAMPOS, 2018, p. 7); consagrar um processo contraditório, por audiências, concentrado e público; obter a estrita separação de funções entre os sujeitos que intervêm no processo; buscar uma maior eficácia global do sistema de justiça penal; garantir que o processo se desenvolva em um prazo razoável; dentre outras (CHEDIAK; NICASTRO; PESCE, 2017, p. 172).

¹ Mestra em direito processual penal pela UFMG.

² Em publicação de 2011, Máximo Langer afirmou que, nos últimos quinze anos, 14 países e um número substancial de províncias e estados latino-americanos introduziram novos códigos processuais penais que apresentaram, como eixo comum, a mudança de um sistema inquisitivo para um acusatório e adversarial. (LANGER, 2011, p. 3). Desde então podemos destacar a reforma uruguaia e a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal Federal da Argentina.

A busca por respostas rápidas e eficientes ao caso penal também se destaca entre os propósitos da reforma. Segundo Binder (2018, p. 12), “no modelo adversarial o importante é que o caso tenha uma resposta do sistema judicial, seja por vias alternativas (não punitivas), ou através de um adequado julgamento”. A função da justiça penal, conclui o autor argentino, “é dar resposta, não tramitar expedientes” (BINDER, 2018, p.12).

Por tal razão, o novo código contempla um leque de saídas possíveis para o caso criminal, que incluem medidas anteriores ao juízo — como o princípio da oportunidade —, soluções alternativas, procedimento abreviado, além, é claro, do julgamento oral, destinado especialmente aos casos de maior complexidade.

A proposta deste trabalho é realizar uma breve análise acerca do procedimento abreviado e sua utilização desde o início da vigência do novo código processual penal. A escolha do tema foi motivada pela percepção do uso exacerbado de tal procedimento, que não conta com todas as garantias previstas para o julgamento oral. Diante de tantas mudanças positivas empreendidas pela reforma, apega-se ao que se entende ser seu aspecto mais problemático, em razão do potencial de apropriação por discursos punitivistas e de expansão do controle penal sobre a população.

1 CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO ABREVIADO E SEU USO NO PRIMEIRO ANO DE VIGÊNCIA DO CPP URUGUAIO

O *proceso abreviado* está previsto no artigo 272 e seguintes do Código de Processo Penal uruguaio, segundo o qual o procedimento será aplicado para o julgamento de fatos cuja tipificação pelo Ministério Público resulte na aplicação de uma pena mínima não superior a seis anos. Para tanto, o imputado deve aceitar expressamente os fatos e os antecedentes da investigação e manifestar sua conformidade com a aplicação do procedimento. Em contrapartida, o Ministério Público poderá solicitar uma redução de até 2/3 (dois terços) da pena que seria originalmente requerida.

Trata-se, em síntese, da incorporação de um instrumento de justiça negocial, cujas influências remontam ao *plea bargaining*, largamente

utilizado no direito estadunidense. Na barganha, o imputado não se opõe ao conteúdo da acusação e renuncia ao direito de produzir prova, em troca de uma pena reduzida. O Estado alcança, assim, um processo célere e eficiente, com redução dos custos da prestação jurisdicional e da carga de trabalho acumulada.

Neste sentido, Guardia (2017, p. 195) aponta que o objetivo do novo Código não é apenas separar a função de investigar e acusar da de julgar, mas também reduzir a duração dos processos, o custo econômico e aumentar os presos com condenação em prazos muito breves (o que implicaria em redução da prisão preventiva, substituída pelas definitivas ou penas alternativas), razão pela qual a parte acusadora tem ampla possibilidade de negociar não só a pena, mas também os fatos e, por consequência, a classificação jurídica.

Não são poucas as críticas existentes sobre a barganha, que se estendem, também, ao procedimento abreviado adotado pelo Uruguai e outros países latino-americanos. Questiona-se a possibilidade de negociação e renúncia a direitos e garantias indisponíveis. Questiona-se se existe verdadeira negociação quando, de um lado, há um indivíduo submetido às agruras do sistema penal e com possibilidade de ter sua liberdade restringida (ou já em situação de prisão preventiva) e, de outro, um ente estatal que nada tem a perder.

Aponta-se o risco de transformação do processo — ou do não-processo — em um instrumento de condenação em massa, permeada pela violência e seletividade inerente ao sistema penal, especialmente nos países latino americanos, com democracias jovens e largo histórico de autoritarismo e opressões.

Tendo em vista a agilidade das negociações processuais, em contraposição com os ritos ordinários que demandam incursões probatórias, ampla atuação defensiva e decisões complexas, a barganha tende a ser o procedimento mais utilizado nos países que a adotam. Nos Estados Unidos, no ano de 2017, o índice de casos encerrados através de uma declaração de culpa (*guilty plea*) foi de 97,2% (noventa e sete vírgula dois por cento), em oposição a 2,8% (dois vírgula oito por cento) de julgamentos realizados pelo tribunal do júri (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 2017). No Chile, cujo modelo

processual penal tem inspirado a reforma em outros países da América Latina, apenas cerca de 2% (dois por cento) dos casos submetidos a juízo são resolvidos através de um julgamento oral. Se considerarmos somente os casos em que há sentença de mérito — excluídas as chamadas saídas alternativas — o percentual de casos resolvidos por meio de procedimentos abreviados e simplificados é de aproximadamente 95% (noventa e cinco por cento)³.

A breve experiência empírica proporcionada pelo curso promovido pela *Asociación de Magistrados del Uruguay*⁴ evidenciou que o procedimento abreviado predomina nas salas de audiência. A constatação encontra amparo nos números divulgados pelo Ministério Público uruguaio sobre os resultados da reforma processual penal.

Tratam-se de dados provisórios, para análise de eficácia e eficiência do sistema penal no período compreendido entre 1º de novembro de 2017 e 31 de outubro de 2018, ou seja, no primeiro ano de vigência do novo Código de Processo Penal.

Para análise dos níveis de eficácia é verificada qual porcentagem total dos delitos ocorridos são noticiados, comunicados ao juízo ou promotor competentes, investigados, em quais se consegue definir um ou mais responsáveis e em quantos se obtém uma sanção penal para o responsável e/ou compensação para a vítima (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, 2018, p. 13). A eficiência é analisada em termos de tempo decorrido entre o início e a conclusão do processo penal (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, 2018, p. 29).

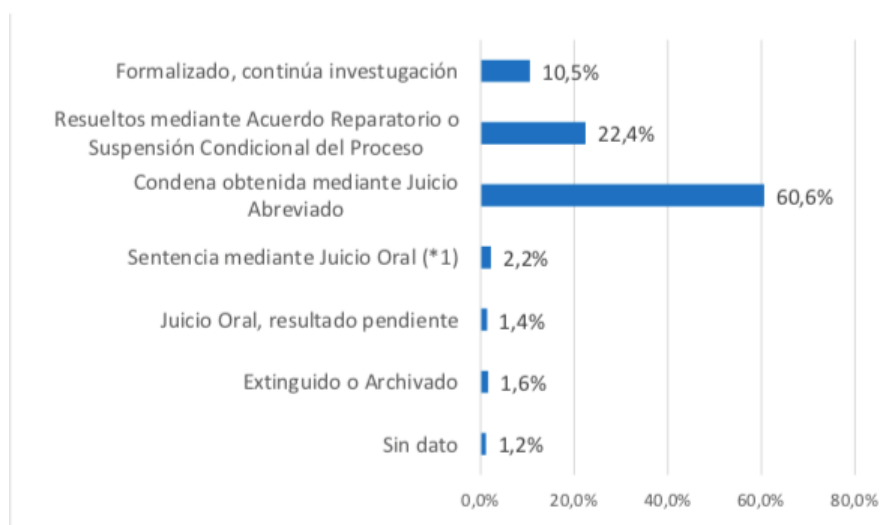
No período analisado, foram formalizados 10.033 casos, sendo que 86,9% deste total foi finalizado dentro do intervalo temporal avaliado. 22,4% dos casos foram resolvidos mediante acordo reparatório ou

³ Dados divulgados pelo Ministério Público chileno, referentes aos meses de janeiro a setembro de 2017. Para mais informações, ver o nosso FREITAS, Jéssica O. F. *Juicio abreviado e eficiência punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do plea bargaininig no processo penal chileno*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. 1ª ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P. 133-157.

⁴ Curso sobre “*La Reforma del Proceso Penal en Uruguay*” realizado nos dias 15 e 16 de novembro de 2018 na *Asociación de Magistrados del Uruguay*, em Montevideo.

suspensão condicional do processo. 6079 casos (60,6% do total de formalizações) resultaram em condenações através do procedimento abreviado, ao passo que 223 (2,2 %) foram sentenciados em um julgamento oral. 1,4% estava em fase de júízo oral, mas com julgamento ou resultado ainda pendente. 1058 casos (10,5%) ainda estavam em fase de investigação, 1,6% foram arquivados ou extintos e não há dados sobre 1,2% dos casos (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, 2018, p. 27).

Ilustración II.9 Casos formalizados (sin unificados) según estado (1/11/17 a 31/12/18)



Se considerarmos apenas os processos já encerrados com análise de mérito (sentença condenatória e absolutória), tem-se um total de 6302 casos, dos quais aproximadamente 96,46% resultaram em condenação por meio de um procedimento abreviado, índice muito próximo do uso da justiça negociada nos Estados Unidos e no Chile, conforme dados apresentados anteriormente.

O relatório do Ministério Público aponta que o novo CPP conduz a altos índices de eficiência. Especificamente em relação ao procedimento abreviado, o tempo médio entre a formalização do caso e seu desfecho é de 11,3 dias sendo que o tempo mínimo observado foi de

zero dias, ou seja, na própria audiência de formalização foi realizado o acordo e proferida a sentença de condenação.

Evidentemente não se questiona a necessidade de buscar eficiência no processo penal, tanto pela dimensão de cumprimento da garantia da duração razoável quanto pelo gerenciamento adequado de recursos financeiros limitados. Todavia, estratégias de aceleração processual por meio de negociação de culpa devem ser vistas com cautela diante da potencialidade de violação de garantias fundamentais e de massificação de condenações, reforçando ideologias punitivistas e de defesa social.

No modelo uruguaio, dois aspectos merecem destaque. Primeiramente, a ampla possibilidade de aplicação do procedimento abreviado, já que é passível de ser aplicado em crimes cuja pena mínima não seja superior a seis anos de prisão. Ao contrário do Chile, por exemplo, não é estipulado um limite máximo de pena cominada ou requerida pelo Ministério Público⁵. Isso viabiliza que o procedimento abreviado seja passível de utilização em um grande número de crimes, resultando na possibilidade de negociação em crimes cujas penas são consideravelmente elevadas⁶.

O segundo aspecto refere-se à necessidade de cumprimento efetivo da pena aplicada, ou seja, caso a pena acordada implique em privação de liberdade, deverá ser cumprida a integralidade do tempo previsto de prisão, não sendo possível a concessão de benefícios tais como

⁵ O artigo 406 do Código de Processo Penal chileno prevê que o procedimento abreviado é aplicável nos casos em que o Ministério Público requer uma pena não superior a cinco anos de privação de liberdade, salvo quando se tratar dos crimes de furto, roubo e receptação, cujo limite é de dez anos.

⁶ Convém destacar que através da Instrução n. 10, de 24 de agosto de 2018, o Ministério Público restringiu o alcance do acordo quando realizados em processos que versam sobre crimes sexuais e homicídio doloso. Nestes casos, a pena acordada não poderá ser inferior à mínima prevista no tipo penal. O documento pode ser acessado no seguinte link: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/3480/1/instruccion-nro-10.pdf>.

A instrução normativa foi aprovada após casos de estupro e abuso sexual que ganharam repercussão em razão de a pena pactuada no procedimento abreviado ter sido considerada baixa e desproporcional à gravidade dos crimes. A seguinte reportagem, publicada no *El Observador* em 28 de agosto de 2018 é elucidativa sobre a questão: <https://www.elobservador.com.uy/nota/violadores-corruptos-lavadores-y-homicidas-quedan-excluidos-de-hacer-acuerdos-con-fiscales-para-reducir-penas-2018828500>.

liberdade antecipada ou redução da pena por trabalho ou estudo. A previsão, que não constava no texto originário do Código, foi introduzida pela Lei 19653, de 17 de agosto de 2018, como um contraponto às penas mais baixas acordadas no procedimento abreviado⁷.

Assim, embora ainda seja cedo para empreender avaliações complexas acerca do funcionamento da justiça criminal uruguaia após a reforma do Código de Processo Penal, é possível observar algumas tendências, que se revelam convergentes com o constatado em outros países que passaram por processo semelhante de reforma. Dentre elas, destaca-se a ampla utilização do procedimento abreviado nos casos penais que chegam a juízo, o que demarca a excepcionalidade do procedimento ordinário — julgamento oral — que concentra as garantias imprescindíveis à configuração de um processo que busca aspirações democráticas.

CONCLUSÃO

Por certo a complexidade do tema abordado não permitiu aprofundamentos neste curto espaço. O objetivo foi abordar brevemente a inserção de instituto inspirado no *plea bargain* no processo penal uruguaio e traçar um esboço sobre seu formato e aplicação ao longo do primeiro ano de vigência do novo Código de Processo Penal.

Observou-se a prevalência da adoção do modelo abreviado para alcançar condenações penais, em detrimento do procedimento ordinário — julgamento oral — que concentra todas as garantias aclamadas pela reforma. Dessa forma, subsiste o risco de deterioração dos princípios e garantias fundantes de um modelo acusatório e da transformação do processo em instrumento ágil e massificado de condenações e reforço de ideias e políticas punitivistas.

⁷ A alteração legislativa reflete um fato curioso: se, de um lado, há quem sustente a impropriedade do procedimento abreviado por causa de potenciais lesões a garantias processuais e massificação de condenações desprovidas do necessário lastro probatório, parte da sociedade insurge-se contra a brandura das penas efetivamente aplicadas, o que culminaria em uma redução da função inibitória da sanção penal e, também, em impunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHEDIAK, Jorge; NICASTRO, Gustavo; PESCE, Marcelo. El nuevo CPP a poco más de 15 días de su entrada en vigor. Consideraciones generales, observaciones y soluciones para su implementación. In BINDER, Alberto *et al.* *Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

EL OBSERVADOR. *Violadores, corruptos, lavadores y homicidas quedan excluidos de hacer acuerdos con fiscales para reducir penas*. Publicado em 28 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.elobservador.com.uy/nota/violadores-corruptos-lavadores-y-homicidas-quedan-excluidos-de-hacer-acuerdos-con-fiscales-para-reducir-penas-2018828500>. Acesso em 04 de março de 2019.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Informe anual 2018 supervisado por el Consejo Honorario de Transparencia Estadística. Disponível em: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/5980/1/informe-anual.pdf>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2019.

GUARDIA, William Corujo. Proceso Abreviado: el proceso de mercado. In BINDER, Alberto *et al.* *Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

LANGER, Máximo. *Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Santiago: CEJA, 2011.

QUINTANA, Jaime Arellano; CAMPOS, Santiago Pereira. Presentación de la publicación. In CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo [coord]. *Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2018.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Sourcebook 2017* (sentencing information). Disponível em: <https://www.ussc.gov/research/sourcebook-2017>. Acesso em 16 de fevereiro de 2018.

A PROPOSTA DE ADOÇÃO DE SOLUÇÕES NEGOCIADAS NO PROCESSO PENAL: UMA COMPARAÇÃO ENTRE O MODELO DO URUGUAI E A PROPOSTA PARA SUA ADOÇÃO NO BRASIL

José de Assis Santiago Neto¹

A proposta de adoção de soluções negociadas no processo penal brasileiro deve ser pensada em conformidade com o sistema processual penal adotado no Brasil. Tal proposta é apresentada como se isso fosse a solução mágica para toda a demora procedimental penal no País, porém não se trata de mais uma importação de um instituto pontual derivado de um modelo acusatório-adversarial para um sistema inquisitivo, sendo que a medida, por não ser do núcleo duro do sistema de origem se amoldará como luva à mão no sistema de destino e servirá a seus objetivos de um procedimento célere e afastado de qualquer possibilidade de devido processo legal.

Na atual quadra histórica, todos os países latino-americanos reformaram, após o fim das ditaduras vivenciadas entre as décadas de 1960-1980, seus respectivos sistemas de justiça criminal para adotar modelos acusatórios, exceto um, o Brasil. Nessa reforma, os ditos países latinos passaram a adotar modelos processuais centralizados nas partes e nos quais a elas é atribuído o papel central na produção da prova e formação da decisão, que poderá ser negociada entre seus atores. Enquanto isso, o Brasil segue na contramão da história com um código de processo penal forjado sob os pilares fascistas, que coloca o juiz como principal protagonista e adotando um sistema inquisitório.

¹ Doutorando em Direito Processual (PUC/MG), professor de Direito Penal e Processual Penal (PUC/MG), advogado criminalista.

A diferença entre um sistema acusatório e um sistema inquisitório está em dois aspectos basilares, a gestão da prova² e o(s) sujeito(s) protagonistas³. Enquanto no sistema acusatório a gestão da prova encontra-se nas mãos das partes sendo elas as protagonistas do procedimento, no sistema inquisitório a gestão da prova é do juiz, que se converte em protagonista do procedimento.

Assim sendo, duas marcas são fundamentais em um processo penal acusatório, a atribuição da prova às partes e a existência de partes bem delimitadas. E é exatamente nesse ponto que o processo penal brasileiro e uruguaio se separam. Enquanto no Brasil - apesar de a Constituição estabelecer a separação entre Ministério Público, defesa e juiz – a prática, fomentada por um código inquisitorial acaba misturando as funções de acusar e julgar, vide a possibilidade de produção de provas pelo juiz (art. 156) e de condenação sem pedido da parte acusadora (art. 385), bem como de se condenar com base na prova do inquérito (arts. 12 e 155). Além do mais não há uma definição clara do papel do Ministério Público no processo penal, o que leva a parte da doutrina a afirmar ser uma mítica “parte imparcial”⁴. Esse cenário no Brasil coloca o julgador como protagonista do procedimento e, conseqüentemente mantém o sistema de justiça criminal em um sistema inquisitorial.

De outro lado, a realidade uruguaia, após a reforma do processo penal ocorrida em 2014 e vigente desde 2017, mostra-se completamente diversa. O ministério público é colocado como parte no processo penal (art. 45.2), as provas são produzidas pelas partes (art. 140.2), não tendo o juiz gestão sobre elas. Isso coloca o processo penal uruguaio em um modelo acusatório-adversarial, onde as partes são protagonistas do procedimento.

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 46, nº 183, pp. 103-115, julho/setembro de 2009.

³ SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁴ Por todos, PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 467.

É nesse contexto que se colocam as soluções negociadas no processo penal, fruto de modelos em que as partes atuam em condições de igualdade para que possam negociar a resolução do caso penal. Ou seja, fruto de modelos processuais acusatórios-adversariais, eis que protagonizados pelas partes. Em que pese a negociação penal ser realizada já em condições de pressão desigual entre seus envolvidos, eis que o que está em jogo é a liberdade de um dos envolvidos na negociação, o processo penal acusatório reduz tais desigualdades uma vez que estabelece o ônus probatório à parte acusadora e assegura a presunção de inocência ao acusado.

Enquanto no procedimento inquisitorial o acusado é tratado como um animal que deve ser explorado⁵, no modelo acusatório o acusado é tido como sujeito de direitos. Isso faz toda diferença na forma de tratamento do acusado em um eventual acordo para uma solução negociada do caso penal. Enquanto em modelos acusatórios-adversariais presume-se a boa-fé das partes, em modelos inquisitórios a boa-fé é presumida apenas em relação ao juiz e ao acusador (que se confundem em seus papéis), sendo que o acusado é presumidamente um ser astuto que buscará enganar o sistema, presume-se sua culpa e sua má-fé.

No modelo inquisitório brasileiro adota-se a desconfiança em relação ao acusado, como se ele buscasse, a todo custo ludibriar o juízo em busca de benefícios e de sua absolvição. Assim, o procedimento se desenvolve na guerra do Estado (juiz e Ministério Público) que presumem que o acusado é culpado, e por isso deve confessar, e que usa de subterfúgios ilícitos para se safar da acusação, mantendo-se a estrutura descrita por Nicolau Eymerich em seu *Manual dos Inquisidores*⁶. Com esse pensamento, o acusado é visto como mentiroso e qualquer elemento que surja a seu favor pouco (ou nada) interessa ao processo, apenas aqueles que o incriminam é que importaria para as mentes

⁵ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal – Tomo I*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, p. 23.

⁶ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. 2ª edição. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

inquisidoras que trabalham convencidas previamente da culpa do acusado (quadro mental paranoico⁷).

Assim sendo, enquanto no modelo proposto no Brasil a proposta se baseia muito mais na busca de uma confissão por parte do acusado, estabelecendo a obrigação de confessar e reparar os danos, sem estabelecer qualquer obrigação de acesso aos elementos colocados nas mãos da acusação, no modelo uruguaio se estabelece expressamente o dever de se dar ao imputado conhecimento de todos os fatos e elementos a ele atribuídos (art. 272). Somente com ciência plena é que o acusado poderia tomar uma decisão menos desigual sobre seu destino.

Há no modelo inquisitorial a presunção de má fé por parte do acusado, levando a acusação e o próprio juiz (protagonista que detém a gestão da prova em suas mãos) a uma posição de desconfiança tal que respondem na mesma moeda, também usando de mecanismos para surpreender o acusado e seu defensor, como ocultação de provas e a exclusão do acusado da sala de audiências (como no art. 217 do Código de Processo Penal brasileiro).

Nesse contexto, para uma verdadeira reforma processual penal é preciso mudar a mentalidade dos operadores do processo penal, levando-se à sério a Constituição e, sobretudo a presunção de inocência do acusado, que deve ser visto como sujeito de direitos e não mais como objeto de exploração do procedimento, presumir a inocência não é apenas para julgar o indivíduo, mas para dar a ele tratamento digno e igualitário durante todos os atos do processo.

Dessa forma, a mudança percebida no Uruguai está em curso, foram dados os primeiros passos para a adoção de um modelo acusatório, a mudança completa virá com a mudança de mentalidade a ser realizada com o tempo e a formação continuada dos operadores do sistema de justiça criminal ao longo do tempo e sua adaptação ao novo sistema e percepção dos defeitos do sistema anterior.

No Uruguai, a adoção de acordos de solução negociada em juízos abreviados se deu de maneira ampla, talvez pela crença na acusatoriedade que vem sendo implantada, o que gerou problemas e abusos na

⁷ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 51.

restrição da liberdade através de acordos negociais. O que vem sendo objeto de críticas pelos próprios juízes uruguaios⁸ e faz parte da própria mudança de mentalidade que é necessária para a adoção de um sistema efetivamente acusatório.

Nesse contexto, o sistema uruguaio já deu um passo alterando a forma do processo penal através do novo Código e vem caminhando para a alteração mais difícil, a da mentalidade de seus operadores, o que demandará tempo para a formação. No atual momento, o abuso da adoção de medidas negociadas nos juízos abreviadas, inclusive com imputados presos, chama a atenção, ainda há um poder novo que demanda algum tempo para ser controlado e colocado em seu lugar. Mas, de toda forma, o modelo uruguaio ainda é superior ao brasileiro e com o passar do tempo estará cada vez mais avançado, na medida em que for interiorizando os princípios do sistema adotado e se distanciando do Brasil que segue satisfeito com seu sistema inquisitório.

No Brasil, sequer foi dado o primeiro passo nessa mudança, permanecemos presos a um sistema inquisitorial e à armadilha napoleônica do que se convencionou chamar sistema misto, que, na verdade, não passa de um sistema inquisitório travestido. No Brasil a mentalidade da maior parte dos operadores do processo penal faz com que finjam estar em um processo penal acusatório, dizendo que para tanto bastaria a existência de partes, mas se mantém imersos em um modelo francamente inquisitório sem sequer se dar conta disso.

A importação dos acordos de solução negociada para um sistema inquisitório como o brasileiro fará com que o instituto se amolde ao sistema, já que o sistema jamais se amoldaria ao instituto. Dessa forma, os acordos acabariam se tornando em um atalho para a privação da liberdade, feitos de forma impositiva e ainda menos negociada, com a ocultação de elementos que favorecessem o acusado com o escopo de forçar o acordo. Seria a imposição do poder pelo próprio poder.

Na cultura inquisitorial de que o juiz é parte de um sistema de segurança pública, que ainda domina no Brasil, fruto da própria

⁸ <http://amu.org.uy/implementacion-de-nuevo-cpp-es-altamente-positiva-pero-juicio-abreviado-se-aplico-de-una-manera-demasiado-amplia-dice-presidente-de-asociacion-de-magistrados/>

normalização do modelo inquisitório, aquele que deveria zelar pela legalidade do acordo e por sua espontaneidade seria o primeiro a usar de sua força para coagir e auxiliar um dos lados dos que estão a fazer o acordo.

O modelo de solução negociada importado para um sistema autoritário como o brasileiro serviria unicamente aos interesses do poder em buscar a celeridade cega do processo, que confundem celeridade com razoável duração do processo e que nada têm de sinônimos⁹. Tal modelo proporcionaria apenas penas mais rápidas, levando ao abuso (ainda maior de prisões e medidas cautelares como forma de se fomentar o acordo e violar à vontade, tal qual já ocorre em inúmeras delações premiadas.

A conclusão a que se chega é a de que o modelo acusatório-adversarial uruguaio de processo penal está mais avançado que o medieval sistema inquisitório brasileiro. A importação das medidas negociais construídas sob as bases de um sistema adversarial, que presuppõe uma disputa entre as partes com um terceiro imparcial que garanta as regras do jogo apenas, para um sistema inquisitório onde a cultura é a da atuação ativa do terceiro (que sai de seu lugar de imparcialidade) como busca de uma pseudojustiça, fará com que as soluções negociadas se adaptem ao sistema e que a busca de soluções de um processo penal negocial se tornem ainda mais impositivas que são nos modelos adversariais. Isso traria um procedimento penal cada vez mais rápido e menos conectado à construção do devido processo legal, fazendo da aplicação penal um mero procedimento onde pouco importaria o contraditório e o debate entre as partes, ou apenas uma forma de impor de forma abreviada a restrição da liberdade goela abaixo da democracia.

⁹ <https://emporiiododireito.com.br/leitura/razoavel-duracao-do-processo-nao-e-sinonimo-de-processo-celere>

JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA, CELERIDADE E SELETIVIDADE

Rodrigo Faucz Pereira e Silva¹
Priscilla Kavalli²

No final de 2018 um grupo de professores e pesquisadores de Processo Penal estiveram no Uruguai para conhecer, na prática, o sistema implementado pelo novo Código de Processo Penal local (Lei 19.293/2014). O Uruguai foi o penúltimo país das Américas a adotar um código de matriz acusatória, deixando o Brasil sozinho como o único país do continente que permanece no sistema inquisitorial.

Presenciar como o sistema adversarial acontece em países vizinhos, com realidades regionais semelhantes, viabiliza reflexões e ponderações valiosas sobre o nosso próprio sistema processual penal. Ainda mais em um momento em que o processo penal passa (ou tem a expectativa de passar) por mudanças.

Um dos temas ultimamente discutidos no Brasil e que vem sendo objeto recorrente de proposições normativas diversas é a negociação na esfera criminal como forma de solução de conflitos sem a necessidade de que o processo tenha seu convencional desenvolvimento. Nesta toada, o caminho seguido pelo Uruguai foi de possibilitar uma gama um tanto quanto ampla de ferramentas alternativas. O CPP uruguaio previu como possibilidades a *mediação extraprocessual*, a *suspensão condicional do processo* e os *acordos reparatórios*. Também previu o

¹ Doutor em Neurociências (UFMG). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia (UniBrasil). Professor de Processo Penal da FAE Centro Universitário. Professor do Programa de Mestrado em Psicologia Forense (UTP). Advogado.

² Pós-graduada em Ministério Público e Estado Democrático de Direito (FEMPAR). Pós-graduada em Direito Constitucional (AbdConst). Advogada.

processo abreviado, o qual vem sendo amplamente utilizado no cotidiano forense.

Neste último, a sentença condenatória pode ser alcançada em poucos dias, eis que o acusado admite sua responsabilidade em troca de uma redução de até um terço da pena em concreto que seria devida. No entanto, ressalta-se que o acusado deve ter amplo conhecimento dos elementos colhidos contra ele, bem como o juiz deve assegurar que o acordo foi pactuado com pleno conhecimento dos direitos, de forma livre e voluntária.

A utilização frequente do *processo abreviado* causou críticas por parte da opinião pública, principalmente pelo fato de crimes de repercussão terem sido apenados com penas consideradas baixas, levando a uma alteração legislativa que vetou que o acordo preveja penas inferiores às mínimas em alguns tipos de crimes (como crimes sexuais, por exemplo)³.

Essas ferramentas que impedem que o processo siga seu trâmite normal até o final foram implementadas para organizar os recursos (humanos e financeiros) e viabilizar a atuação do órgão acusatório e do sistema processual penal como um todo. Explica-se: há muito tem se discutido sobre o contrassenso empírico de aplicação do princípio da obrigatoriedade (típico do sistema inquisitorial), que obriga o órgão acusatório a iniciar a persecução penal em relação à todos os crimes cometidos.

O ordenamento uruguaio, ao guinar do sistema inquisitorial para o sistema adversarial, optou pela racionalização do processo penal, como forma de respeitar os direitos e garantias individuais do cidadão, dotando de validade os tratados internacionais sobre a matéria e a própria carta constitucional.

Salienta-se que não está se dizendo que o princípio da oportunidade é incompatível com o sistema inquisitorial⁴, mas como diz Leonel

³ PEREIRA, Santiago. Uruguay. *La Justicia Penal Adversarial en America Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*. Santiago: CEJA, 2018.

⁴ [...] o que se pretende destacar é que não existe uma vinculação necessária e indissociável entre processo acusatório e princípio da oportunidade. Conforme exposto por Goldschmidt (2016), a decisão sobre a configuração acusatória ou inquisitiva do processo

Postigo⁵ “os sistemas adversariais foram construídos na base da regulação do princípio de oportunidade”, eis que permitem a otimização do processo penal e garantem uma maior efetividade.

1 PERSPECTIVA DA JUSTIÇA NEGOCIADA NO BRASIL

Espécies de justiça criminal negociada ou consensual, típicas da *common law* (especialmente considerando o volume de sua utilização), há anos estão sendo empregadas no Brasil. Veja-se, *ex vi*, a transação penal, a colaboração premiada e, mais recentemente, o acordo de não-persecução penal⁶.

Nos últimos meses grande debate se ergueu sobre o Projeto de Lei Anticrime (PL 1.864/2019), apresentado pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, atualmente em trâmite perante o Congresso Nacional. Dentre os pontos polêmicos, o projeto prevê seja acrescentado ao CPP um instrumento semelhante à *plea bargain* norte-americana, possibilitando que as partes (acusação e defesa) entabulem acordo e requeiram a aplicação imediata das penas.

A análise do projeto de lei brasileiro permite identificar pontos de similaridade com o *processo abreviado* uruguaio, o que também erige alguns questionamentos e críticas necessárias. Primeiramente porque no Uruguai o novo sistema exige *standards* mínimos de *fair play* processual, em que a negociação deve ocorrer de forma transparente, sem

não conduz precisamente a uma decisão sobre a opção pelo princípio da legalidade ou oportunidade. Para o autor, ‘o princípio da oportunidade não é de nenhuma maneira uma consequência ou um incremento do princípio acusatório’ (Goldshmit, 2016, p. 82).” In: FREITAS, Jessica. Juicio Abreviado e Eficiência Punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do plea bargaining no processo penal chileno. *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Vol. II. Coord. Leonel González Postigo. Santiago: CEJA, 2018. p. 183-195.

⁵ POSTIGO, Leonel González. *Pensar na reforma judicial no Brasil: conhecimento teórico e práticas transformadoras*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. P. 33.

⁶ Instituída pela Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público. Não obstante alguns doutrinadores advogam pela validade desta resolução, baseado na possibilidade do CNMP em normatizar regras aos seus membros e dotar de efetividade princípios previstos constitucionalmente, a constitucionalidade da Resolução está sendo questionada tanto pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI 5790), quanto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI5793).

surpresas ou ocultação de provas. No projeto de lei brasileiro, ou mesmo na exposição de motivos, não há preocupação nesta seara – o que teria como consequência uma discricionariedade incompatível, em tese, com os princípios da impessoalidade, igualdade e legalidade.

Outra ponderação, talvez derivada da apontada acima, seria com a ausência de paridade de armas entre acusação e defesa, eis que, ao menos atualmente, a grande maioria da clientela do processo penal não possui condições de ter uma defesa que poderia, a princípio, fazer frente ao órgão ministerial. Como se sabe, em uma mesa de negociação, as concessões dependem da força de cada negociador.

Mas talvez a maior crítica seria em relação à utilização paulatina e crescente da confissão como forma de resolver imediatamente o processo, sem a necessidade de julgamento. Situação que ocorreu com a *plea bargain* nos EUA, em que este instituto domina quase a totalidade das soluções dos processos penais que chegam no Judiciário (mais de 95% dos casos) ⁷.

A doutrina norte-americana tem se debruçado sobre o tema nos últimos 40 anos – inclusive com pesquisas empíricas –, o que nos permite prospectar algumas questões que surgirão quando da eventual implementação de institutos similares no Brasil. Aliás, a tendência de globalização jurídica demonstra a influência indelével entre os mais diversos ordenamentos, inclusive entre aqueles de família jurídicas diferentes.

De acordo com o estudo de Bordens e Basset⁸, as verdadeiras motivações dos acusados para aceitar acordos e confessar o cometimento de crimes são: (a) pressão do advogado; (b) pressão indireta; (c) remorso; (d) relação com a sentença; (e) conveniência; (f) possibilidade de condenação; e (g) ausência de outras alternativas.

⁷ ZIMMERMAN, David; HUNTER, Samantha. Factors affecting false guilty pleas in a mock plea bargaining scenario. In: *Legal and Criminological Psychology*, 23, 1, p. 53-67. 2018.

⁸ BORDENS, Keneth; BASSET, John. The plea bargaining process from the defendant's perspective: A field investigation. In: *Basic and Applied Social Psychology*. 6, 2, p. 93-110. 1985.

No experimento de simulação, Edkins e Dervan⁹, apesar de apontar que *culpados* são 6,39 vezes mais tendentes a aceitar um acordo de aceitação de culpa, 56,4% de *inocentes* também aceitaram o acordo oferecido.

Em outra pesquisa empírica, Zimmerman e Hunter¹⁰ identificaram que o acusado leva em consideração, para aceitar ou não a proposta, a chance de condenação hipotética (independentemente de sua real responsabilidade). Ademais, também apontou que a recomendação do defensor altera significativamente a aceitação do acordo. Este último ponto ganha especial relevância na realidade brasileira pela fragilidade estrutural das defensorias públicas.

Mesmo em países onde a justiça criminal negociada é mais recente, tem-se uma prevalência pela aplicação dos acordos. No Chile, por exemplo, o Ministério Público leva ao *juicio oral* (processos com trâmite de julgamento completo) apenas entre 5% e 10% dos casos¹¹.

Ao analisar os números absolutos dos processos criminais em trâmite no Brasil, percebe-se a indispensabilidade da criação de instrumentos que auxiliem na operacionalização eficiente dos julgamentos. A título de ilustração, o Conselho Nacional de Justiça (Relatório Justiça em Números de 2018¹²) informou que apenas no ano de 2017 ingressaram no Poder Judiciário cerca de 2,7 milhões de casos novos criminais, sendo que 91,5% desses casos na Justiça Estadual. Isto sem contar com os casos criminais pendentes naquele ano, que já se somavam 6,2 milhões.

Certamente esse número expressivo comprova a necessidade de projetar a persecução penal de forma inteligente, além de investir

⁹ EDKINS, Vanessa; DERVAN, Lucian. Pleading innocents: Laboratory evidence of plea bargaining's innocence problem. In: *Current Research in Social Psychology*, 21, 2, p. 14-21. 2012.

¹⁰ ZIMMERMAN, David; HUNTER, Samantha. Op. Cit.

¹¹ BERCLAZ, Marcio Soares. Um Ministério Público sem Política de Persecução Penal. In: *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Coord. Leonel Gonzalez Postigo. Santiago: CEJA, 2017. p. 424.

¹² JUSTIÇA EM NÚMERO: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em: 30 setembro 2018.

na criação de ferramentas que contribuam para direcionar a atuação para os crimes de maior importância e gravidade social. A *seletividade informal* de hoje, realizada pela polícia e demais Instituições, deve dar lugar a uma política criminal coerente aos objetivos democráticos desejados.

Crítica doutrinária relevante é que a aplicação de institutos negociais na seara criminal no Brasil esbarra no *princípio da obrigatoriedade*, através do qual todos os crimes que chegarem ao conhecimento da autoridade devem ser investigados e, havendo justa causa, processados. No entanto, tal princípio não apenas desconsidera que grande parte dos crimes não chega ao conhecimento da autoridade, como principalmente que é impossível investigar e processar de forma eficaz todos os casos. Sendo assim, a obrigatoriedade não pode ser considerada como um princípio absoluto¹³.

O princípio está previsto como forma a concretizar uma suposta (e inexistente) igualdade, tentando afastar a inexorável seletividade. Conforme a lição de Leonel Postigo¹⁴:

O certo é que ocorre uma seleção dos casos a ser investigados, por quanto os recursos humanos e financeiros (sempre limitados) não permitem perseguir e julgar de forma eficiente todos os casos. Essa seletividade de facto, sempre será ocupada por alguma entidade do sistema penal. Sob a ficção do princípio da legalidade processual ou obrigatoriedade, essa função é exercida pelas agências policiais, que aplicam filtros na persecução, mas que não estão submetidas a nenhum tipo de critério ou controle. Zaffaroni denominou isso como “criminalização secundária”, ou seja, a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas que supõe o processo que vai desde a detenção até a prisão do acusado.

¹³ Aliás, conforme lembra Jacinto Coutinho, o princípio da obrigatoriedade sequer está previsto expressamente em nosso ordenamento jurídico, sendo uma criação doutrinária e jurisprudencial. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A Natureza Cautelar da Decisão de arquivamento do Inquérito Policial. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT. n.70, p.51.

¹⁴ POSTIGO, Leonel González. Op. Cit. p. 33.

Conforme já explanado no início deste trabalho, o princípio da oportunidade viabiliza uma maior racionalização por parte das Instituições envolvidas com o processo penal, o que também não impede que a *seletividade informal* ocorra. Cite-se o a pesquisa de Kutateladze, Andiloro e Johnson¹⁵, que concluíram que, nos Estados Unidos, acusados afrodescendentes possuem 2,4 mais chances de não receberem qualquer oferta de redução de pena do que acusados brancos.

Não se trata de mera elucubração que a implementação do *plea bargain*, ainda mais no modelo proposto no projeto de Lei 1.864/2019, acentuará e prejudicará os grupos em vulnerabilidade socioeconômica, não apenas porque continuarão selecionados pelas Instituições, como serão encarcerados mais rapidamente e terão menos possibilidade defensiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É lamentável que o Brasil ainda seja o único país do continente a ter um sistema processual penal de matriz inquisitória. Também é desalentador perceber que não há perspectivas concretas de que uma mudança positiva esteja à vista – principalmente ao se analisar a conjuntura política em que vivemos. No entanto, a academia deve continuar a apontar quais são as possíveis consequências das escolhas político-criminais, particularmente a partir da análise comparada.

Ressalta-se que mais importante que a implementação de ferramentas de justiça penal negociada, é a transição na mentalidade dos atores do processo penal, de modo a afastar o modelo inquisitorial e tudo que advém dele e criar uma cultura adversarial verdadeiramente respeitadora dos direitos e garantias individuais. Conforme preleciona Lucas Rios¹⁶, a “cultura inquisitiva amplamente difundida no Brasil poderá provocar deturpação de institutos fundamentais para a aplicação de

¹⁵ KUTATELADZE, Besiki Luka; ANDILORO, Nancy; JOHNSON, Brian. Opening pandora’s box: how does defendant race influence plea bargaining? In: *Justice Quarterly*, 33, 3, p. 398-426. 2016.

¹⁶ RIOS, Lucas P. Carapiá. *Procedimentos Abreviados e de Negociação Penal na Implementação de um modelo Adversarial de Processo: os riscos da cultura inquisitiva e das aspirações neoliberais de eficiência.* p. 197.

um modelo adversarial, como são os mecanismos ‘negociais’, no sentido de que os mesmos funcionem como ferramenta de consolidação das práticas inquisitivas já arraigadas”.

A negociação na esfera criminal tem como escopo assegurar celeridade e eficiência na solução do processo penal. É inegável que o modelo tradicional de solução de conflitos não tem conseguido dar minimamente uma resposta para pacificação social pretendida. Desta sorte a justiça criminal negociada, desde que dentro dos parâmetros éticos e de preservação da ampla defesa, apresenta uma alternativa que merece ser considerada.

A experiência no Uruguai serviu para ostentar o protagonismo da *oralidade* em um sistema processual eficaz e célere, bem como indicar a necessidade da aplicação de mecanismos alternativos ao processo convencional como forma de otimização dos recursos. E, sobretudo, demonstrou que, com lealdade democrática e boa vontade institucional, a ruptura com o modelo arcaico e implementação de um modelo acusatório é factível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCLAZ, Marcio Soares. Um Ministério Público sem Política de Persecução Penal. Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Coord. Leonel Gonzalez Postigo. Santiago: CEJA, 2017.

BORDENS, Keneth; BASSET, John. The plea bargaining process from the defendant's perspective: A field investigation. *Basic and Applied Social Psychology*. 6, 2, p. 93-110. 1985.

EDKINS, Vanessa; DERVAN, Lucian. Pleading innocents: Laboratory evidence of plea bargaining's innocence problem. *Current Research in Social Psychology*, 21, 2, p. 14-21. 2012.

FREITAS, Jessica. *Juicio Abreviado* e Eficiência Punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do *plea bargaining* no processo penal chileno. Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Vol. II. Coord. Leonel González Postigo. Santiago: CEJA, 2018. p. 183-195.

KUTATELADZE, Besiki Luka; ANDILORO, Nancy; JOHNSON, Brian. Opening pandora's box: how does defendant race influence plea bargaining? *Justice Quartely*, 33, 3, p. 398-426. 2016.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A Natureza Cautelar da Decisão de arquivamento do Inquérito Policial. *Revista de Processo*, São Paulo: RT. n.70.

PEREIRA, Santiago. Uruguay. La Justicia Penal Adversarial en America Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley. Santiago: CEJA, 2018. p. 532.

POSTIGO, Leonel González. Pensar na reforma judicial no Brasil: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

RIOS, Lucas P. Carapiá. Procedimentos Abreviados e de Negociação Penal na Implementação de um modelo Adversarial de Processo: os riscos da cultura inquisitiva e das aspirações neoliberais de eficiência. *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Vol. II. Coord. Leonel González Postigo. Santiago: CEJA, 2018. p. 197-281.

ZIMMERMAN, David; HUNTER, Samantha. Factors affecting false guilty pleas in a mock plea bargaining scenario. *Legal and Criminological Psychology*, 23, 1, p. 53-67. 2018.

CAPÍTULO VII
ACUSACIÓN Y ETAPA INTERMEDIA

EL PLAZO PARA ACUSAR EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL URUGUAYO

Diego González Camejo¹

“[...] y sobre las flojas fibras del cerebro se asienta la base inquebrantable de los imperios más sólidos”

J.M. Servan citado por Michel Foucault²

INTRODUCCIÓN

El Código del Proceso Penal, ley n. 19.293 de 19 de diciembre de 2014, entró en vigencia el 1 de noviembre de 2017 en todo el país, luego de un proceso legislativo que abarcó más de una década³. Dicho proceso determinó que una vez sancionada la ley n. 19.293 se aprobaran una decena de leyes modificativas, de las cuales cuatro fueron promulgadas con posterioridad a la vigencia del nuevo sistema procesal⁴.

¹ Asistente (Gr. 2 Universidad de la República) en Filosofía y Teoría General del Derecho, aspirante a profesor adscripto en dicha asignatura, Juez Letrado de Primera Instancia de Maldonado de 4to. Turno, egresado del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, Abogado por la Universidad de la República.

² *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, págs. 118 y 119.

³ Para un análisis detallado puede verse ABAL OLIÚ, Alejandro: “Antecedentes del Nuevo C.P.P. Las iniciativas de codificación procesal penal en Uruguay” en: *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal*, volumen 1, Mdeo: FCU, 2018, págs. 17-25.

⁴ Leyes n. 19.436 de 23/09/2016, 19.474 de 30/12/2016, 19.510 de 14/07/2017, 19.511 de 14/07/2017, 19.544 de 20/10/2017, 19.549 de 25/10/2017, 19.587 de 28/12/2017, 19.653 de 17/08/2018, 19.670 de 15/10/2018 y 19.679 de 26/10/2018.

Un proceso legislativo tan complejo determina para el intérprete un desafío porque el texto del Código aprobado presenta inconsistencias e incoherencias que son fruto de modificaciones realizadas sin el cuidado necesario para mantener una obra uniforme, dentro de los márgenes naturales de la técnica legislativa.

En este sentido, si bien el texto legal refiere en varias ocasiones al “plazo para deducir acusación” y prevé una consecuencia específica en caso de su vencimiento (artículo 47 CPP), en ningún artículo se fija cuándo tiene inicio ese plazo, su duración o las consecuencias de la existencia de una investigación sin acusación.

Por su parte, el Código cuidó de establecer el plazo de duración máxima de la investigación y en el artículo 265 lo fijó en un año desde la formalización de la investigación, prorrogable por un año más a solicitud fiscal, en casos excepcionales debidamente justificados.

Por tanto, si bien la ley no estableció un plazo para deducir acusación, determinó un plazo de duración máxima de la investigación penal preparatoria. En este breve ensayo plantearé como hipótesis la coincidencia entre ambos plazos y la caducidad de la acción penal como consecuencia de su vencimiento sin formulación de acusación.

1 LA SOLUCIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CHILENO

El artículo 234 del Código Procesal Penal de Chile prevé la facultad judicial, de oficio o a petición de parte, de establecer en la audiencia de formalización un plazo para el cierre de la investigación, a cuyo término se producen los efectos legales previstos en el artículo 247 del Código Procesal.

Dicho artículo regula el deber de la Fiscalía de cerrar la investigación cuando hayan transcurrido dos años desde la formalización de la investigación, para el caso de que el Juez de Garantía no haya establecido un plazo menor (facultad judicial que en nuestro sistema no está reconocida a texto expreso). Si el Fiscal no declara el cierre de la investigación, el imputado o el querellante pueden solicitar al Juez que aperciba al Fiscal para que proceda al cierre, el Juez citará a las partes a audiencia. Si el Fiscal no comparece a la audiencia se le otorga un

plazo máximo de dos días para que se pronuncie, si no se pronuncia o si comparece pero se niega a cerrar la investigación, el Juez decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Para el caso de que el Fiscal se allane a la solicitud de cierre debe declararlo en audiencia y tendrá diez días para acusar, si vencidos los plazos no formula acusación, entonces el Juez decretará el sobreseimiento definitivo.

El Ministerio Público cuenta en el sistema chileno con varias oportunidades legales para formular acusación pero si no lo hace en los plazos preestablecidos la consecuencia es el sobreseimiento definitivo del imputado.

María Inés Horvitz señala: *“Dijimos que un importante efecto de la formalización de la investigación es el inicio del cómputo del plazo absoluto de dos años que tiene el ministerio público para cerrar la etapa de investigación”*⁵.

El Código Procesal Penal uruguayo no prevé una solución similar, ni siquiera se plantea el problema de una investigación vencida sin acusación, la solución legal del artículo 265 del CPP por sí sola no resuelve la cuestión ya que establece la duración máxima de la investigación pero no lo vincula con el plazo para deducir acusación, al que refiere pero deja vacío de contenido. Incluso prevé una consecuencia muy defectuosa en caso de vencimiento del plazo para acusar (art. 47 CPP) al regular el envío de la investigación al Fiscal subrogante quien tendrá los mismos plazos que el Fiscal subrogado, pero la ley no estableció en ningún caso la duración de tales plazos.

2 EL DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

En relación con este derecho, en el horizonte normativo, es posible hacer referencia al artículo 10 del Código del Proceso Penal, los artículos 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, el artículo XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del

⁵ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián: *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pág. 577.

Hombre, el artículos 9 y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Mauricio Duce y Cristián Riego han señalado:

Una de las funciones centrales del juez de garantía en el nuevo proceso, durante la etapa de investigación, está constituida por el ejercicio de un control riguroso de la duración de la etapa de investigación [...] es deber del juez, en protección de los derechos de las partes, el procurar que el caso se resuelva debidamente o se cierre [...] Los plazos no deben ser aplicados con rigidez. El Estado tiene derecho a poder investigar y preparar su caso razonablemente y el juez debe permitir que este derecho sea ejercido, pero -a su vez- debe lograr que lo sea con la mínima afectación de derechos del imputado, que en este caso se traduce en la prolongación del proceso y, eventualmente, de una medida cautelar. [...] en un proceso penal la extensión temporal del mismo es siempre problemática para las garantías individuales [...] la duración mínima necesaria del proceso constituye una garantía en sí misma⁶.

En el ámbito jurisprudencial podemos citar los casos *Huber vs. Austria* y *Foti vs. Italia* en el sistema europeo, los casos *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, *García y familiares vs. Guatemala* en el sistema interamericano de Derechos Humanos como fallos ejemplares.

3 APARATO DOGMÁTICO

El problema del plazo para acusar, su coincidencia o no con el plazo de duración máxima de la investigación y las consecuencias de la ausencia de acusación dentro del plazo de investigación, no ha sido motivo de análisis particularizados desde la entrada en vigencia del Código del Proceso Penal, sin embargo podemos rastrear en algunos trabajos la preocupación por los problemas del texto legal al respecto y algunos intentos de solución.

Adriana Sampayo y Patricia Marquisá señalan:

⁶ *Proceso Penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, págs. 230-237.

Algunas legislaciones regulan lo que se conoce como ‘cierre de la investigación’, instituto que no aparece en el CPP ni en las modificaciones proyectadas pero que podría ser aplicable de todas formas en el sistema que comenzará a regir el próximo primero de noviembre. Este cierre de la investigación ocurre cuando el fiscal acusa, pide el sobreseimiento o cuando vence el plazo para acusar o solicitar el sobreseimiento sin que lo realice⁷.

Gonzalo Fernández coincide con Santiago Garderes y Gabriel Valentín en que el plazo de duración máxima de la investigación “[...] constituye una garantía en el marco del derecho a un proceso de duración razonable” y agrega:

Inclusive, la reforma proyectada al art. 265 N.C.P.P. le incorpora un segundo inciso, el cual dispone que ‘vencido el plazo legal sin que el Ministerio Público haya presentado la acusación, corresponderá el dictado del sobreseimiento del imputado’. Por tanto, si esta innovación termina siendo aprobada, el sobreseimiento deviene preceptivo en tales casos y pasa en autoridad de cosa juzgada⁸.

La modificación legal proyectada y no aprobada habría resuelto el punto problemático que ahora nos convoca.

Al respecto, Maximiliano Cal señala:

[...] el transcurso de los plazos legales de investigación preliminar, establecidos en el art. 265 del nuevo CPP [...] resulta equiparable al sobreseimiento del proceso [...] lo que surge avalado a partir del principio de duración razonable de los procedimientos y de la prohibición de persecución penal múltiple como corolario del principio de *ne bis in idem*⁹.

En comentario al art. 265 de nuestra legislación procesal penal, Guillermo Nicora aconseja el establecimiento de un plazo judicial para

⁷ “La indagatoria preliminar en el Código Procesal Penal Uruguayo (Ley n. 19.293)” en: *XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Mdeo: FCU, octubre 2017, pág. 190.

⁸ *Los principios generales del proceso penal acusatorio. Luces y sombras*, Mdeo: FCU, junio de 2017, pág. 73.

⁹ “El nuevo proceso penal. Algunas interrogantes” en: *XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Mdeo: FCU, octubre 2017, págs. 118 y 122.

acusar y expresa: “[...] serán las prácticas y los fallos de los próximos años los que aprovechen o desperdicien la oportunidad de trabajar de modo consistente en el respeto al derecho al plazo razonable”¹⁰.

Santiago Pereira Campos sobre el punto propone:

[...] el plazo que tiene el fiscal para presentar la acusación ya que ahora se trata de un plazo inicialmente indeterminado, pero que podría tener como límite el plazo de un año extensible a dos años de la investigación que puede continuar luego de la formalización [...] La actual redacción del CPP no establece expresamente un plazo a contarse desde la celebración de la audiencia de formalización para que el fiscal acuse (en la redacción anterior el plazo era de 30 días). En consecuencia, deben armonizarse las normas de la acusación con el art. 265 ya citado¹¹.

Por su parte, Santiago Garderes refiere: “[...] el imputado goza de un derecho constitucional subjetivo según el cual el proceso debe finalizar definitivamente dentro de un plazo que asegure un enjuiciamiento expeditivo”¹².

En igual línea argumental que los autores precedentes, Fernando Gomes Santoro explica:

Esta segunda etapa [investigación formalizada] culminará cuando transcurra más de un año desde que se formalizó la investigación y el Fiscal no deduce acusación o pide el sobreseimiento. El art. 265 NCPP es claro en cuanto a que la segunda etapa de la investigación tiene una duración máxima de un año. Cumplido este plazo, el Fiscal deberá pedir el archivo de la investigación. No está previsto qué ocurre cuando la investigación lleva más de un año desde que se formalizó la investigación,

¹⁰ “La investigación preparatoria en el nuevo Código del Proceso Penal de Uruguay” en: AAVV: *Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*, Mdeo: UM, 2018, pág. 168.

¹¹ “Roles de los sujetos y principales estructuras del nuevo sistema procesal penal” en: AMU: *Estudios sobre el nuevo proceso penal. Implementación y puesta en práctica*, Mdeo: FCU, diciembre de 2017, págs. 341 y 353.

¹² “Principios de publicidad y contradicción. Principio acusatorio. El derecho a un proceso de duración razonable” en: *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal*, volumen 1, Mdeo: FCU, 2018, pág. 181.

no medió extensión del plazo y el Fiscal no solicitó el archivo de la investigación. Podría sostenerse que en estos casos existe caducidad de estas actuaciones y corresponde el archivo de la indagatoria¹³.

4 CADUCIDAD DE LA ACCIÓN PENAL

Como vimos, a diferencia del derecho chileno que prevé el sobreseimiento por ausencia de acusación en plazo, nuestra legislación no establece solución legal explícita ante la acusación no deducida o presentada una vez vencido el plazo de duración máxima de la investigación, no lo regula como una causal de sobreseimiento (artículo 130 del CPP), tampoco establece las consecuencias para el imputado y su situación de sujeción procesal (inciso final del art. 266.6 del CPP) al vencimiento de los plazos del art. 265 del CPP.

La ausencia de regulación legal explícita, la falta de previsión legal de las consecuencias de la investigación con plazo máximo de duración vencido sin acusación, no puede derivar en el absurdo de la sujeción procesal del imputado sin determinación temporal; dicha solución vulneraría el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Nuestra legislación ha establecido el plazo máximo de duración de la investigación, por lo que no resulta necesario analizar, doctrinaria o jurisprudencialmente, cuál es el plazo razonable de sujeción a una investigación penal; la ley lo ha establecido en un año a contar desde la formalización de la investigación, excepcionalmente prorrogable hasta por un año más.

El problema al que nos enfrenta el Código del Proceso Penal no es la determinación del plazo razonable de investigación, entendiéndolo que coincide con el plazo razonable de sujeción procesal.

Ante esto nos preguntamos ¿qué sentido tendría determinar un plazo máximo de duración de la investigación si la Fiscalía carece de plazo para acusar? ¿Sería la prescripción del delito imputado la que determinaría el plazo máximo de duración del proceso? Si tenemos en cuenta que la solicitud de formalización de la investigación suspende

¹³ “Indagatoria preliminar” en: *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal*, volumen 1, Mdeo: FCU, 2018, pág. 230.

el curso de la prescripción de la acción penal, la respuesta afirmativa a la última pregunta tendría consecuencias absurdas porque determinaría la posibilidad de sujeción procesal indeterminada en el tiempo. El absurdo estaría, entonces, en distinguir plazo de duración máxima de la investigación y plazo para deducir acusación, teóricamente podría decirse: el Fiscal tiene un año para investigar prorrogable por otro más, una vez finalizada la investigación podría acusar hasta el término de la prescripción (suspendida y no meramente interrumpida en la formalización), por lo que la sujeción procesal del imputado dependería exclusivamente de la actividad de la Fiscalía, estaría a merced de su contraparte en el proceso penal, consecuencia absurda que vulnera las bases democráticas del Estado de Derecho.

El proceso penal, dispositivo de ejercicio de poder disciplinario más intenso en el marco de una sociedad democrática, no puede suponer el despliegue de un poder de tal magnitud a favor de una de las partes (Fiscalía) que implique mantener a un inocente sometido indefinidamente en el tiempo a la sujeción procesal, carga tan intensa sobre el individuo que hace necesaria la existencia de todo un sistema de garantías para el control del ejercicio legítimo del poder de persecución penal.

Es preciso señalar que el plazo de un año prorrogable por otro más se inicia una vez formalizada la investigación, esto es, el Fiscal decide estratégicamente cuándo formalizar la investigación, a partir de allí la prescripción de la acción penal se suspende por imperio del artículo 267 del Código del Proceso Penal; también desde allí comienza para el Ministerio Público el plazo de duración máxima de la investigación, plazo durante el cual además debe deducir acusación.

Ni la ley ni el imputado, en principio y salvo el caso excepcional del inciso final del art. 264 del CPP, le imponen a la Fiscalía el momento en el cual debe formalizar la investigación, por lo que el Ministerio Público cuenta con libertad temporal para organizar su investigación y formalizar los cargos cuando lo considere conveniente. Dicha libertad inicial supondrá posteriormente una limitación una vez formalizada la investigación, correlato necesario y garantista del ejercicio democrático del poder penal.

Más allá de la imposibilidad de peticionar medidas restrictivas de la libertad (arts. 221 y siguientes del Código del Proceso Penal) antes de la formalización de la investigación, la Fiscalía cuenta con amplias facultades para reunir evidencias, cabe aclarar que no está claramente determinado en el Código lo que el Juez de Garantía puede disponer antes o después de la formalización (intervención de comunicaciones, allanamientos, registros, incautaciones); por lo que los dos años de duración máxima más el período previo que no tiene duración temporal predeterminada parecen más que suficientes para llevar adelante una investigación penal y para tener, por otro lado, bajo sujeción a un imputado que goza del estado de inocencia.

Formalizada la investigación, el curso de la prescripción se suspende, la Fiscalía cuenta con un año prorrogable por otro más para investigar, acusar o solicitar el sobreseimiento. Finalizado el año o su prórroga, es posible entender que ha operado la caducidad de la acción penal, la que podrá ser declarada aun de oficio, aunque por las características del sistema adversarial resulta aconsejable que sean las partes quienes la petitionen ante el Tribunal.

Entendemos que por las características de nuestra legislación que no prevé una hipótesis de sobreseimiento, el instituto más adecuado para dar solución al punto problemático es la caducidad, seguimos la sugerencia planteada por Fernando Gomes Santoro.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El Código del Proceso Penal uruguayo no soluciona las consecuencias de la ausencia de acusación contra el imputado una vez vencido el plazo máximo de duración de la investigación penal preparatoria, no lo establece como causal de sobreseimiento como es el caso de la legislación chilena, por ejemplo.

No obstante, en su artículo 10 establece el derecho de toda persona a ser juzgada en un plazo razonable y prevé un año prorrogable por otro más para la duración máxima de la investigación penal desde la formalización de la investigación.

La formalización de la investigación suspende el curso de la prescripción, la Fiscalía de regla tiene libertad para investigar sin formalizar, por lo que dejar al arbitrio de la Fiscalía el momento hasta el que tiene posibilidades de presentar una acusación representaría una consecuencia absurda y violatoria de los derechos humanos en el marco de un proceso penal democrático.

En consecuencia, el plazo máximo de duración de la investigación penal preparatoria coincide con el plazo para deducir acusación y a su vencimiento opera de pleno derecho la caducidad de la acción penal.

A BARGANHA JUDICIAL E A IMPORTÂNCIA DA ETAPA INTERMEDIÁRIA: LIÇÕES PARA A REFORMA BRASILEIRA

Marco Aurélio Nunes da Silveira¹

Em 2017, o Uruguai adotou um novo Código de Processo Penal, na esteira das legislações acusatórias já em vigor — algumas delas desde os anos 90 — em todos os demais países latino-americanos, à exceção do Brasil.

Nada obstante, é bastante previsível que a cultura inquisitiva, com seus séculos de avassaladora influência², cobre seu preço e promova distorções no modelo acusatório idealizado. A experiência europeia³ e

¹ Professor de Direito Processual Penal e Criminologia da UFPR e do UNICURITIBA. Doutor em Direito (UFPR). Profesor titular del Doctorado en Ciencias Penales – Universidad San Carlos de Guatemala. Presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória.

² A influência da lógica inquisitiva perpassa o processo penal e alcança inúmeros outros âmbitos da vida de sociedades como as existentes, atualmente, na América Latina. O punitivismo e a inquisitorialidade são faces da mesma moeda. Isto faz com que o discurso do homem médio sobre a questão criminal, carregado de preconceitos e lugares-comuns, retroalimente a excessiva intervenção do aparato penal do Estado na sociedade. Neste contexto, as garantias processuais penais, que são o verdadeiro esteio da democracia processual, acabam reduzidas a um papel aviltado na experiência concreta do processo penal brasileiro. Eis um dos motivos que tornam tão difícil aprovar e implementar leis processuais acusatórias e democráticas em países com forte herança político-cultural colonial e autoritária.

³ Um bom exemplo é a Itália, que adota seu Código de Processo Penal acusatório no final dos anos 80. O modelo já nasce com certas deformações inquisitivas, que se agravam em consequência da jurisprudência surgida no contexto da Operação Mãos Limpas. Sobre o tema, entre muitas outras obras, recomendamos: (i) ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio *et al.* *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito,

latino-americana demostró grandes desafíos a serem enfrentados por tentativas reformistas democráticas, que precisaram superar obstáculos jurídicos, culturais, políticos, estruturais, corporativistas, esforços de contrarreforma, etc.⁴

No caso uruguaio, a despeito da boa redação legislativa, o Novo Código de Processo Penal é ameaçado, de maneira bastante contundente, por vários de tais desafios. Particularmente, o risco da reconfiguração inquisitorial dos sistemas acusatórios, para usar a feliz expressão de Alberto Binder.⁵

Com efeito, entre os juristas brasileiros que visitaram aquele país, em 2018, para conhecer o modelo reformado uruguaio, presenciar audiências e debater com atores do sistema penal, ficou a impressão — diferentemente do que ocorreu na visita ao Chile, em 2016 — de que há

2017, pp. 13-46; (ii) ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. In: *AA. VV. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana: Materiali dall'incontro di studio – Ferrara, 12-13 Novembre 2010*. Milão: Giuffrè, 2011 [Edição brasileira em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio et al. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 15-56].

⁴ Sobre os desafios jurídicos e extrajurídicos da reforma processual penal, entre vários outros: (i) GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. La reforma procesal penal en latinoamerica. In: *Evaluación de la implementación del sistema penal acusatorio en Panamá*. UNODC-CEJA, 2015, disponível no sítio: www.cejamericas.org; (ii) BINDER, Alberto. El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades. In: *Código del proceso penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: CEJA/INECIP, 2018, pp. 11-32; (iii) LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona: algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (org.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

⁵ BINDER, Alberto. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014: “Uno de los obstáculos principales con el que se cuenta para el desarrollo de esta función de pacificación es la fuerte tendencia de los funcionarios judiciales a convertir toda institución procesal en un conjunto de trámite. Atrás de esta concepción no solo se encuentra la rutina, la desidia o el simple hábito mental, sino que el trámite es la formalización propia del sistema inquisitorial. (...) Cuando los actuales códigos procesales penales de tal cuño son interpretados como nuevos trámites, sin comprender el cambio profundo del sentido de las formas procesales, entonces todo el proceso de reforma se degrada y reaparece la cultura inquisitorial en ese fenómeno que se conoce como ‘reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales’”.

significativo excesso no uso do procedimento abreviado (*juicio abreviado*), isto é, do acordo entre acusação e defesa, ainda na fase da investigação preliminar, que pressupõe a confissão do delito e resulta em sentença condenatória com aplicação de pena (negociada) de forma imediata.

Trata-se da adoção de instituto assemelhado ao *plea bargaining* norte-americano, bastante comum em toda a experiência de códigos acusatórios na América Latina. Todavia, como ensina Leonel González Postigo, em vídeo apresentado pelo Observatório da Mentalidade Inquisitória,⁶ o procedimento abreviado é um fenômeno muito recente na América Latina, que ainda carece de crítica, estudos e aprimoramento. Basicamente, ao reconhecimento da culpa pelo investigado, abre-se espaço para a negociação, que deve enfrentar (em audiência) três questões principais: (i) as circunstâncias do fato criminoso; (ii) a responsabilidade do investigado; (iii) a pena aplicada.

Segundo o autor, um dos problemas atuais relativos ao *juicio abreviado* é o excesso de seu emprego, como ocorre, a título de exemplo, no Uruguai e Argentina. Ressalta, todavia, que muitas das distorções decorrem do pouco tempo de inserção do procedimento nas legislações latino-americanas. E, sobre isto, aponta outros problemas, como o fato de que os acordos têm sido fundados, exclusivamente, na confissão do investigado, sem outros elementos probatórios que corroborem a confissão, enquanto o papel do juiz tem sido excessivamente passivo, eis que tem meramente homologado acordos. O juiz, no modelo adversarial, não deve participar ativamente na construção da solução do caso, que compete às partes. Nada obstante, cabe ao magistrado, inclusive para proteger o sistema acusatório, certificar-se de que o acusado: (a) discuta suficientemente o caso com seu defensor; (b) aceite o acordo voluntariamente e sem pressões; (c) entenda as consequências da aceitação do acordo. Além disso, deveria o juiz exigir do Ministério Público que apresente as provas que corroboram a confissão do acusado.

⁶ O vídeo referido trata do procedimento abreviado e das demais ferramentas de gestão de conflitos penais, além de discutir algumas distorções do modelo e apresentar possíveis soluções. Disponível em: <https://www.facebook.com/observatoriomi/videos/354985135253707/>

De fato, o tema merece apreciações críticas voltadas ao aperfeiçoamento do modelo.

Em suma, o procedimento abreviado deve ser apenas uma das inúmeras ferramentas processuais disponíveis no escopo da política de gestão de conflitos que, na lógica do processo penal adversarial latino-americano é conduzida pelo Ministério Público. Outras ferramentas são o arquivamento (i.e., as faculdades discricionárias em relação à persecução penal), as saídas alternativas (como os acordos reparatórios e a suspensão condicional do processo) e o juízo de conhecimento (*juicio oral*).

Os acordos entre acusação e defesa podem e devem ser possíveis, no contexto da reforma processual. Nada justifica o discurso da reserva de jurisdição como argumento contrário à adoção das soluções negociadas, pois isto desemboca irremediavelmente na matriz inquisitória. O modelo de negociação tem potencial para servir como mecanismo desencarcerador, sobretudo quando inserido no bojo de um modelo acusatório com múltiplas ferramentas, aí pressupostos o rigoroso respeito às garantias processuais, a participação da vítima e o foco preferencial na efetiva resolução de conflitos sociais (para além da simples decisão sobre punir ou não).

É certo que, por outro lado, a justiça penal negociada pode ter efeitos opostos aos apregoados pelos defensores da reforma acusatória. Com efeito, há um grave risco de se substituir os necessários esforços de investigação do caso, pelos órgãos encarregados da persecução penal, por acordos impostos a réus, principalmente pobres, em situação de hipossuficiência defensiva. Daí, sem dúvida, podem decorrer sérias consequências criminológicas, inclusive a superlotação carcerária.⁷

Inúmeros são os relatos (e críticas) sobre o abuso do *plea bargaining* no sistema processual penal norte-americano, com seus mais de 90%

⁷ Para uma crítica criminológica sobre a adoção indiscriminada do *plea bargaining* nas reformas processuais penais latino-americanas: ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales iberoamericanas. In: *Revista General de Derecho Procesal*. Madri, n. 6, pp. 01-23, mar/2005.

de casos penais resolvidos por tal via.⁸ Trata-se de uma solução fácil para certas dificuldades estruturais que afetam o aparato penal do Estado, com elevadíssimo perigo de prejuízos aos direitos dos indivíduos envolvidos em procedimentos criminais.

Para dizer de forma clara, o *plea bargaining* tem potencial para reduzir o encarceramento, resolver conflitos primários, minimizar danos, otimizar o uso dos escassos e caros recursos humanos e materiais do sistema penal, entre outras vantagens. Nada obstante, comporta o risco de seu uso desmedido e punitivo, que pode produzir consequências piores do que aquelas que resultam da adoção de um processo penal inquisitivo.⁹

Neste sentido, em relação ao processo penal uruguaio posterior à reforma, causou grande preocupação a afirmação, feita por alguns dos magistrados de Montevideú, de que se realizavam pouquíssimos *juicios orales* (isto é, audiências de julgamento de mérito, com produção de provas, debates e posterior sentença). Segundo tais relatos, quase a totalidade dos casos penais é resolvida por meio de acordos firmados tão cedo como na *audiência de formalização de investigação* (art. 266, do CPPU), a primeira audiência do modelo de processo penal oral.¹⁰

⁸ Em relação ao sistema federal de justiça criminal, entre 2013 e 2017, o índice de condenações por *plea bargaining* supera a cifra dos 95%. Os dados estão compilados em: Sourcebook of Federal Sentencing Statistics 2017, disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/annual-reports-and-sourcebooks/2017/2017SB_Full.pdf. No que diz respeito aos sistemas estaduais de justiça criminal, no caso *Missouri v. Frye* (566, U.S. 134, 2012), na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o juiz Anthony Kennedy, que relatou o voto vencedor, afirmou que, em 2011, 94% dos casos penais nos Estados foram resolvidos por meio da barganha (Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/10-444/case.pdf>).

⁹ E ainda piores se adotado no contexto de um processo penal inquisitório, como o brasileiro, razão da grande preocupação da comunidade acadêmica com a previsão da barganha judicial no chamado Projeto de Lei Anticrime, do Ministro da Justiça Sérgio Fernandes Moro, apresentado em 2019. Sobre o assunto, recomenda-se o prefácio de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, intitulado *Processo Penal e a Americanização à Brasileira: Resistência*, ao livro: KHALED JR., Salah H (coord.). *Sistema Penal e Poder Punitivo (Estudos em Homenagem ao Professor Aury Lopes Jr.)*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

¹⁰ No modelo latino-americano, que também pode ser chamado de *processo por audiências*, eis que todos os atos decisórios devem ser proferidos em audiência (com plena possibilidade de participação das partes), as 3 principais audiências (formalização de

Um dos juízes chegou a dizer que jamais fizera audiências de *control de acusación* e de *juicio oral*, pois quase tudo se resolvia com acordos.

Todavia, inclusive por defendermos a “acusatória” noção de que não devem ser feitos juízos precipitados, devemos dizer que a visita não proporcionou informações suficientes que nos permitam dizer, com precisão: (a) se há excesso no uso do *plea bargaining*; (b) se o uso da justiça negociada no Uruguai tem produzido aumentos nos índices de encarceramento.

Em relação ao primeiro ponto, lembrando-nos da lição de GONZÁLEZ POSTIGO, acima mencionada, não dispomos do quantitativo de casos em que o MP uruguaio (como lhe permite o CPPU, nos artigos 98 a 100), deixou de investigar, arquivou provisoriamente, etc. Este dado é essencial para avaliar que uso tem sido feito dos acordos judiciais. É possível que o contingente de casos resolvidos pela barganha já tenha sido submetido a prévio joeiramento, que tenha excluído situações em que há provas insuficientes ou nos quais não há crime. Ainda assim, o tema é importante e merece atenção dos atores do sistema processual penal daquele país.

Já, agora, quanto ao segundo ponto, de acordo com relatos dos magistrados que receberam a visita dos juristas brasileiros, a maior parte dos acordos entabulados não resulta na aplicação de penas privativas de liberdade. Com efeito, faltam-nos dados estatísticos que possam corroborar a afirmação de que haverá aumento no encarceramento em razão da ampla adoção do procedimento abreviado. Apenas um abrangente estudo estatístico, realizado anos depois da implementação do

investigação, controle de acusação, também chamada de etapa intermediária, e juízo oral) têm múltiplos propósitos, fato que se presta a otimizar o tempo a ela dedicado pelos sujeitos processuais. Neste sentido, a audiência de formalização de investigação é muito mais ampla do que a audiência de custódia brasileira. De fato, esta audiência inclui um ato semelhante ao nosso indiciamento (*formalización de la investigación*), a discussão contraditória sobre a aplicação qualquer medida cautelar (pessoal ou patrimonial) no curso da investigação (esteja o investigado preso ou não), a definição de prazo para a conclusão da investigação e, se for o caso, a adoção de saídas alternativas ao processo (acordos reparatórios, barganha, suspensão condicional, etc.).

Código (devemos lembrar que a nova lei tem pouco mais de um ano de vigência), poderá permitir semelhante assertiva.

Nada obstante, mais importante do que julgar o novo processo penal uruguaio, o que certamente não nos cabe, é bastante relevante, com vistas à futura refundação acusatória do processo penal brasileiro, aprender com as experiências reformistas latino-americanas.

Neste sentido, parece ser considerável o risco do uso inquisitório de institutos acusatórios, inclusive na forma daquilo que Jacinto Nelson de Miranda Coutinho chama de *americanização à brasileira*. No Brasil, a adoção irrefletida, apressada, do *plea bargaining*, sobretudo se ocorrer sem a correspondente reforma *adversarial*, tem grande potencial para acelerar o fenômeno do superencarceramento, além de outros efeitos sociais deletérios do excesso de intervenção penal do Estado.

É neste ponto que surge de forma bastante convincente a importância da adoção de uma etapa intermediária entre a investigação preliminar e o processo, como já defendemos em outra obra.¹¹ No contexto de um processo penal refundado em sentido acusatório (*adversarial*), a etapa intermediária serve como diafragma¹² entre as duas fases da persecução penal, com a finalidade de evitar que o juiz do processo tenha contato com elementos probatórios da investigação que lhe possam prejudicar a imparcialidade. Também chamado de “sistema de doble juez”¹³, o modelo possibilita que o juiz encarregado da regularidade da investigação promova o recebimento da denúncia, antes de remeter o caso a julgamento pelo órgão jurisdicional que apreciará o mérito.

Deste modo, por um lado, garante-se que o “conhecimento sobre o caso”, para os fins da sentença, seja genuinamente construído durante

¹¹ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Por uma teoria da ação no direito processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, Parte IV, pp. 351 e ss.

¹² A expressão é de Francesco Carnelutti, no *Convegno* sobre a reforma do processo penal, promovido pelo *Centro di Cultura e Civiltà da Fondazione Giorgio Cini*, em setembro de 1961, em Veneza. Os anais do congresso estão publicados em: DE LUCCA, Giuseppe. *Primi problemi della riforma del processo penale*. Florença: Sansoni, 1962.

¹³ Previsto no CPP uruguaio, nos artigos 25 e 27, mas, também, consagrado nas demais legislações processuais penais reformadas da América Latina. E, todavia, ausente no Brasil.

o processo, sem influências advindas do conteúdo da investigação, que é, em regra, desprovido de contraditório.

Por outro lado, viabiliza que o juiz da investigação realize uma série de controles prévios ao processo (mediante provocação das partes), numa espécie de despacho saneador, que tende a evitar futuras arguições de nulidades e previne que o juiz do processo tenha contato com provas ilícitas ou ilegítimas. Nesta fase, também é delimitado (pelas partes) o conteúdo do processo (que não poderá ser alargado ou reduzido pelo juiz de mérito), na medida em que devem apresentar suas *teorias do caso*¹⁴ e indicar as provas que pretendem produzir.¹⁵

Note-se que a adoção da etapa intermediária é crucial para que se tenha um processo mais democrático (pelo favorecimento à imparcialidade) e, ao mesmo tempo, mais otimizado, com menor desperdício de tempo e menor número de recursos judiciais e, conseqüentemente, melhor aproveitamento da estrutura judicial.

Parece-nos, por vários motivos, que este é o momento ideal para a inserção da barganha judicial. Em primeiro lugar, veja-se que, nesta fase, em que a investigação preliminar está concluída, há maior conhecimento sobre o caso penal, que permitiria ao Ministério Público e à defesa, de forma mais segura e calculada, a tomada de decisão sobre eventuais acordos. Além disso, é fundamental encontrar meios para minimizar a formulação de acordos em casos mal investigados ou sem base probatória, exatamente para evitar que acordos injustos sejam impostos a réus com defesa insuficiente ou, até mesmo, ausente.¹⁶

¹⁴ No contexto da doutrina processual penal dos países latino-americanos, a teoria do caso é definida como a “estratégia, plano ou visão que tem cada parte sobre os fatos que pretende provar, tendo como elementos fundamentais: as afirmações de fato relevantes, o direito aplicável e os meios probatórios que sustentam tais afirmações” (NEYRA FLORES, Jose Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima: Idemsa, 2010, p. 734, tradução livre).

¹⁵ Para uma melhor compreensão da etapa intermediária, recomendamos a seguinte leitura: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. La etapa intermedia en el sistema adversarial de Uruguay. Del saneamiento formal al control sustancial de la acusación. In: *Código del proceso penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: CEJA/INECIP, 2018, pp. 179-206.

¹⁶ Vale mencionar que o atual projeto de reforma do CPP, nascido do PLS n. 156/2009, ainda não preveja a ampla adoção um modelo verdadeiramente acusatório (adversarial),

É evidente, todavia, no âmbito de uma reforma mais abrangente, que a lógica da obrigatoriedade da ação penal deve ser substituída por um sistema completo de gestão de conflitos penais, no âmbito do MP e da polícia judiciária, que contemple a oportunidade, para evitar o investimento de tempo e recursos na investigação de casos pouco importantes, infundados ou que possam ter soluções mais adequadas fora do sistema penal.

Em suma, ao debater a reforma brasileira, não parece razoável rejeitar esta que é um dos instrumentos do modelo adversarial¹⁷, a barganha judicial, exatamente pelo fato de que este sistema processual dá maior relevância ao papel das partes no processo. Nada obstante, o risco de seu uso punitivo e desmedido precisa ser reconhecido e levado em consideração, inclusive pelo que temos aprendido com a reforma nos demais países da América Latina.

Por tudo, no plano da refundação acusatória do processo penal brasileiro, propomos a adoção do *plea bargaining*, depois de concluída a investigação preliminar, na fase intermediária ou durante o processo.

previu a possibilidade de acordo entre as partes no procedimento sumário (para crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a 8 anos). No texto do anteprojeto (art. 271), tais acordos somente poderiam ocorrer após o recebimento da denúncia.

¹⁷ Por tudo, deve-se alertar contra a eventual confusão entre as expressões “*plea bargaining*” e “processo penal adversarial” (também chamado de oral ou acusatório). É certo que não são sinônimos. Pode existir um processo acusatório — com oralidade, juiz imparcial, separação entre as fases da investigação e do processo e primazia das partes na construção do conhecimento sobre o caso penal — sem a adoção da barganha judicial. Como ensinou GONZÁLEZ POSTIGO, acima, o *procedimento abreviado* é apenas uma das ferramentas de gestão de conflitos penais.

CAPÍTULO VIII
JUICIO ORAL

RISCOS EPISTÊMICOS NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS: O QUE APRENDER COM A REFORMA DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL URUGUAIO

Antonio Vieira¹

“Madelaine voltou-se para os jurados e para a presidência e disse com voz suave: — Senhores jurados, mandem soltar o acusado. Senhor presidente, mande-me prender: o homem que procuram não é ele, sou eu. Sou Jean Valjean.

Ainda não tinha decorrido uma hora quando o veredicto do júri aliviou Champmathieu de todas as acusações. Champmathieu, solto imediatamente, saiu estupefacto, julgando toda aquela gente doida, e sem compreender coisa alguma de tão extraordinária visão”.

(HUGO, Victor. Os Miseráveis)

1 UMA ADVERTÊNCIA DESDE A LITERATURA: RECONHECIMENTOS ERRÔNEOS E ERROS JUDICIAIS

Quando Victor Hugo, ainda no final da primeira metade do século XIX, escreveu uma antológica cena de erro em reconhecimento de pessoa, durante um julgamento criminal, parecia, já ali, querer chamar a nossa atenção para os graves problemas que afetam este meio de prova. Numa passagem do seu “Os Miseráveis”, Hugo narrou com detalhes o conflito e a angústia que tomaram conta de Jean Valjean, quando este, vivendo escondido e sob a identidade do Senhor

¹ Mestre pela Universitat de Girona, Espanha. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Católica do Salvador (BA). Membro fundador e ex-presidente do IBADPP. Advogado.

Madelaine, toma conhecimento de que um outro sujeito — Champmathieu — depois de confundido consigo, estava preso e prestes a ser julgado pelo júri, numa outra cidade. Após uma longa e apressada viagem, Madelaine (o verdadeiro Valjean) chega ao tribunal a tempo de assistir Brevet, Cheneldieu e Cochepaille, seus antigos companheiros das Galés, reconhecerem o pobre Champmathieu — sem a menor hesitação ou dúvida — como sendo o próprio Jean Valjean. E como descreveu Hugo, “Cada uma das afirmativas destes três homens, evidentemente sinceras e de boa fé, suscitara no auditório um murmúrio que crescia e se prolongava por muito tempo, cada vez que uma nova declaração se juntava à precedente”. Sem embargo, depois de ser reconhecido por três testemunhas, o destino de Champmathieu parecia inevitável, até que o verdadeiro Valjean, inconformado com a possibilidade do homem errado ser enviado às Galés em seu lugar, invadiu subitamente o plenário e — comprometendo o disfarce que lhe permitira se manter a salvo da polícia durante muitos anos — passou a questionar se as testemunhas não estavam lhe reconhecendo, dizendo depois aos jurados e ao juiz: “Senhores jurados, mandem soltar o acusado. Senhor presidente, mande-me prender: o homem que procuram não é ele, sou eu. Sou Jean Valjean. Ainda não tinha decorrido uma hora quando o veredicto do júri aliviou Champmathieu de todas as acusações.”

De fato, nessa fantástica passagem de uma das suas mais extraordinárias obras, Hugo acabou antecipando o que, séculos adiante, iria se dizer, sobretudo em função dos relevantes estudos desenvolvidos no âmbito das neurociências e da psicologia da memória (e do testemunho). Já ali, o escritor francês chamava a atenção para o fato de que a memória humana é falível; que os reconhecimentos estão sujeitos a erro; que a certeza ou confiança manifestada pela testemunha não corresponde necessariamente a indicativos de acerto ou acurácia do reconhecimento; que as testemunhas, ainda quando erram, podem estar dotadas de boa-fé e sendo inteiramente sinceras no seu reconhecimento; e que o método usado para realizar o reconhecimento pode ser altamente sugestivo (favorecendo uma espécie de *sesgo* confirmatório em prejuízo do suspeito que se exhibe para eventual reconhecimento).

Apesar da célebre e histórica advertência² feita a partir da literatura, a prova de reconhecimento ainda segue ocupando um espaço importante na arena dos julgamentos criminais. Aqui no Brasil, como de resto em quase todos os outros sistemas de justiça no mundo, há um vasto uso do reconhecimento para estabelecer a prova da autoria e determinados tipos de delito. Pior o do que isso, juízes, promotores, defensores, policiais etc. costumam depositar uma excessiva confiança neste tipo de prova (STEIN; ÁVILA, 2015, p. 41), fazendo com que se atribua um exagerado valor probatório à palavra da vítima ou testemunha que tenha feito a identificação positiva de algum suspeito ou investigado.

2 O QUE ENSINAM A NEUROCIÊNCIA E A PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO? ³

Como bem alerta o romance citado ao início do texto, esse meio de prova tem um inerente risco de produção de falsos positivos, o que afeta grandemente a confiança que o sistema de justiça — e a sociedade, em geral — pode depositar nesse método de identificação.

Nos Estados Unidos, dados estatísticos do *Innocence Project* apontam que as falhas de reconhecimento estiveram presentes em 69% dos casos de erros judiciais, com condenações revistas e réus declarados inocentes em razão de uma prova de DNA (INNOCENCE PROJECT, 2019).

No Brasil, embora não existam estatísticas oficiais, o tema voltou a ganhar destaque depois que foi ao ar, no Fantástico, uma matéria jornalística que expôs casos de identificação errônea e reproduziu um experimento para demonstrar a falta de acurácia que é característica desse meio de prova (EXPERIMENTO TESTA, 2019).

Estudos de psicologia da memória feitos ao longo das últimas décadas têm chegado à conclusão de que uma maior ou menor precisão ou acurácia do reconhecimento está normalmente associada a dois tipos de variáveis: as circunstanciais (ligadas ao evento/crime ou às condições pessoais de quem deva fazer o reconhecimento) e as sistêmicas

² Sobre o risco de ocorrerem equívocos ou falsas identificações.

³ Os dados e informações trazidas neste tópico foram reproduzidas, de forma mais completa, em VIEIRA, 2019, pp. 13-16.

(ligadas à investigação ou ao processo ou à metodologia empregada para a identificação) (GONZÁLEZ; MANZANERO, 2018, p. 192).

Atualmente, pois, já se sabe que fatores como o pouco tempo de exposição do rosto, a precariedade da iluminação do local, a presença de um maior número de agressores etc. podem contribuir para diminuir a acurácia no reconhecimento e, conseqüentemente, aumentar as chances de erro, aí incluídas as possibilidade de falsos positivos (DIGES; PÉREZ-MATA, 2014, p. 36-43).

Da mesma forma, pesquisas apontam que quanto maior o estresse e a violência empregadas na ação delituosa, menor será o grau de exatidão nas identificações realizadas (DIGES; PÉREZ-MATA, 2014, p. 45). É que o estresse e a violência da ação tem impacto no chamado foco atencional dos sujeitos, podendo fazer com que seus olhares se desviem do rosto do criminoso (onde se concentram os traços fisionômicos utilizados para distinguir as pessoas umas das outras) para troncos e mãos, por exemplo, como sói ocorrer muito frequentemente quando o agressor portava uma arma (dando lugar ao que os norte-americanos denominam de *weapon effect*) (DIGES; PÉREZ-MATA, 2014, p. 50).

De outro lado, fatores ligados ao funcionamento do sistema de justiça também podem interferir enormemente para aumentar as chances de erro. Como advertem González e Manzanero, estudos mostram que o transcurso do tempo é um dos fatores mais prejudiciais, fazendo com que a demora da investigação ou do processo possam tornar excessivamente longo o chamado intervalo de retenção, degradando a memória e aumentando as chances de reconhecimentos errôneos (2018, p. 200). O mesmo pode ocorrer se a vítima ou testemunha receber informações *post factum* que possam interferir na lembrança que tinha da aparência da vítima (tal como pode ocorrer se lhe for exibida uma fotografia do suspeito) (GONZÁLEZ; MANZANERO, 2018, p. 200). Neste caso a memória pode ser distorcida, fazendo com que a vítima reconheça o rosto porque o viu na fotografia e não porque lembrou do que viu no dia do crime⁴.

⁴ Não por outra razão é que alguns autores têm sustentado ser irrepetível a prova dependente de memória (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018, p. 1069). Em linha seme-

Por fim, a metodologia empregada para o reconhecimento também pode interferir substancialmente na acurácia do ato, dado que a memória da vítima ou testemunha pode ser influenciada por algum tipo de sugestionamento.

Essa é a razão pela qual, nos EUA, por exemplo, há uma contundente crítica ao método de identificação por *show up* (em que um único suspeito é exibido à testemunha e se indaga se ela o reconhece) e uma expressa recomendação (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2015, p. 106) do uso de método conhecido como *double blind line up* (em que o processo de identificação é feito através de uma linha ou roda de reconhecimento e, ao lado do suspeito, são colocadas outras pessoas com características físicas semelhantes, numa condição em que nem a vítima/testemunha nem o condutor do procedimento saibam antecipadamente quem deles é o suspeito do crime).

Além disso, nos EUA se tem insistido muito sobre a necessidade de que investigadores e atores do sistema de justiça sejam treinados sobre protocolos de reconhecimento; de que sejam padronizadas as instruções que devem ser dadas previamente às vítimas e testemunhas (principalmente, com a advertência de que o criminoso pode não estar dentre as pessoas que lhe serão exibidas, o que é uma medida indispensável para atenuar os riscos de sugestionamento ou de um viés confirmatório [*confirmation bias*] que pode favorecer falsos positivos); de que seja feito registro acerca do grau de confiança expressado pela vítima ou testemunha; e, por fim, que todo o procedimento de identificação seja documentado e filmado, de modo que se possa exercer um controle *a posteriori* sobre a forma como tudo foi feito (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2015, p. 105-109).

lhante, Manuel Miranda sustentava que a realização de um primeiro reconhecimento feito de forma irregular (sem observância da metodologia adequada ou com algum grau de sugestionamento) compromete irremediavelmente qualquer reconhecimento que venha a ser posteriormente realizado, fazendo com que perca todo o valor probatório e não deva ser admitido como prova da acusação (MIRANDA ESTRAMPES, 2014, p. 134).

3 A REALIDADE BRASILEIRA: RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO CPP/41 E NA JURISPRUDÊNCIA

Na contramão de tudo isso, no Brasil, as discussões em torno desse tema, no que toca à maior parte da doutrina ou mesmo à jurisprudência, vem se limitando a uma abordagem meramente jurídico-procedimental sobre a maneira como foi obtida a prova, é dizer, atendendo-se ao exame sobre se a prova foi ou não colhida em conformidade com o procedimento previsto no art. 226 e seguintes do CPP. Sucede que, como é sabido, o CPP brasileiro data de 1941 e está vigente há 77 anos, sendo o Brasil o único país da América Latina que até hoje não conseguiu efetivar uma reforma da sua legislação e de seu sistema processual penal (GONZÁLEZ POSTIGO, 2017, p. 16), mesmo após o término das ditaduras que marcaram a região, especialmente entre as décadas de 50 e 90.

O Código brasileiro foi escrito numa época em que se sabia muito menos sobre o potencial de erro da prova de reconhecimento e não se tinha muita clareza sobre quais mecanismos de controle poderiam contribuir para uma maior acurácia desse tipo de prova. De fato, não é preciso grande esforço para perceber que o legislador brasileiro se ocupou do tema de maneira demasiadamente simplória. Entre nós, a matéria está tratada nos arts. 226 e 228 do CPP que, literalmente, dispõem: “Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou

em plenário de julgamento”; “Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas”. No que há de mais relevante, é importante destacar que o CPP brasileiro é demasiadamente leniente com a metodologia a ser empregada, o que pode potencializar muito o risco de identificações errôneas.

Em primeiro lugar, ao fazer uso da expressão “se possível” (art. 226, II), o legislador abriu uma enorme brecha para que o reconhecimento seja feito na modalidade de *show up*, isto é, colocando apenas o suspeito diante da vítima ou testemunha e indagando se ela o reconhece. Como é intuitivo, essa metodologia tem um alto potencial para falsos positivos, pois há um forte sugestionamento no sentido de que aquela é a pessoa “certa”, podendo induzir a vítima ou testemunha a incorrer em um erro honesto (RAMOS, 2018, p. 81).

É que neste caso, é natural que a vítima ou testemunha suponha que a polícia tenha investigado o caso e realmente disponha de elementos para suspeitar daquele indivíduo que lhe está sendo exibido, o que pode reforçar a sua percepção de que aquela é a pessoa certa e também causar-lhe certo receio de que uma identificação negativa possa frustrar as expectativas — dos investigadores, inclusive — de elucidação do caso e descoberta da autoria do delito.

Além disso, o legislador brasileiro não estabeleceu um número mínimo de pessoas que deverão, em caso de reconhecimento em roda ou linha, ser colocadas ao lado do suspeito. Essa omissão, evidentemente, cria o risco de que, mesmo quando o reconhecimento não seja feito por *show up*, a roda ou linha seja formada por um número insuficiente de pessoas, o que poderá resultar numa apenas aparente adequação da metodologia, mas manterá o mesmo risco de sugestionamento que pode comprometer a fiabilidade desse tipo de prova.

Mais. Quando o legislador se contenta com o fato dos *fillers* ou *cebos* (pessoas que não são suspeitas e que são utilizadas para compor a linha de reconhecimento) terem “qualquer semelhança” com o suspeito, isso abre espaço para o reconhecimento seja feito com pessoas que, em verdade, em nada pareçam com o suspeito. É dizer: se basta

“qualquer semelhança”, não se poderia apontar contrariedade à norma se as pessoas perfiladas tiverem, por exemplo, a mesma altura e corte de cabelo, mas cor da pele e compleição física completamente distintas àquelas do possível autor do delito. O Código também nada diz sobre a necessidade de participação da defesa técnica no ato, sobre as instruções que devam ser dadas a quem será instado a fazer o reconhecimento e tampouco disciplina a maneira como o suspeito poderá ser exibido (por exemplo, com proibição do uso de algemas, de uniforme prisional) ou mesmo se é ou não possível que o reconhecimento seja feito por fotografia. Em outras palavras, o legislador brasileiro, também aí, acabou fixando uma metodologia exageradamente permissiva e que é insuficiente para atingir os objetivos pretendidos, relacionados ao aumento do grau de acurácia e fiabilidade do reconhecimento.

A postura do legislador, por outro lado, parece ter contaminado também a forma como a jurisprudência vem encarando o tema. E nesse ponto é preciso convir: não bastasse o déficit de regulamentação legislativa, há uma clara leniência dos tribunais brasileiros em relação ao modo como é produzida a prova de reconhecimento. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já publicou, na edição nº 105 da sua “Jurisprudência em Teses”, que, apesar de não estar legalmente previsto pelo CPP brasileiro, “[o] reconhecimento fotográfico do réu, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação”. Pior ainda: ao julgar o *Habeas Corpus* nº 443.769/SP, a quinta turma da mesma Corte assentou ser “pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação”⁵. Sem embargo, tratar a metodologia prevista pelo Código como mera recomendação é um claro sintoma de que os atores do sistema de justiça desconhecem completamente os riscos epistêmicos inerentes à prova de reconhecimento e de que não fazem ideia de o controle disso pressupõe a adoção de técnicas ou

⁵ STJ - HC 443.769/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 15/06/2018.

protocolos, baseados em estudos científicos, que maximizem a acurácia do método e outorgue fiabilidade à palavra da testemunha ou vítima.

Conquanto não se acredite, ingenuamente, que uma reforma legislativa, por si só, tenha a capacidade de modificar a realidade operativa do sistema, o certo é que — no caso brasileiro, ao menos — uma mudança legislativa se constituiu como um primeiro passo importante e deves nas necessário. No tema do reconhecimento de pessoas, porém, o horizonte não dá razões para muito ânimo. É que mesmo no mais recente projeto de reforma do Código processual penal, os avanços relativamente ao tema do reconhecimento ainda não podem ser considerados suficientes⁶. Com poucas mudanças⁷ entre o texto do anteprojeto apresentado, em 2009, ao Senado (PLS 156/2009) e o Substitutivo que, dez anos depois, ainda hoje tramita na Câmara (PL 8045/2010), a tentativa de reforma do Código Brasileiro se afigura um tanto tímida, sobretudo se comparada com os avanços obtidos com a reforma de alguns países vizinhos.

4 O QUE APRENDER, SOBRE RECONHECIMENTO DE PESSOAS, COM A REFORMA PROCESSUAL PENAL DO URUGUAI

O Uruguai, por exemplo, que foi o último país latino-americano a colocar um novo CPP em vigor (em 01/11/2017), pode dar uma importante lição sobre o quanto é preciso avançar nesse assunto. No novo CPP Uruguaio (Ley nº 19.293, de 19 de dezembro de 2014), a matéria vem tratada no art. 168 e seguintes, dispositivos cuja redação fora parcialmente alterada pela Ley 19.549/2017, nos termos que seguem:

⁶ Uma das alterações mais importantes, sem dúvida, reside na proibição do reconhecimento por *show up*, estipulando, ao contrário, que a identificação deva ser feita através de linha de reconhecimento e que os participantes deverão ficar frente a frente com o suspeito, de forma sequencial.

⁷ As mais relevantes consistem no fato de o PL substitutivo estipular um número mínimo de quatro participantes na linha de reconhecimento e não mais prever (como fazia o anteprojeto) a possibilidade de o suspeito se conduzido coercitivamente para possibilitar a realização de um procedimento de reconhecimento. exceções ficam por conta do fato de que no PL Substitutivo em tramitação na Câmara se estipula.

ARTÍCULO 169. (Reconocimiento de personas).- 169.1 El reconocimiento de personas por testigos, se hará con las reglas de la declaración testimonial, en lo pertinente, y con los siguientes requisitos: a) previo al inicio del reconocimiento se interrogará al testigo por separado de los demás, a efectos de que describa a la persona y manifieste si lo ha vuelto a ver o le ha sido exhibido antes del acto; b) se le indicará al testigo que el imputado puede o no estar presente en la rueda de reconocimiento; c) la rueda estará conformada con el imputado y al menos tres personas con características morfológicas y vestimenta similares a aquel. La defensa podrá incorporar en la rueda a dos personas más. No podrá haber más de un imputado en cada fila; d) el imputado elegirá su ubicación en la fila de personas; e) el testigo procederá al reconocimiento desde un lugar donde no pueda ser visto, manifestando si el imputado se encuentra en la fila. En caso afirmativo indicará las diferencias y semejanzas que observa entre su estado actual y el que presentaba a la fecha del hecho. 169.2 Deberá presenciar el acto el defensor del imputado. 169.3 Durante la indagatoria preliminar el fiscal podrá ordenar la realización del reconocimiento, sin orden ni presencia del juez, pero siempre en presencia de la defensa, en cuyo caso el resultado se registrará por lo dispuesto en el artículo 259.1 de este Código. Si se realiza en presencia del juez, se considerará prueba anticipada conforme a lo previsto en el artículo 213 de este Código. 169.4 De todo lo actuado se dejará registro en los términos dispuestos en el artículo 139 de este Código.

Dentre os aspectos mais importantes, é de se ver que o legislador uruguaio estabeleceu:

- a) que a testemunha deverá informar se voltou a ver o suspeito depois do dia do crime ou se sua imagem lhe foi exibida antes do ato;
- b) que a testemunha deverá ser advertida que o autor do crime pode estar ou não dentre os participantes da roda de reconhecimento;
- c) que a roda será formada com pelo menos quatro pessoas (o suspeito e mais três) que necessariamente devem características morfológicas semelhantes e vestimentas similares às do suspeito;
- d) que a defesa poderá ainda incorporar outros dois *fillers* à fila de reconhecimento;
- e) que o suspeito pode escolher a posição que ocupará na fila;
- f) que não se poderá colocar mais de um suspeito em cada fila;

- g) como em todo procedimento probatório (RANGEL; DE LA HANTY, 2018, p. 586), deverá necessariamente estar presente o defensor do suspeito/acusado;
- h) que, não sendo possível fazer a identificação de forma presencial, o reconhecimento poderá ser feito por imagens fotográficas ou vídeos, desde que observadas as mesmas regras aplicáveis ao reconhecimento presencial (art. 170);
- i) todo o ato deverá ser registrado mediante gravação de áudio ou vídeo.

Sem embargo, a legislação do Uruguai caminha muito mais próxima ao quanto estabelecido nas recomendações do National Research Council, para os Estados Unidos.

A implementação de medidas como o questionamento sobre o eventual recebimento de informação *ex post factum* e a necessidade de prévia advertência, à vítima ou testemunha, de que o autor do crime pode não estar entre as pessoas que lhe serão exibidas constituem medidas altamente relevantes para o objetivo de diminuir os riscos de reconhecimentos errôneos.

A obrigatoriedade da presença do defensor do suspeito, ademais, funciona como uma garantia quanto à observância de todas as outras formalidades, ajudando a criar, com a intervenção da defesa técnica, barreiras quanto à própria admissibilidade da prova que tenha sido colhida sem observância dos protocolos de segurança e, por isso mesmo, tenham comprometida a sua fiabilidade.

CONCLUSÃO

Se é certo que a prevenção de erros de reconhecimento constitui uma importantíssima medida para a diminuição das condenações injustas, não deve haver dúvida sobre a importância de se aprimorar a legislação brasileira a partir do que vem sendo feito nas legislações de outros países.

Conhecer os avanços e as diretrizes adotadas quando da reforma processual penal uruguaia, de fato, pode ser uma providência muito útil para inspirar e orientar uma reforma da legislação brasileira.

Em matéria de reconhecimento pessoal, o Código uruguaio (especialmente após as alterações promovidas pela Ley 19.549/2017) trouxe importantes parâmetros que aumentam o grau de acurácia do procedimento, diminuindo as chances de vítimas e testemunhas incorrerem em falsas memórias ou erros honestos.

Num momento em que está em tramitação, no Brasil, um projeto de reforma do Código que ainda se revela bastante tímido na regulamentação da matéria, afigura-se mesmo como providência crucial trazer o tema ao debate, tentando incorporar ao texto do Projeto Substitutivo as medidas que possam tornar a prova de reconhecimento mais segura e confiável, reduzindo os riscos de falsos positivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian M. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão a partir da psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018, p. 1058-1073.

DIGES, Margarita; PÉREZ-MATA, Nieves. La prueba de identificación desde la psicología del testimonio. *In* *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento: Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*. AA.VV. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 33-86.

DIGES, Margarita. *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos: estudios de psicología forense*. Madrid: Trotta, 2016.

DUCE, Mauricio. Condena de inocentes y litigación en juicio oral: resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial. *In* *Sistemas Judiciales*, CEJA/INECIP, Año 17, n. 21, 2018, p. 16-29.

EXPERIMENTO TESTA: reconhecimento de suspeitos é um procedimento confiável? Fantástico. Rio de Janeiro: Rede Globo, 5 de maio, 2019. Programa de TV. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2019/05/05/experimento-testa-reconhecimento-de-suspeitos-e-um-procedimento-confiavel.ghtml>. Último acesso em: 25/06/2019.

HUGO, Victor. *Os Miseráveis*. Trad. de José Maria Machado. São Paulo: Hemus, 1985.

INNOCENCE PROJECT. *Dna exonerations in the United States*. Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>. Último acesso: 25/06/2019.

GONZÁLEZ, José Luis; MANZANERO, Antonio L. *Obtención y valoración del testimonio: protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)*. Madrid: Pirámide, 2018.

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. *Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina*. In GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (ed.), *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil* (P. 15-35). Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas/CEJA, 2017.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales*. In *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento: Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*. AA.VV. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 117-154.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL et al. *Identifying the culprit: Assessing eyewitness identification*. National Academies Press, 2015.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RANGEL, Germán Olivera; DE LA HANTY, Pablo Taró. *La prueba testimonial, el careo, el reconocimiento*. In OLIÚ, Alejandro Abal (Coord.). *Curso sobre el nuevo Código Procesal Penal*. V. I, Montevideo: FCU, 2018.

STEIN, Lilian M.; ÁVILA, Gustavo Noronha. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. *Pensando o Direito*, Brasília, Ipea, n. 59, 2015.

VIEIRA, Antonio. *Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho*. In *Trincheira democrática: boletim revista do IBDP*. Ano 2, nº 3, Jun/2019. Salvador: IBADPP, 2019, p. 13-16.

DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER: UMA (INDESEJÁVEL) SEMENTE INQUISITÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL URUGUAIO

Luís Eduardo Lopes Serpa Colavolpe¹

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto estabelecer uma reflexão acerca da introdução das chamadas “diligencias para mejor proveer” na reforma do código de processo penal uruguaio, apontando os possíveis riscos que estas podem representar para o objetivo buscado nas recentes mudanças e qual impacto as mesmas tem causado nos processos penais pós implementação.

Isto porque, tal alteração gerou certa divisão acerca de seu caráter positivo ou negativo. De um lado juristas rechaçavam a inclusão destas no texto do novo *codex*, alegando retrocesso ao sistema anterior, porém, de outro, havia forte pressão da população e de setores da imprensa para que estas fossem incluídas, o que de fato acabou acontecendo.

Para cumprir o objetivo desta pesquisa, compreender o funcionamento de tais medidas e como elas foram introduzidas no ordenamento jurídico uruguaio, torna-se algo de grande importância, dado o viés populista que as originaram, conforme será trabalhado no primeiro capítulo deste texto. Noutro espeque, já num segundo capítulo, tais medidas serão analisadas a luz das características constitutivas do sistema acusatório para que então seja possível verificar se existe adequação das

¹ Pós-graduando em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador e advogado criminalista.

“diligencias para mejor proveer” com o mesmo. Ainda neste capítulo, será analisado também, as influências que a aplicação de tal ferramenta exerce sobre a formação da decisão judicial. Já no terceiro capítulo, volta-se a atenção para as repercussões práticas desta mudança no contexto processual uruguaio com o intuito de se verificar se os temidos efeitos deletérios são perceptíveis e a respectiva razão de ser ou não, deixando então para o quarto e último capítulo as considerações finais.

1 BREVE APRESENTAÇÃO DAS *DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER* NO CÓDIGO PROCESUAL URUGUAIO

Previstas no artigo 271.8 do código de processo penal uruguaio, as “diligencias para mejor proveer”, também chamadas de “diligências para mejor procesar”, consistem na possibilidade de o juízo, durante o prazo para sentenciar, após a realização do juízo oral, solicitar de ofício a realização de novas diligências sobre fatos já alegados pelas partes, sendo esta a única limitação imposta na redação do dispositivo para a atuação do magistrado.

Com isso se quer dizer que ao invés de restringir ao juiz o esclarecimento de eventuais dúvidas acerca de algum depoimento, como constava originalmente no código que havia sido recém aprovado, tais modificações possibilitam que o julgador tenha uma postura ativa no processo penal, que o permita realizar a solicitação de testemunhos, provas periciais, oitivas de partes etc.

Noutro giro, é facultado também as partes a solicitação para a realização de diligências complementares, a título de produzir o que o legislador chamou de contraprova, em uma tentativa de manter o contraditório e o direito de defesa preservados. Tais medidas, como já dito aqui anteriormente, não integravam originalmente o texto da reforma, todavia um fato que ficou conhecido como “el caso San Luis” serviu como estopim para que o parlamento uruguaio, acuado pela forte pressão advinda de parte da população (com o apoio da imprensa) realizasse tal mudança.

Neste caso, três pessoas acusadas de estarem envolvidas num crime de homicídio, ocorrido na província de San Luis, foram absolvidas em

razão de não haver provas suficientes para a condenação. Isto porque o órgão acusador não apresentou os objetos apreendidos às testemunhas durante o juízo oral e como não havia um técnico radiologista não foi possível periciar a bala que acertou a vítima.

Tal acontecimento causou revolta entre os habitantes da província, pois ao passo que não aceitavam a absolvição dos possíveis culpados do homicídio, apenas em razão da omissão do representante da *fiscalía*, cobravam, por outro lado, do magistrado uma postura propositiva dentro do processo, isso somado ao contexto das efervescentes discussões acerca do novo código que havia entrado em vigor, proporcionou que o fato tivesse um maior destaque, culminando então, após grande tensionamento popular, na realização desta mudança no código de processo penal uruguaio.

2 AS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER SOB A PERSPECTIVA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

A introdução das “diligencias para mejor proveer” no processo penal uruguaio ocasionou um distanciamento do paradigma acusatório que havia influenciado a reforma que entrou em vigor em 2017. Isso se verifica quando, percebido que, apesar do ônus probatório ainda recair sobre a acusação, poderá o juiz auxiliar — apenas a acusação, já que só a ela compete reunir as provas para condenar e o réu tem o benefício da dúvida — na busca das provas sob a justificativa/pretexto de alcançar uma inalcançável verdade real sobre os fatos ocorridos.

Neste ponto, Alberto M. Binder destaca que “cuando decidimos establecer un sistema acusatorio estamos diciendo algo muy concreto, que es plantearle a los acusadores la idea de verdad, darle a una idea que todos sostenemos y creemos que es la carga de la prueba en los acusadores, darle el sentido político que tiene y ha tenido a lo largo de la historia.”².

² BINDER, Alberto M. El juez em los procesos penales reformados. In: BACALDI, José; Et al. *Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica*. FCU: Montevidéo, 2017, p. 9.

Ocorre que é justamente na gestão probatória que se verifica se o sistema processual de um país é preponderantemente acusatório ou inquisitório. Neste ponto remete-se aqui a Jacinto Nelson de Miranda Coutinho quando aduz que “(...) a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado.”³

Ainda nesta contenda, percebe-se que princípios estruturais do sistema acusatório como a imparcialidade do juiz e a paridade de armas entre as partes, acabam aqui por mitigados, quando se verifica o deslocamento do magistrado para a posição que compete exclusivamente à acusação. Outra vez, leciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que “O papel do juiz, nesse aspecto, é secundário; quem sabe — e para quem concorda — meramente complementar, ou seja, não tem ele a iniciativa probatória, mas pode complementar a busca do conhecimento nos meios de prova indicados pelas partes”⁴

No caso aqui retratado, a ausência de um parâmetro mais específico e o alto grau de discricionariedade que abarca as possíveis diligências facultadas ao juízo, extrapolam a simples complementação tolerada pelo sistema acusatório, considerando que aqui se possibilita a produção de provas por iniciativa exclusiva do juiz.

O que se evidencia é uma tentativa frustrada do legislador uruguaio em conciliar um dispositivo tipicamente inquisitório com um código escrito em bases acusatórias. O grande ponto é que esta “semente inquisitória” não está em um lugar qualquer do código, mas sim no seu local mais delicado e estratégico. Como diria Franco Cordero, “por mais desagradável que seja admitir, os opostos não se permitem conciliar”⁵.

³ COUTINHO, J. N. M. Sistema acusatório: cada parte no seu local constitucionalmente demarcado. In: *Revista de informação legislativa*. Brasília a 46. n.183. jul/set 2009.p.109

⁴ COUTINHO, J. N. M. Democracia e sistema inquisitório: a farsa do combate a corrupção. In: COUTINHO, J. N. M.; DE PAULA, L.; NUNES DA SILVEIRA, M. A. [orgs.] *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. v. 4. Observatório da Mentalidade Inquisitória: Curitiba, 2018, p.116.

⁵ CORDERO, Franco. Linhas de um processo acusatório. In: COUTINHO, J. N. M.; DE PAULA, L.; NUNES DA SILVEIRA, M. A. [orgs.] *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. Observatório da Mentalidade Inquisitória: Curitiba, 2018, p. 19.

Sob outra perspectiva o que se delineia é a propensão para a configuração daquilo que Franco Cordero chamou de primado das hipóteses sobre os fatos⁶, isto é, quando o juiz escolhe uma das hipóteses do processo penal, a ela se apegue e busca as provas necessárias para fundamentar uma decisão que em verdade já fora tomada. No momento em que a legislação autoriza o juiz a ter um comportamento de parte dentro do processo, este quadro involuntário, fruto da cultura, da ideologia e das particularidades de cada julgador, passa a ser estimulado e tende, inevitavelmente, a se aflorar, deslocando então o processo penal para um campo mais etéreo e não necessariamente com qualquer cognição com os fatos ocorridos.⁷

3 AS REPERCUSSÕES DAS *DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER* NO PROCESSO PENAL URUGUAIO

Diante de toda a reflexão acerca da incompatibilidade das “*diligencias para mejor proveer*” e o sistema processual que alicerça o código uruguaio, surgem então questionamentos no sentido de verificar os impactos ocasionados pela inclusão deste dispositivo legal no *codex*. A resposta é: em primeira análise, ínfimas.

Isso se explica, não por outro motivo, senão pela baixíssima incidência de casos que derivam para a fase dos juízos orais. O alto número de resolução dos processos através do juízo abreviado tem de certa forma, neutralizado maiores impactos que esta mudança poderia proporcionar. Estima-se que entre 85% e 90% de toda a demanda uruguaia, sejam resolvidas no juízo abreviado, números esses que apesar de bastante significativos, não destoam da realidade dos demais países latino-americanos que promoveram suas reformas.

⁶ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Utet: Torino, 1986, p. 51

⁷ Sobre isso Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma em COUTINHO, J. N. M. *Democracia e sist...cit.*, p.117 que “trata-se – note-se bem – de quadros mentais; como se fossem aqueles da paranoia, embora não se possa descartar que em alguns casos possa ser. Neles, há a possibilidade de se decidir antes e, portanto, nesses casos valem mais as hipóteses do que os fatos. O imaginário se transforma em real. Com ele se excluem as demais hipóteses; e o resultado tão só de se encontrar elementos discursivos hábeis a justificar a decisão, o que com frequência transmuta em retórica fácil.

Por outro lado, os juízes e a *fiscalía* também não receberam bem esta mudança no novo código, replicando as críticas de rompimento com o sistema acusatório e chegando a dizer que em verdade tratariam de “diligencias para mejor condenar”⁸, ponto que também contribui para que aplicabilidade da mesma seja rechaçada.

Todavia, ao partir para uma análise mais aprofundada, verifica-se que o risco representado pela inserção de tal dispositivo vai muito além da esfera dos efeitos que o mesmo é capaz de produzir diretamente no processo. Acaba-se, por consequência, abrindo os caminhos para a introdução de outros dispositivos de matrizes inquisitórias, capazes de transformar o código uruguaio em uma grande colcha de retalhos dotada de grandes contradições em seu texto legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas que o Brasil tem muito a aprender com o legado da reforma uruguaia. Ainda que com investimentos reduzidos, percebe-se que as mudanças que lá ocorrem, estão sendo capazes de promover a transição de um sistema predominantemente inquisitório para um predominantemente acusatório, todavia, é necessário compreender o momento político que há por de trás.

Aqueles que se colocam como opositores de um código processual de garantias, utilizarão o momento de sua implementação, quando há ainda por parte da população, certo desconhecimento e incertezas sobre o mesmo — para além de uma natural sensação de insegurança — como uma trincheira antirreformista. A inclusão das “diligencias para mejor proveer”, no código, foi uma batalha perdida.

No entanto, percebe-se, por outro lado, os esforços e o compromisso dos membros do judiciário uruguaio com a reforma, evidenciando um importante movimento de rompimento com a mentalidade inquisitória do velho código. Esse que talvez seja o grande exemplo uruguaio e a maior dificuldade brasileira.

⁸ Encontrado em < https://www.180.com.uy/articulo/75583_jueces-con-diligencias-para-proveer-pruebas-o-para-mejor-procesar&ref=delsol > acesso em 05 de mar de 2019

CAPÍTULO IX
NULIDADES

AS NULIDADES NO SISTEMA URUGUAIO

Guilherme Madeira Dezem¹

1 OS VENTOS DA MUDANÇA LATINO AMERICANA E A ILHA INQUISITIVA QUE CONTINUA A SER O BRASIL

Os ventos de mudança sopram por quase toda a América do Sul. Tais ventos buscam adequar as legislações infraconstitucionais em boa parte inquisitivas a práticas acusatórias.

No início deste milênio, vários países latino-americanos modificaram seus sistemas introduzindo novos Códigos de Processo Penal². A título de exemplos podemos observar o seguinte quadro de mudança legislativa: a) Bolívia – 1999; b) Honduras – 1999; c) Chile – 2000; d) República Dominicana – 2002; e) Colômbia – 2004; f) Uruguai – 2014.

Estas mudanças latino-americanas tiveram por principal objetivo alterar a mentalidade inquisitiva existente em nosso continente. A doutrina tem apontado três etapas destas reformas legislativas³ com específicos desafios em cada uma destas reformas.

As reformas de primeira geração ligam-se fundamentalmente à divisão de funções no processo penal. Assim, buscou-se aqui a efetivação do sistema acusatório a partir da legislação. Já as reformas de segunda geração visaram buscar a solução dos problemas identificados na

¹ Mestre e doutor em Direito Processual Penal pela USP. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Juiz de Direito em São Paulo

² LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedural: Diffusion of legal ideas from the periphery. In: *American Journal of comparative law*. V. 55, p. 617-676, 2007.

³ BINDER, Alberto M. La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo. In: *Estudios sobre el nuevo proceso penal, implementación y puesta en práctica*. Fundacion de cultura universitária, 2017, p. 33-68

primeira geração (reconfiguração inquisitorial do sistema acusatório, dificuldades das práticas da oralidade, burocratização da investigação, abuso da prisão preventiva). A terceira geração de problemas e desafios liga-se à preocupação integral com a vítima, meios alternativos de gestão dos conflitos, a efetivação de defesa penal de maior qualidade e a busca de novas relações com a sociedade.

Enquanto na América-Latina os países buscaram adequar sua legislação em maior ou menor grau ao sistema acusatório, o Brasil continuou com sua matriz inquisitiva.

Variadas são as possíveis causas pelas quais o país não conseguiu ainda superar sua matriz inquisitiva. No entanto, o dado objetivo é que continuamos o país com matriz inquisitiva na América-Latina que não conseguiu ainda fazer reforma global e, portanto, tornou-se uma espécie de ilha inquisitiva.

O Uruguai passou pela mais recente reforma do continente e fez profundas alterações em seu sistema caminhando em definitivo para o sistema acusatório-adversarial com a introdução de elementos de consenso.

O objeto deste texto consiste em analisar o sistema de nulidades do processo penal uruguaio e para isso propomos a seguinte linha investigativa: a) relato histórico da legislação e da estrutura legislativa uruguaia; b) análise da sistemática da nulidade no novo CPP uruguaio e seu papel em um processo penal consensual.

2 HISTÓRICO DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS: OS TEXTOS LEGAIS EXISTENTES NA HISTÓRIA DO URUGUAI E A ATUAL ESTRUTURA LEGISLATIVA

A evolução legislativa no Uruguai é mais extensa em termos de marcos legais do que a brasileira. Há atividade legislativa intensa e também tentativas de mudança da legislação continuamente. Para os limites deste trabalho vale a pena ter um rápido quadro das mudanças⁴.

⁴ Em linhas gerais, segue-se aqui o quanto apresentado por ABAL OLIÚ, Alejandro. *Antecedentes del nuevo CPP. Las iniciativas de codificación procesal penal em Uru-*

Até 1878 o sistema processual penal era regido por textos pontuais, ou seja, não havia legislação ordenada, apenas textos esparsos. Posteriormente foi promulgado o Código de Instrução Criminal de 31.12.1878.

Por quase um século houve uma série de tentativas de implementação de novo código, o que só ocorreu em 07.07.1980 com a promulgação do Código de Processo Penal que durou até 2014, quando em 19.12 foi promulgado o atual Código de Processo Penal que entrou em vigor apenas em 01.11.2017⁵ (artigo 403).

Mesmo após a sua promulgação houve uma série de modificações e correções no texto até o momento, dentre as quais destacamos as seguintes leis: 19436/16, 19446/16, 19474/16, 19510/17, 19511/17, 19544/17, 19549/17, 19587/17, 19653/18 e 19670/18.

Quanto ao sistema legal, a par da Constituição Federal, há o Código de Processo Penal de 2014 (com vigência em 2017) e nele temos regra muito importante disposta no artigo 14.2 que determina que em caso de omissão sejam utilizados na interpretação os princípios constitucionais e gerais do direito, os princípios específicos do processo e a doutrina mais reconhecida. Não poderá haver interpretação extensiva prejudicial aos interesses do acusado.

Há também o Código Geral de Processo (Código General Del Proceso de La República Oriental Del Uruguay, doravante chamado de CGP) que pode ser utilizado como fonte subsidiária do Código de Processo Penal. Este Código é de 1988 e foi alterado até o presente momento por uma série de leis.

Em sede de nulidades, o Código de Processo Penal reenvia de maneira clara e expressa a sistemática das nulidades para aplicar o Código Geral do Processo por disposição expressa do artigo 378: Son aplicables ao processo penal las reglas y procedimientos establecidos em los artículos 110 a 116 del Código General del Proceso en lo pertinente, com las variantes que resultan de los artículos siguientes”.

guay, p. 17-26. Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal, vol 1. Org: ABAL OLIÚ, Alejandro, Fundación de Cultura Universitaria, 2018.

⁵ Não deixa de ser curioso que a primeira vigência do código era 16.07.17, sendo posteriormente modificado este artigo para a vigência de 01.11.17.

3 O SISTEMA DE NULIDADES DO CPP E DO CGP

No Código anterior as nulidades eram reguladas nos artigos 97 a 104 do CPP. No CPP atual as nulidades estão previstas nos artigos 378 a 381 e no CGP dos artigos 110 a 116.

Chama a atenção no CPP que há rol taxativo de nulidades insanáveis (nulidade *insubsanable*) previstas no artigo 379. Trata-se de rol em princípio taxativo e, no entanto, deve-se levar em conta que outros dispositivos preveem hipóteses de nulidade como o artigo 75 do CPP abaixo discutido.

Este rol é muito similar ao rol previsto no artigo 101 do CPP anterior e consiste na manifestação do chamado princípio da legalidade ou especificidade⁶. Vejamos a comparação⁷:

CPP atual – art. 379 – São causas de nulidade insanável	CPP anterior – art. 101 – Constituem nulidades, por defeito de forma
a) infração ao princípio do <i>non bis in idem</i>	Sem correspondência
b) a falta de jurisdição ou de competência em razão da matéria ou de jurisdição (salvo as exceções previstas no artigo 38 do CPP)	1º a incompetência absoluta do Tribunal
c) as infrações às regras que regem a sujeição, intervenção, assistência e representação do acusado	3º a infração das normas que regem a intervenção e a sujeição do acusado, se diminuídas suas garantias
d) a infração às disposições que estabelecem a intervenção necessária do Ministério Público.	2º a infração das normas que regem a intervenção necessária do Ministério Público
Sem correspondência	4º os demais fatos e atos que as normas processuais reconheçam expressamente como nulos

⁶ SIAGE SEGALERBA, Alejandro. *Los actos procesales penales*. P. 383-408. Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal, vol 1. Org: ABAL OLIÚ, Alejandro, Fundación de Cultura Universitaria, 2018.

⁷ O código anterior pode ser acessado em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal/15032-1980>

Quando são comparadas ambas as causas de nulidade, percebe-se que apenas a da letra “a” se apresenta como novidade pura em relação ao sistema anterior. As demais causas de nulidade são similares no sistema anterior e no sistema atual. Vejamos cada uma delas.

O princípio do *non bis in idem* está previsto expressamente no artigo 5 do CPP e implicitamente na CF uruguaia — nenhuma pessoa poderá ser investigada mais de uma vez por um mesmo fato pelo qual tenha sido submetida a processo no país ou fora dele ainda que se modifique a qualificação jurídica ou se afirmem novas circunstâncias.

A segunda causa de nulidade cominada é a incompetência em razão da matéria ou de grau de jurisdição salvo em relação as medidas cautelares e as decisões que as modificarem ou a façam cessar.

A terceira nulidade refere-se às regras sobre o acusado. No sistema anterior somente seriam geradoras de nulidade caso gerassem diminuição de direitos, tendo esta parte sido suprimida no código atual.

No entanto, tendo em vista o disposto no artigo 110 do CGP (não será anulado o ato se atingiu sua finalidade), dificilmente se conseguiria imaginar situação de anulação do processo sem que tivesse havido diminuição de direitos do acusado.

Da mesma forma, adverte a doutrina que a ausência de defensor técnico é causa de nulidade nos termos do artigo 75 do CPP: a ausência do defensor em qualquer hipótese em que a lei exija sua presença é causa de nulidade⁸.

A última nulidade cominada refere-se à ausência de intervenção do Ministério Público, sendo complementada por outros dispositivos do CPP como a nulidade de prisão preventiva sem pedido do MP (art. 224) ou a realização de audiência sem sua presença (art. 134.2).

É evidente que não poderiam apenas estas ser as causas de nulidade. De há muito já se abandonou a ideia do “legislador-total”, ou seja, o legislador que fosse capaz de prever todas as nulidades.

Assim, no atual sistema existe válvula de escape prevista no artigo 110 do CGP que dispõe que “pode ser anulado quando carece dos

⁸ SIAGE SEGALERBA, Alejandro, *Op. cit.*, p. 401.

requisitos essenciais para a obtenção de sua finalidade”⁹. Temos então aquilo que a doutrina uruguaia chama de nulidades implícitas¹⁰.

Este sistema do artigo 110 da CGP não faz com que haja automaticamente nulidade quando não forem observados os requisitos essenciais do ato. Assim, Alejandro Abal Oliú¹¹ ensina que há outros dispositivos que devem ser analisados de maneira conjunta.

Aliás, estes dispositivos são de relativo conhecimento dos brasileiros: a) não haverá nulidade se o ato tiver atingido sua finalidade (art. 110 do CGP) e b) não pode pedir a nulidade quem haja consentido com o ato, ainda que tacitamente (art. 112 da CGP).

É importante notar que os efeitos do ato nulo não necessariamente serão extensíveis para os atos posteriores ou anteriores conforme expressa regra do artigo 113 da CGP, não havendo disposição sobre este tema no CPP.

Assim, não haverá a nulidade de atos sucessivos ou anteriores que sejam independentes do ato nulo (trata-se do conhecido princípio da causalidade em sede de nulidade para nós brasileiros).

Quanto ao modo pelo qual pode ser declarada a nulidade, o CPP trata no artigo 380 da declaração da nulidade insanável: pode ser declarada de ofício em qualquer momento, estado ou grau e inclusive via revisão. As partes devem ser intimadas a se manifestar em 6 dias e caso se oponham deverá ser instaurado incidente para sua solução. Caso o juiz não reconheça de ofício a nulidade as partes poderão requerer o reconhecimento da nulidade pela via incidental (art. 380.2).

O sistema uruguaio procurou por meio da reforma implementar de maneira ampla e profunda o sistema acusatório no país. O eixo principal deste sistema centra-se na figura da separação de funções e também, como visto em outros trabalhos desta obra, no juízo abreviado e no papel do consenso.

⁹ O CGP pode ser consultado aqui <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>

¹⁰ SIAGE SEGALERBA, Alejandro, *Op. cit.*, p. 401.

¹¹ ABAL OLIÚ, Alejandro. *Derecho Procesal Penal* Tomo III, 4 ed., FCU, Montevideo, 2015.

A negociação de penas e crimes entre a acusação e o acusado é um tema central do sistema uruguaio. Na forma como foi visto até o presente momento, a maioria dos casos tem se encerrado lá desta forma.

E aí surge a questão principal que somente o tempo responderá: qual o papel da teoria das nulidades em um juízo abreviado? Qual o espaço das nulidades no processo centrado na figura da negociação de pena?

De nossa parte entendemos que deve ser redobrado o papel: uma vez que se está a negociar a liberdade do indivíduo, as nulidades devem ter central papel de controle dos atos processuais de forma a evitar o agigantamento do estado sobre o indivíduo.

O NOVO PROCESSO PENAL URUGUAIO: NULIDADES E NOVAS FASES DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E DE CONTROLE SOBRE A ACUSAÇÃO PENAL

Leonardo Avelar Guimarães¹

INTRODUÇÃO: A REFORMA DO PROCESSO PENAL E AS NULIDADES PROCESSUAIS

O que a reforma do processo penal no Uruguai teria a contribuir para a discussão acerca da necessidade de uma nova legislação processual para o Brasil, de modo a se conformar o funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro à Constituição e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com a superação do sistema inquisitivo? O objetivo deste escrito é responder essa pergunta, notadamente oferecer propostas quanto a alguns traços inquisitoriais para a fase de investigação criminal e intermediária do procedimento penal.

Propõe-se, assim, analisar o tema sob a perspectiva das nulidades no processo penal, notadamente em que o novo processo penal uruguaio, trazido pela *Ley n.º 19.293/14*, poderia servir para o Brasil.

Não se pretende, todavia, avaliar como era o tratamento das nulidades no sistema processual uruguaio antes da alteração legal, nem tampouco verificar, em que medida, a nova legislação contribuiu para a interpretação e aplicação das regras acerca do referido instituto processual.

¹ Professor de Processo Penal da PUC Minas e da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Coordenador da Pós-graduação “lato sensu” em Ciências Penais do IEC (PUC Minas). Mestre em Processo (PUC Minas). Advogado. E-mail: leonardoguimaraes.adv@gmail.com.

A ideia é trazer algumas situações em que traços do modelo inquisitorial brasileiro — e por isto frequentes discussões sobre nulidades processuais — e confronta-las em face do novo processo penal do Uruguai. O estudo se baseia não apenas no plano normativo, mas, principalmente, no que se constatou na prática de alguns juízos penais em Montevideú, em novembro de 2018, quando da visita técnica capitaneada pelo Observatório da Mentalidade Inquisitória naquele país.

Parte-se, portanto, da seguinte hipótese: a implementação do sistema acusatório, mediante a definição de fases metodológicas (investigação e intermediária) bem definidas no procedimento penal, seria elemento de técnica processual adequada ao rompimento com processo inquisitivo e, assim, fator a permitir uma menor discussão sobre as nulidades processuais.

1 MAS O QUE SERIAM MESMO AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL?

O tema das nulidades no processo penal é um dos mais nevrálgicos no estudo do Direito Processual, seja porque não há um consenso a respeito dos conceitos utilizados pela literatura jurídica, seja porque a base normativa utilizada para se definir os conceitos advém do direito civil e processual civil, no que se tem a conclusão de que não podem ser usados automaticamente².

Decorre disso também o uso equivocado da expressão «nulidade processual»: ora para se designar o «vício» do ato do procedimento, outrora para referir-se ao «efeito» processual decorrente da constatação do ato irregular.

O esclarecimento de Aroldo Plínio Gonçalves (2012) sobre isso é irrefutável: os «vícios» consistem em defeitos dos atos praticados em desconformidade com o modelo legal; já as «nulidades processuais» seriam as consequências jurídicas disso; ou seja, a *sanção* que torna

² Consoante brilhante tese de doutorado defendida por Ricardo Gloeckner (2017).

ineficaz o ato processual irregular, defeituoso ou viciado, importando-se na sua repetição³.

Ademais, ainda com Aroldo Plínio Gonçalves (2012), a nulidade processual não pode estar vinculada aos fins da decisão (como infelizmente consta dos arts. 563, CPP), nem mesmo aos do processo, como se este fosse instrumento da jurisdição. Sucede da ideia trazida pelo mencionado autor serem as nulidades voltadas à verificação da juridicidade e da aptidão dos atos do procedimento. Assim, o procedimento, com tal qualificação, estaria apto a construir e a preparar um provimento (decisão) legítimo na democracia, mediante a participação, em contraditório, e realizado em isonomia processual, daqueles legitimados ao procedimento⁴.

Vale dizer: a teoria das nulidades processuais, a partir desta concepção, seria um mecanismo jurídico-processual para se *controlar* a concretização da finalidade dos atos do procedimento: a efetivação do princípio do contraditório. Com isso, estar-se-ia a demarcar o referencial normativo a respeito do *prejuízo*, pressuposto para o reconhecimento jurisdicional da nulidade processual, numa eventual discussão sobre a validade dos atos.

Ainda que seja possível desenvolver outros referenciais teóricos e conceitos a respeito das nulidades processuais penais, principalmente para se rechaçar definitivamente o estranho critério que leva em conta a graduação dos vícios⁵, retoma-se a ideia divulgada pelo autor deste escrito em pesquisa sobre o tema, na qual se concluiu que as nulidades no processo penal constituiriam num mecanismo processual com

³“Sanção e vício são conceitos distintos e inconfundíveis e a nulidade não pode ser concedida, ao mesmo tempo como consequência normativa e defeito do ato. A sanção é uma consequência jurídica aplicável ao ato praticado com inobservância da lei, ou sem os requisitos que ela exige. O vício é o defeito, é o desvio, é a qualidade negativa que se contrapõe à perfeição do ato que se concretiza pela sua realização em plena conformidade com seu modelo normativo” (GONÇALVES, 2012b, p.8)

⁴ Como já se expôs, o que nos permite sustentar tal ideia são os esclarecimentos de Aroldo Plínio a respeito da finalidade do ato do procedimento, que, com efeito, “não é a de prover interesses da parte, mas de concorrer para a construção do procedimento válido, que permita a emanção do provimento do Estado, através da sentença do juiz (GONÇALVES, 2012, p. 35).

⁵ Crítica feita por (GUIMARÃES, 2013) e GLOECKNER (2017).

vistas ao controle dos atos do procedimento penal, de modo a permitir a verificação das suas fórmulas legais do modelo procedimental e, sobretudo, se houve, quando da realização dos atos, a concretização dos princípios do modelo constitucional do processo penal (GUIMARÃES, 2013). A finalidade da nulidade, então, noutras palavras, é a de permitir a efetivação do processo penal, visto como um procedimento em contraditório e em que devem incidir também os demais princípios previstos na Constituição Brasileira de 1988⁶.

Portanto, as nulidades processuais não se resumem ao controle da incidência do princípio do contraditório, mas, sim, de todos os princípios processuais e de garantias fundamentais incidente sobre o Direito Processual Penal, notadamente se se quer implementar um modelo de processo penal de base acusatória.

2 O PROCEDIMENTO MODELO DE PROCESSO PENAL E A REFORMA DO CPP URUGUAIO

Não obstante o novo *Código del Proceso Penal* do Uruguai dedicar apenas quatro artigos para regular o tema das nulidades processuais (*De Las Nulidades*), bem como remeter a normatização ao *Código General del Proceso* do mesmo país (Ley n.º 15.982/88) — que tem sete artigos sobre o assunto — as para o propósito deste trabalho, não será feita a análise da normatividade posta na referida legislação em relação. Três são os principais motivos para tanto:

Primeiro: a regulamentação é, ao que parece, extremamente insuficiente para permitir o controle dos atos do procedimento para um recente sistema processual penal de matiz acusatória, cujas dificuldades na

⁶ Semelhante posição é a de Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Machado, apensar de ainda a conceberem como sanção jurídica: “Nos termos de uma reflexão sobre a teoria das nulidades adequada à noção de processo como garantia, as nulidades devem ser consideradas como forma de controle dos atos processuais, de sua regularidade e conformidade com o modelo constitucional de processo. Assim, somente pode ser considerada a nulidade como uma consequência do reconhecimento pelo órgão julgador da desconformidade do ato frente ao modelo constitucional de processo, gerando, como consequência, a necessidade de se refazer o respectivo ato, declarando-o nulo. Ou seja, a nulidade é uma sanção decorrente da desconformidade do ato face à Constituição (BARROS; MACHADO, 2011, p. 281)

superação do sistema inquisitorial são incontestes⁷. Segundo, porque a novel codificação parece insistir na malograda dicotomia entre atos nulos e anuláveis⁸, pois prevê no art. 379⁹ da legislação uruguaia causas geradoras de nulidades insanáveis, dando a entender pela existência de outras que não o são¹⁰. Terceiro, pois a nova legislação uruguaia adota o sistema da *finalidade da lei/prejuízo* para fins de reconhecimento da nulidade¹¹; porém, não estabelece qualquer diretriz normativa para se interpretar e aplicar o *prejuízo* processual, pressuposto da nulidade processual. Logo, incide no mesmo vazio normativo

⁷ Em estudo específico e posterior a este escrito, será o tema melhor abordado para se verificar qual é a importância normativa das nulidades processuais para as novas legislações dos países da América Latina quanto à reforma processual.

⁸ Crítica também feita por (GUIMARÃES, 2013) e GLOECKNER (2017).

⁹ *Artículo 379 (Causales de nulidad insubsanable). Son causales de nulidad insubsanable: a) la infracción al principio del non bis in idem; b) la falta de jurisdicción o la falta de competencia por razón de la materia o del grado, con la excepción y previsiones establecidas en el artículo 38 de este Código; c) la infracción a las disposiciones que rigen la sujeción, intervención, asistencia y representación del imputado; d) la infracción a las disposiciones que establecen la intervención necesaria del Ministerio Público.* É interessante acrescentar que a nova legislação estabelece no art. 75 causa de nulidade quando não houver a assistência do defensor técnico nos atos para os quais a lei exija a sua presença; bem como a ausência de quaisquer dos sujeitos processuais nas audiências (art. 134) e da não comunicação à testemunha que tenha não tenha o dever de testemunhar, caso ela responda algo desfavorável contra o acusado (art. 150).

¹⁰ Previsão parecida é a que consta na primeira parte do art. 111 do *Código General del Proceso* do Uruguai, para o qual o novo CPP remete ao se tratar do tema, podendo se perceber que para determinados atos, a Lei trata como insanáveis e, portanto, suscetíveis de nulidade; e, para outros, exigíveis à demonstração do prejuízo. Confira-se: *La nulidad deberá ser declarada, aun de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, cuando la ley la califique expresamente como insubsanable o el acto carezca de alguno de los requisitos indispensables para su validez. En los demás casos, sólo podrá ser declarada a pedido de la parte que no concurrió a causarla y que tenga interés en la observancia de la norma respectiva, por haber sufrido perjuicios por su violación.*

¹¹ Confira-se o previsto no *Código General del Proceso* do Uruguai, notadamente a segunda parte do art. 111 acima transcrito e o art. 110, cuja redação é a seguinte: *Especificidad y trascendencia de la nulidad.- No puede anularse un acto procesal sino cuando un texto expreso de la ley lo autorice. Puede ser anulado, no obstante, cuando carece de los requisitos indispensables para la obtención de su fin. La anulación no procede, aun en los casos establecidos precedentemente, si el acto, aunque irregular, ha logrado el fin al que estaba destinado, salvo que se hubiera provocado indefensión.*

previsto na legislação brasileira, abrindo-se espaço para definição do significativo ao talante do aplicador¹².

O que se pretende, então, é chamar a atenção para o que se viu na recente reforma do processo penal no Uruguai e, assim, mostrar como a efetivação do denominado procedimento modelo de processo penal, especificamente para as fases de investigação e intermediária, constituiu-se como etapa normativa essencial para a modificação do sistema de justiça criminal.

Com efeito, desde a elaboração do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América no ano de 1988, o qual remonta antigas cogitações de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, primeiro presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, defendia-se a implementação de um modelo de processo penal composto por fases definidas, sendo a tônica para a superação do sistema processual antigo, de base inquisitiva (GRINOVER, 2000).

A partir da divulgação de um modelo de processo penal para a Ibero-América, a recepção não foi apenas por parte da comunidade acadêmica, que passou a enxergar ali um novo referencial metodológico-normativo para o procedimento penal, como também, viu-se diante do ponto de partida para implementação da agenda política e da discussão sobre a reforma do sistema de justiça criminal. A incorporação do novo modelo estava a levar em conta não apenas a conformação do processo penal aos direitos humanos, previstos nos Tratados Internacionais, como também para a superação da inquisitorialidade e muitos problemas que dela decorriam quanto à operacionalidade do sistema processual, principalmente para a ineficiência para a solução dos casos penais (LANGER, 2017, p. 25-26).

O Uruguai incorporou, na nova legislação processual (*Ley n.º 19.293/14*), o modelo processual penal aludido e, assim, deu um passo para a superação do processo inquisitivo, conforme se mostrará. Aliás, na América do Sul, o modelo repercutiu de forma intensa, sendo apenas o Brasil e parte da justiça federal da Argentina os que ainda trabalham com o sistema inquisitivo (POSTIGO, 2017).

¹² A crítica é novamente feita por GUIMARÃES (2013) e GLOECKNER (2017).

Por que a concepção modelo de processo penal inspirou a reforma processual de tantos países (LANGER, 2017) e, assim, foi considerada a etapa normativa para se instituir o sistema processual penal acusatório na América Latina? A resposta comporta alguns vieses, mas como o escrito está inspirado a partir da perspectiva das *nulidades*, cogita-se a resposta: porque a divisão metodológica das fases, como proposta para o procedimento modelo de processo penal, é capaz de, ao mesmo tempo, permitir a realização e o controle pelas partes dos atos de cada uma das fases a partir de suas funções processuais específicas, definidas em lei e, conseqüentemente, permitir que os sujeitos processuais exerçam as suas atribuições processuais genuínas, evitando-se a sobreposição de uma função na outra ou esbulho, como, infelizmente se observa com a centralização processual na figura do juiz, própria do sistema inquisitivo (COUTINHO, 2018).

Isto é, na perspectiva das nulidades processuais penais, desde que figurando elas como verdadeiros mecanismos jurídicos de controle para a efetividade dos princípios do processo penal, a implementação do procedimento modelo de processo penal é fator preponderante para a superação do modelo inquisitivo e efetivação do processo acusatório.

Basicamente, a regulamentação do procedimento legal no Uruguai definida mediante as seguintes fases: (a) investigação (criminal) preliminar; (b) intermediária (controle processual da acusação); (c) instrução processual (produção da prova oral); e (d) decisória, em que se realizará o julgamento do caso penal (MOREIRA, 2018).

2.1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO NOVO MODELO URUGUAIO E O CONTROLE PROCESSUAL

De acordo com Scarance Fernandes (2006, p. 74-5), a investigação criminal visa permitir a preparação da possível acusação penal e, assim, evitar imputações levianas. É a partir da investigação criminal que se arrecada subsídios para a decisão a ser proferida na fase *intermediária* do procedimento penal, seja para se permitir o processamento da acusação, seja para se arquivar o caso, porque insuficientes os elementos para a construção de um caso penal. Ou seja, a função da

investigação é a fornecer elementos para que haja o debate e a própria viabilização da decisão na fase intermediária do procedimento.

Chama-se a atenção para esse ponto porque, talvez, seja uma das marcas de maior grau inquisitório presente no vigente CPP brasileiro — e conseqüentemente redundante na mentalidade de quem atua na operacionalidade do sistema de justiça¹³ — ao se permitir (quando menos tolerar) que os elementos hauridos na investigação criminal tenham relevância no julgamento do caso e, assim, reduza-se o processo a um mero meio de autenticação da conclusão do inquérito policial, a despeito da sua função cognitiva (permitir a viabilização de um espaço de construção do conhecimento penal).

A reforma do CPP no Uruguai implementou importantes modificações técnicas no procedimento de justiça criminal. Especificamente, não apenas porque se declarou o rompimento com o sistema inquisitivo de processo, mas, sobretudo, porque estabeleceu efetivos espaços técnicos para o controle da função processual da fase investigativa no processo penal (MACHADO, 2019).

Eis alguns exemplos:

- a) simplificou-se e desburocratizou-se a investigação criminal, de forma a não permitir um aprofundamento cognitivo com seus atos, o que seria reservado ao procedimento em contraditório (art. 264), bem como se demarcou o limite temporal desta etapa (art. 265);

¹³ Basta se perceber que o art. 155 do CPP foi alterado recentemente (2008) para se impedir que os atos de investigação sejam usados no julgamento. Contudo, não é o que se percebe na jurisprudência: (...) 2. *Pela leitura do acórdão recorrido, observa-se que a condenação do recorrente se embasou em amplo e vasto arcabouço probatório produzido não apenas em inquérito policial, mas também durante a instrução processual. Como é cediço, o art. 155 do CPP não veda o uso de elementos informativos colhidos na investigação, mas apenas sua utilização com exclusividade, quando não houver outras provas judicializadas, o que não é a hipótese dos presentes autos (...)* (Quinta Turma – AgRg no REsp n.º 1.366.683/PR – Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA – DJe 24/11/2017).

(...) 3. *A condenação não pode se basear exclusivamente nas provas colhidas durante o inquérito policial; no entanto, se conjugados tais elementos com aqueles produzidos durante a instrução criminal, não se verifica violação ao art. 155 do Código de Processo Penal. (...)* (Sexta Turma – HC n.º 371.739/PR – Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – DJe 02/02/2017)

- b) a investigação é conduzida pelo MP (art. 43), sendo a polícia seu órgão auxiliar de execução (art. 49), de modo a permitir a atuação do juiz como garante dos direitos do investigado e, assim, uma atuação imparcial e sem qualquer vínculo à criação de uma imputação e um caso, possibilitando-se também perceber, de modo bem claro, a divisão das funções de cada um dos sujeitos processuais;
- c) criou-se espaços de discussões, que se dão mediante a realização de audiências, com incidência do princípio da oralidade e princípio acusatório — em que o MP e a Defesa participam efetivamente para a construção da decisão — de modo a se discutir assuntos próprios da investigação criminal, como o caso da prisão em flagrante e cautelares probatórias em geral, tudo se dando na denominada *audiencia de formalización* da investigação pleiteada pela *Fiscalia* (art. 266);
- d) a informação gerida na investigação deve ser franqueada à Defesa (art. 259.4) e jamais poderá ser usada no julgamento do caso¹⁴, salvo se realizada por autorização do juízo e em contraditório, após a mencionada formalização da investigação (art. 259.1), sendo também prevista a necessidade de o investigado estar acompanhado de advogado, quando for chamado à participar da investigação (art. 263.3).

2.2 A FASE INTERMEDIÁRIA DO PROCESSO URUGUAIO E O CONTROLE PROCESSUAL DA ACUSAÇÃO PENAL

No Brasil, foi por intermédio da pertinente pesquisa de Fernandes (2006) que se demonstrou a importância da fase *intermediária* do processo penal como etapa imprescindível à verificação da legalidade da investigação, da viabilidade acusatória e, assim, para o controle acerca da admissibilidade e da produção das provas, na fase seguinte (instrução). Sim, porque no processo penal regido pela presunção de inocência, o procedimento deve ter uma demarcação prévia, de maneira a possibilitar não apenas a objetivação do tema a ser discutido na fase de provas e do julgamento, como também o de permitir a implementação do direito à ampla defesa.

¹⁴ Não se cogita o que ocorre no modelo brasileiro de a denúncia acompanhar o inquirido, visto que como a discussão sobre essa fase se dá em audiência e os registros sobre a investigação serão formalizados na *carpeta* do MP, utilizada exclusivamente pelas partes nas audiências.

Afinal, o processo acusatório não pode ser um «jogo de azar», à semelhança do processo do modelo inquisitivo, que se satisfaz com qualquer prova, independente da acusação ofertada inicialmente.

Não obstante o esforço doutrinário em oferecer subsídios teóricos para se demarcar o assunto a ser discutido na fase *intermediária* do procedimento penal¹⁵, como também para se apontar pela necessidade de se proceder um efetivo controle sobre o poder acusatório, debalde foi a tentativa de se incluir no processo penal brasileiro uma etapa intermediária, preliminar à instrução processual, em que a Defesa pudesse dialogar com o MP e com o juízo e, assim, discutir a viabilidade da acuação e a pertinência das provas a serem feitas na instrução processual. Sim, porque os arts. 396 e 396-A do CPP brasileiro, trazidos pela Lei n.º 11.719/08, não foram incorporados na operacionalidade do sistema de justiça a partir da perspectiva trazida. Não se vê a aludida manifestação técnica como forma de a Defesa contribuir para o diálogo processual neste momento do procedimento e, assim, trazer subsídios para a fundamentação da decisão que recebe (ou não) a denúncia¹⁶. Ainda se pensa como no modelo antigo, em que a denúncia era recebida de maneira automática e sem qualquer fundamentação e, assim, designava-se o interrogatório do acusado.

Porém, o que se viu no Uruguai, a partir da reforma, foi o contraste do informado: o novo procedimento prevê uma audiência em que se discutirá a respeito do *control de acusación*. Este ato, em que participará os sujeitos legitimados ao processo, é decorrência da *acusación* ofertada pelo Ministério Público, a qual deve ser apresentada no prazo legal (peremptório e improrrogável) de 30 dias, a partir da *audiencia de formalización* (art. 268).

Ao final da audiência, como regra, poderá haver o *sobreseimiento* (arts. 129 e seguintes), que pode ser postulado também pela Defesa

¹⁵ Sobre o tema a percuciente pesquisa de Marco Aurélio Nunes Silveira (2018).

¹⁶ “Inexiste violação do art. 93, IX, da Constituição Federal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “[...] o juízo positivo de admissibilidade da acusação penal, ainda que desejável e conveniente a sua motivação, não reclama, contudo, fundamentação” (STF, Primeira Turma, ARE 749864 AgR / MG - MINAS GERAIS, rel. Min. Rosa Weber, j. Julgamento: 01/09/2017, p. DJe-219 DIVULG 26-09-2017 PUBLIC 27-09-2017)

(art. 266.1, "c"), o que equivalente a um arquivamento do caso, com os mesmos efeitos da sentença absolutória (art. 132); ou, na admissão do caso ao *juicio* oral, oportunidade em que haverá uma outra audiência para a produção oral das provas e julgamento do caso (art. 270).

Ademais, como informa Ferreyra (2017), na aludida audiência para *control de acusación*, com a participação do Juiz, do MP, do acusado e da vítima, poderá a Defesa apontar erros formais na acusação (arts. 127 e 266.1, "a"), opor exceções processuais (art. 266.1, "b") e, até propor acordos (art. 266.1, "d"), nos casos em que é admitido (art. 394).

Após, haverá o debate, em audiência, das provas que se pretende produzir na fase seguinte, permitindo-se que os *intervenientes toman conocimiento recíproco de las pretensiones que harán valer en la audiencia de juicio (etapa de juicio oral) y de su sustento probatorio, permitiéndoles preparar con la debida antelación la estrategia de acusación o de defensa* (FERREYRA, 2017, p. 242).

Isto é, de acordo com o art. 268.2 do CPP, o juiz provocará um efetivo contraditório entre as partes processuais sobre o tema da atividade probatória, de modo que cada uma das se manifeste expressamente quanto à postulação da prova apresentada por cada uma delas. Portanto, há efetivo debate a respeito do material probatório a ser feito, de modo a subsidiar a decisão do juiz a ser dada ao final da audiência, de submissão ou não do caso, com as respectivas respostas quanto às postulações probatórias, ao *juicio oral*. O debate, contudo, não pode sobrepor-se à função da fase probatório (*juicio oral*), reservando-se a discussão tão-só quanto à admissibilidade da acusação e atividade probatória seguinte (art. 268.3).

Chama-se a atenção para duas regras expressas do novo CPP uruguaio a respeito desta fase: a efetivação do contraditório, a partir do princípio da oralidade, sendo necessário o registro da audiência apenas por meio de vídeo e áudio, limitando-se a ata a registrar de modo simplificado e em resumo o que se passou na assentada (art. 268.5); e a previsão contida no art. 268.4, segundo a qual, não se *podrá admitirse en juicio ninguna prueba a la que la defensa no haya tenido acceso y*

posibilidad de control. A tales efectos el juez adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control por la defensa.

Nota-se, portanto, que para além da necessidade de se argumentar a respeito da pertinência quanto à produção do material probatório postulado, a legislação deixou registrada, em regra expressa, a preocupação de se ver que a atividade persecutória foi realizada de maneira ética, em respeito aos direitos fundamentais e, portanto, com a garantia do contraditório efetivo e do direito ao confronto quanto às fontes de prova que a acusação pretende usar no julgamento.

CONCLUSÃO

Em que pese as críticas quanto ao procedimento e efeitos do denominado *proceso abreviado* (art. 272), entende-se que, para o propósito examinado, a legislação processual uruguaia avançou infinitamente ao ser comparada com a realidade processual brasileira, em que os velhos problemas inquisitoriais ainda persistem.

Sabe-se, por outro lado, que a alteração legal não é suficiente para operacionalizar a mudança de perspectiva e de referência quanto ao novo processo penal acusatório, de modo a se desgarrar da mentalidade inquisitiva.

Porém, quanto ao tema das nulidades processuais penais, sobretudo as que decorrem dos atos da investigação criminal e dos momentos anteriores à admissão do caso para o julgamento, a implementação de espaços de discussões que foram vistos em prática no Uruguai, mediante a oralidade e com a demarcação das funções das partes e das respectivas fases do procedimento, é o primeiro passo para se permitir não apenas a superação do modelo inquisitivo, mas, também se fazer perceber serem as nulidades processuais penais efetivos mecanismos de controle processual da constitucionalidade/convencionalidade dos atos da persecução penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Flaviane; MACHADO, F. Nulidades no processo penal – a necessidade de revisão a partir da noção de modelo constitucional de processo. In: Gilson Bonato. (Org.). Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 277-288.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: Observações sobre os Sistemas Processuais Penais. (Org) NUNES SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018
- FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. São Paulo: RT, 2006;
- FERREYRA, José María Gómez. El Debido Proceso del Control de Acusación. In: Estudios sobre El Nuevo Proceso Penal: implementación y puesta en práctica. Asociación de Magistrados del Uruguay. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2017, p. 235-246.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Nulidade no Processo. 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 41–50, abr./jun. 2000.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GUIMARÃES, Leonardo Avelar. As nulidades no direito processual penal e a sua (des)conformidade com o processo constitucional. 2013. 83 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
- LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017.
- MACHADO, Leonardo Marcondes. Sistema uruguaio de investigação preliminar: uma breve exposição legal. Academia de polícia. *Conjur*. 2019. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-jan-08/academia-policia-breve-exposicao-sistema-uruguaio-investigacao-preliminar#_ftn1 >. Acesso em 1.º de março de 2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo Direito Processual Penal uruguaio. Opinião. *Conjur*, 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-nov-28/romulo-moreira-precisamos-aprender-processo-penal-uruguaio> > Acesso em 1.º de março de 2019.

POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: POSTIGO, Leonel González (Org). *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. Por uma teoria da ação processual penal. *Coleção Mentalidade Acusatória*. V. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

O DECEPCIONANTE E INSUFICIENTE REGIME NORMATIVO DAS NULIDADES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DO URUGUAI

Márcio Soares Berclaz¹

Em substituição ao notadamente inquisitivo² Código anterior, sancionado em 07 de julho de 1980 pelo Decreto-Lei n. 15.032³, depois de

¹ Doutor (2017) e Mestre (2013) em Direito pela UFPR. Professor Assistente de Direito Processual Penal da Universidade Positivo (desde 2017). Promotor de Justiça no Ministério Público do Paraná (desde 2004). Membro do IPDMS – Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais. Email: marcioberclaz@gmail.com.

² OLIÚ, Alejandro Abal. Antecedentes del Nuevo C.P.P. Las iniciativas de codificación Procesal Penal en Uruguay. In: *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal – Ley 19.293*. Coordinación por Alejandro Abal Oliú. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018, p.23: “Dicho código, cuyo contenido no corresponde en forma alguna analizar en este trabajo, puede sin embargo merecer como observación general la que no alteró en forma importante el sistema del proceso penal hasta entonces vigente en Uruguay, limitándose a corregir algunos defectos notorios de la legislación anterior pero manteniendo un carácter fuertemente inquisitivo, muy adecuado al Gobierno de Facto que lo sancionó”.

³ Cabendo esclarecer que, na origem, vigia o Código de Instrução Criminal, denominado *Código de Instrucción Criminal (C.I.C)*, promulgado em 31 de dezembro de 1878, feito em substituição a um conjunto de textos legais das décadas de 1850 e 1860. Bem retratando esse período, convém tecer esclarecimentos complementares: OLIÚ, Alejandro Abal. Antecedentes del Nuevo C.P.P. Las iniciativas de codificación Procesal Penal en Uruguay. In: *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal – Ley 19.293*. Coordinación por Alejandro Abal Oliú. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018, p. 18/19: “con algunas normas provenientes de las Leyes Patrias y aún de la Legislación Colonial, junto a muchos usos y costumbres no legislados regulaban entonces – en forma confusa y a menudo plagada de ‘vacíos’ y contradicciones o soluciones inconvenientes – el trámite de los procesos criminales. [...] Se trataba, como es conocido, de un cuerpo legal inquisitivo y ya antiguo para la evolución doctrinal de esa época, el que, por demás, fue muy mal aplicado desde casi después de su sanción y durante los más de cien años que estuviera luego vigente”.

tentativas frustradas de Reforma⁴ (incluindo um Código que chegou a ser aprovado pela Lei n. 16.893 de 16 de dezembro de 1997 e que nunca chegou a valer por ter tido sua vigência postergada por diversas vezes⁵), não é de se estranhar que o Novo Código Processual Penal uruguaio — fruto do trabalho de uma Comissão criada em 2005 pela Lei 17.897, promulgado em 19 de dezembro de 2014 como Lei n. 19.293/14⁶, publicado em 09 de janeiro de 2015, mas que só entrou em efetivo vigor em 01 de novembro de 2017, ainda no progressista Governo de José “Pepe” Mujica (1935...), então Presidente da República e que também ostenta a condição de ex-guerrilheiro tupamaro vitimado injustamente como preso político da Ditadura Uruguaia (1973-1985)⁷ — mereça atenção e curiosidade⁸.

⁴ OLIÚ, Alejandro Abal. Antecedentes del Nuevo C.P.P. Las iniciativas de codificación Procesal Penal en Uruguay. In: *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal – Ley 19.293*. Coordinación por Alejandro Abal Oliú. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018, p. 25: “Para terminar este capítulo, si luego de la investigación que me propuse efectuar se intenta realizar un resumen de lo analizado, se concluirá que en las casi catorce décadas transcurridas hasta la fecha desde aquella lejana década iniciada en 1871 – con las solas excepciones de las décadas comenzadas en 1881 y en 1911 – existieron, en todas ellas, intentos institucionales dirigidos a proyectar un mejor Sistema Procesal Penal. Y en este más que centenario proceso de iniciativas legislativas se concretaron nada menos que once proyectos básicos diferentes de Código Procesal Penal, cuatro de los cuales fueron aprobados legislativamente [...]”.

⁵ OLIÚ, Alejandro Abal. Antecedentes del Nuevo C.P.P. Las iniciativas de codificación Procesal Penal en Uruguay. In: *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal – Ley 19.293*. Coordinación por Alejandro Abal Oliú. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018, p. 24: “Pero bien corta fue la experiencia con este nuevo código, puesto que ya por ley del 17 de julio de 1998 (ley n. 16.982) se postergó su entrada en vigencia hasta el 1º de febrero de 1999. Y más adelante – por ley n. 17.079 del 2 de enero de 1999 – se volvió a postergar su entrada en vigencia, esta vez hasta el 1º de febrero de 2000. Y luego una nueva ley, sin derogar a este código, postergó indefinidamente su entrada en vigencia (técnicamente este código quedó definitivamente derogado recién el 1º de noviembre de 2017, al entrar en vigencia el art. 404 del Nuevo Código del Proceso Penal aprobado por la ley n. 19.293 de diciembre de 2014)”.

⁶ URUGUAI. Código del Proceso Penal. Ley n. 19.293 de 19 de diciembre de 2014 e publicada en 09 de enero de 2015. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>. Acesso em 01 de março de 2019.

⁷ A propósito do assunto, recomenda-se o filme “Uma noite de 12 anos” (*La noche de 12 años*), dirigido por Alvaro Brechner, 2018. Igualmente, indica-se o livro “Memorias del Calabozo” (2000, Editora Pazcuaro) de Maurício Rosencof (1933...) e Eleuterio Fernandez Huidobro (1942-2016).

Ao contrário do Brasil que, na contramão do movimento da maior parte dos países da América Latina⁹, mantém um Código editado por um Decreto-lei (de 1941) de matriz autoritária e fascista repleto de reformas pontuais cheias de inconsistências sistêmicas, apesar de existir um Anteprojeto de Novo Código de Processo Penal tramitando no Congresso Nacional desde 2009 (PL n. 156/2009, atualmente PL 8.045/2010), pode-se dizer que o nosso vizinho Uruguai possui, de modo geral, no contexto das reformas processuais penais da América Latina¹⁰, uma legislação que, contendo um total de 382 artigos, mostra-se atualizada e condizente com a perspectiva de um sistema efetivamente acusatório, criando um verdadeiro “novo Direito Processual Penal”¹¹.

Se o Uruguai, que tem uma Constituição de 1967 (modificada em 1989, 1994, 1996 e 2004) posteriormente já possui um Novo Código Processual Penal, imagine-se a situação do Brasil que, mesmo com a Constituição da República de 1988, ainda convive com um Código Processual Penal que lhe é antecedente.

Diante desse quadro, é conveniente que exista um esforço comparativo para verificar até que ponto institutos problemáticos de um ordenamento processual penal atrasado e ultrapassado como o nosso estão melhor dispostos ou resolvidos no contexto dessa nova “onda” de

⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo Direito Processual Penal uruguaio*. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/11/21/o-novo-direito-processual-penal-uruguaio/>. Acesso em 01 de março de 2019.

⁹ Por exemplo

¹⁰ POSTIGO, Leonel González. *Pensar na Reforma Judicial no Brasil: conhecimentos teóricos e práticas transformadoras*. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2018, p. 18: “Historicamente, a tradição jurídica que tem dominado nos países da América Latina tem estado enraizada em um esquema de política criminal de sesgo inquisitivo. Este modelo de ajuizamento estabeleceu processos escritos e secretos que pouco se diferenciavam das antigas leis coloniais que permitiram a concentração de poder nas monarquias absolutas. Embora esse paradigma tenha se estendido durante séculos em outros países, o certo é que os sistemas de justiça penal da região iniciaram um processo complexo de mudanças nos últimos trinta anos”.

¹¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo Direito Processual Penal uruguaio*. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/11/21/o-novo-direito-processual-penal-uruguaio/>. Acesso em 01 de março de 2019.

Códigos Processuais Penais da América Latina, na qual se insere o Código “charrua”.

Nesse contexto, a limitada proposta do presente artigo é examinar, com propósito preferencialmente descritivo, o sempre problemático tema das nulidades processuais penais no antigo (1980) em cotejo com as disposições do Novo Código de Processo Penal uruguaio (2014/2015)¹². Então vejamos.

O antigo Código de Processo Penal Uruguaio de 1980 era composto de 357 artigos. Nele havia o Livro I das Disposições Gerais, o Livro II do Processo de Conhecimento e o Livro III do Processo de Execução.

O conjunto normativo responsável pelo tratamento do tema das nulidades ocorria no Título V, destinado aos “atos processuais”, os quais, por sua vez, eram definidos em 5 Capítulos (da forma e tempo dos atos, dos atos do tribunal, das notificações, dos atos da parte e das nulidades).

Assim, ao lado de um “princípio da liberdade das formas” para atos praticados pelas partes, salvo disposição expressa (conforme artigo 96), o tema das nulidades estava disposto nos artigos 97 a 104 da seguinte forma: 1) o denominado “princípio da especificidade” indicava que não há nulidade sem lei que a estabeleça; 2) o “princípio da transcendência” dizia que não havia nulidade sem prejuízo; 3) o “princípio da finalidade” apontava que não seria nulo por defeito de forma nenhum ato que cumprisse com a sua finalidade; 4) reconhecia-se como nulo o ato que representasse “infração de leis proibitivas”; 5) indicava-se que apenas seriam nulidades por “defeito de forma” situações relacionadas à incompetência absoluta de tribunal, infração de normas que regem a intervenção necessária do Ministério Público, infração de

¹² Ainda que o propósito principal desse artigo seja realizar, de modo prioritário, este exame comparativo interno e cronológico entre o tratamento dado ao tema das nulidades no Código de Processo Penal de 1980 e o Novo Código Processual Penal Uruguaio de 2014/2015, por certo que pretende-se, em estudo futuro de maior fôlego, com maior grau de contextualização e detalhe, poder situar e classificar a posição ocupada pelo Uruguai no tratamento do tema em comparação com outros ordenamentos processuais penais da América Latina, sejam ele novos (por exemplo, como é o caso do Chile – 2000, do México – que tem um “Código Federal de Procedimientos Penais” de 2009) ou não (como é o caso do Brasil).

normas que regem a intervenção e a sujeição do imputado se as suas garantias são diminuídas e os demais fatos e atos que as normas processuais reconheçam expressamente como nulidades; 6) ao lado disso, apontava-se um “princípio da independência” dos atos anteriores ou subsequentes de ato tido como viciado e 7) ainda, previa-se que, à luz do princípio da impugnação, somente atos processuais “irregulares” poderiam ser invalidados por demanda incidental dentro de cinco dias ou por intermédio do recurso próprio

Já na estrutura do *Novo Código Processual Penal uruguaio de 2014/2015*, uma composição de 382 artigos desenrolados ao longo de 7 (sete) Livros (I – Disposições Gerais; II – Processo de Conhecimento; III – Do Processo de Execução; IV – Processos Especiais; V – Meios Impugnativos das Resoluções Judiciais; VI – Vias alternativas de resolução do conflito e VII – Derrogações, observância do Código e disposições transitórias), o tema das nulidades foi tratado ao longo dos *artigos 378 e 381*, em título próprio denominado “Das nulidades”.

Por mais que o tratamento do Código Processual Penal de 1980 não se mostrasse adequado, ao restringir as nulidades ao menor espaço possível a pretexto de uma visão utilitarista de “finalidade” e “prejuízo” de matriz civilista incompatível com o processo penal, é lamentável que o Novo Diploma Processual Penal, contrariando a ideia consolidada de que a autonomia científica do processo penal impõe que sejam buscadas soluções próprias para os seus problemas, abra o tratamento normativo do tema das nulidades afirmando, no seu artigo 378, que são aplicáveis ao processo penal, no que for pertinente¹³, os procedimentos estabelecidos nos artigos 110 a 116 do “Código Geral de Processo”¹⁴ (*Código General del Proceso – C.G.P.*)¹⁵ de 1988 (aprovado

¹³ Abertura que, por si só, no seu texto (“en lo pertinente”), revela a inconveniência e o despropósito da aplicação extensiva.

¹⁴ OLIÚ, Alejandro Abal. Antecedentes del Nuevo C.P.P. Las iniciativas de codificación Procesal Penal en Uruguay. In: *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal – Ley 19.293*. Coordinación por Alejandro Abal Oliú. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018, p. 18: “Es así que en Uruguay el Código General del Proceso (el C.G.P.) excluye (tacitamente) de su ámbito al Proceso Penal, lo cual ha obligado a quienes redactaron el nuevo Código del Proceso Penal (ley n. 19.293) a elaborar un cuerpo normativo que, si bien se remite frecuentemente al Código General del Proceso, tiene autonomía legislativa en relación al mismo puesto que no se integra a su articulado”.

pela Lei n. 15.982, publicada em 14/11/88), salvo em relação a situações específicas dispostas em 03 (três) dispositivos seguintes, no caso, os artigos 379 a 381 que, respectivamente, tratam de causas de nulidades insanáveis, declaração de nulidade insanável e validade remanescente de atos de prova.

Trata-se de um lamentável e equivocado reenvio¹⁶, atitude que vai no sentido oposto do majoritário consenso da dogmática crítica de que o padrão do campo civil não pode ser “importado” para o penal. Em todo caso, convém verificar o que consta do referido Diploma indicado por remissão.

Esse mencionado “*Código Geral de Processo*” de 1988, dentro do Livro das “Disposições Gerais, no título da “atividade processual”, no capítulo das “disposições gerais”, prevê uma seção sétima para tratar “da nulidade dos atos processuais” (*artigos 110 a 116*).

Assim, ao invés de se reconhecer que, no que tange aos atos processuais penais, a forma deve ser a garantia e o limite de poder¹⁷, o tratamento dado nos mencionados dispositivos demonstra, para um tema tão delicado e complexo como nulidades, uma grosseira permanência da substância do que havia de pior no tratamento do assunto, ou seja, a proposta de uma teoria geral de processo com categorias comuns ao processo civil e penal. Basta percorrer os dispositivos mencionados do referido documento para perceber-se a insuficiência quantitativa e qualitativa do tratamento normativo dado ao tema no referido “Código

¹⁵ URUGUAI. Código General del Proceso. Ley n. 15.982 de 18 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>. Acesso em 01 de março de 2019.

¹⁶ Em sentido contrário: SÁNCHEZ, Bernadette Minvielle. Medios impugnativos en el Código del Proceso Penal. In: *Estudios sobre el nuevo Código Procesal Penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 324: “Existe un reenvío a las disposiciones de los arts. 110 a 116 del CGP (art. 378), y que estimo tendrá vital importancia para otros supuestos de vicios procesales y que extralimiten el número del 379”.

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 947: “A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. Um sistema de invalidades somente pode ser construído a partir da consciência desse binômio (limitação do poder/garantia), pois são as duas forças em constante tensão no processo penal”.

Geral de Processo”, denominação equivocada na própria pretensão e origem.

O artigo 110, ao mencionar a “especificidade” e a “transcendência” da nulidade, prevê que somente poderá ser anulado um ato processual quando um texto expresso de lei autorizar, mencionando que não será caso de se reconhecer a anulação se o ato, “ainda que irregular, tiver logrado o fim a que estava destinado”, exceção feita à configuração da ausência de defesa (“indefensión”).

O artigo 111, por sua vez, prevê que a nulidade prevista expressamente como insanável ou cujo ato careça de requisitos indispensáveis deverá ser declarada, mesmo de ofício, em qualquer estado ou grau do processo, afirmando que as demais hipóteses somente poderão ser declaradas a partir de pedido da parte que não a tenha causado.

Já o artigo 112 estabelece que consentimento tácito e não reclamação para reparação da nulidade na primeira oportunidade e na forma correspondente faz com que esta considere-se sanada e vencida.

No artigo 113, por sua vez, menciona-se que, salvo disposição expressa em contrário, a nulidade de um ato é independente dos que lhe sejam anteriores ou sucessivos.

Na sequência, o artigo 114 permite a anulação de atos processuais fraudulentos em caso de dolo, fraude ou colusão, somente quando houver requerimento daqueles que sofreram prejuízo, contanto que respeitados os princípios anteriores.

A seguir, o artigo 115 pretende delimitar as vias processuais para reclamação da nulidade quando a questão se dá na demanda principal de modo incidental ou em relação a atos recorríveis.

Por último, o artigo 116 trata de regular a “declaração de nulidade em segunda instância”, ocasião em que novamente a nulidade insanável volta à tona.

Como se percebe de simples leitura dos referidos dispositivos, para além de evidenciar que pouquíssimos foram os avanços no tratamento do tema comparativamente ao sistema inquisitório anteriormente existente, percebe-se que, no bojo do Novo Código de Processo Penal Uruguaio de 2014/2015 não há nenhum regime específico ou mais

pertinente com a realidade do processo penal, o que, em primeira análise, permite dizer que o tratamento dado ao tema das nulidades é re-matadamente insuficiente e incompatível com o sistema acusatório.

Se a remissão das regras gerais e procedimento ao “Código Geral de Processo” já se mostra equivocada, tampouco a tímida previsão de normas específicas para reger as nulidades desse Novo Código de Processo Penal de 2014/2015, previstas nos artigos 379 a 380, miti-gam o problema.

Ainda que a manutenção da ideia de nulidades insanáveis seja melhor do que a mera indicação de “nulidades por defeito de forma”, como fazia o Código de 1980 ao indicar as nulidades específicas, rápida e preliminar análise das hipóteses previstas no artigo 379 do Código Processual Penal, em comparação com o que vigia anteriormente, mostram pouquíssimos avanços, quando não, sob certos aspectos, até mesmo um retrocesso na conformação do próprio “texto da norma”.

Por mais que a previsão da “insanabilidade” seja melhor do que a categoria genérica da nulidade indicada na legislação anterior, percebe-se que as hipóteses de ocorrência dessa insanabilidade mantém uma tradição de excessiva economia e restrição. Além da insanabilidade, encorpou-se a ideia de que esta deva alcançar a importante ideia do “non bis in idem” como princípio. De outro lado, é possível dizer que a extensão da dita insanabilidade para questões de jurisdição e competência seja melhor e mais ampla do que a definição anterior (que, no anterior Código de 1980, no artigo 101, 1º, mencionava apenas a “incompetência absoluta do Tribunal”). De outro lado, enquanto o Código de 1980, no seu artigo 101, 3º, permitia a constatação da nulidade se houvesse a “diminuição das garantias” do imputado, o atual Diploma prevê insanabilidade de modo genérico em questões relativas à sujeição, intervenção, assistência e representação do imputado, sem fazer qualquer menção ou correlação com a restrição de direitos ou garantias fundamentais.

A despeito do Uruguai, tal como o Brasil e diferentemente da Argentina, não ter realizado uma efetiva “justiça de transição”¹⁸ da Ditadura

¹⁸ Não se desconhece a existência de crítica sobre a expressão e a necessidade de se ir além dela. Nesse sentido: QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição: contor-*

para a Democracia, é preciso fazer um escrutínio crítico do seu saúdo e Novo Código Processual Penal como um importante instrumento de consolidação e fortalecimento da democracia, especialmente considerando que não se pode desconhecer os muitos movimentos de resistência e de “contrarreforma” que se estabeleceram após a aprovação do referido diploma processual penal, no período considerável de uma “vacatio legis” desse instrumento vigente desde novembro de 2017 e que, portanto, ainda não tem um percurso que permita uma análise mais sofisticada do seu impacto.

Nesse contexto, não se pode olvidar que ao campo de conhecimento do direito processual penal cabe estabelecer limites e condicionamentos ao poder de punir que, via de regra, nas situações de ação pública, está sob monopólio do Estado.

Como se percebe, além de haver um grave vício de origem, determinante de que o novo Diploma Processual Penal reporte-se a um “Código Geral de Processo” para tratar do tema das nulidades, conforme já demonstrado, os poucos dispositivos que tratam do assunto no

nos do conceito. São Paulo: Outras expressões; Dobra editorial, 2013, p.232/236: “A justiça transicional, é verdade, organizou, na condição de referência tópica e conceitual, uma importante reflexão que permitiu sistematizar os desafios postos para ampliar os processos de efetiva democratização. Demarcou todo um campo analítico que tem permitido, malgrado alguns problemas apontados criticamente no capítulo segundo desta pesquisa, a compreensão das tarefas que precisam ser levadas a cabo e de algumas políticas importantes para reparar as violações de direitos humanos do passado e evitar a ocorrência de episódios semelhantes no futuro. [...] No entanto, todo esse arcabouço teórico corre o risco de repetir equívocos comuns aos da transitologia, havendo diversas razões que justificam essa preocupação conceitual. [...] Por isso, assim como ocorreu nos estudos de transitologia e, mais recentemente, da consolidologia, também a justiça de transição precisa ser submetida a uma avaliação crítica, com o objetivo de depurar cuidadosamente esta teorização. [...] Vale ressaltar que o presente trabalho não coloca em questão a importância deste conceito e de sua positivação, a duras penas, no campo do direito internacional dos direitos humanos. [...] Ao contrário, o que se sustenta é que, para fazer jus à importação do conceito para o mundo atual, é necessário ultrapassar a maneira corrente de encará-lo, a partir somente de uma descrição de seu conteúdo composto pelos eixos clássicos. [...] Mas, se para fim de argumentação e apenas momentaneamente, é preciso valer-se desta binariedade entre transição e consolidação, como momentos singulares e com características até contraditórias entre si, não resta dúvida de que a ideia de uma ‘justiça de consolidação’ soaria melhor diante dos atuais desafios postos para a melhora da qualidade da democracia na região da América Latina [...]”

campo da novel legislação são quase que uma reprodução muito similar ao que já havia, com pouco ou quase nenhum avanço, quando não com a possibilidade de serem apontados pontuais retrocessos.

Em suma, ao contrário de outros institutos processuais penais, é possível dizer que o tratamento dispensado ao tema das nulidades nos artigos 378 e 381 é insuficiente e absolutamente decepcionante, especialmente considerando que, ao contrário de outros diplomas em vigor no âmbito da América Latina¹⁹, sequer constata-se que tenha havido maior preocupação em relacionar a observância da forma como o modo pelo qual o processo penal prevê o resguardo da garantia.

Ainda que todo jurista crítico possa (e deva) ser cético quanto a permanente incompletude e inacabamento, o que alcança, por evidente, a técnica unitária de “codificação, embora o Novo Código de Processo Penal uruguaio, em pouco mais de 04 (quatro) anos, já tenha experimentado sucessivas alterações legislativas (que para alguns podem ser denominadas como espécie de “contrarreforma”²⁰), não se identifica que em nenhuma delas tenha havido incremento legislativo no tratamento das nulidades, o qual, nesse específico aspecto, não serve de referência para o tratamento do instituto, nem no Uruguai, nem na América Latina.

Por mais que se possa dizer que um sistema verdadeiramente acusatório, com maior oralidade e controle gradativo dos atos processuais de acordo com a fase do procedimento diminui a chance de atos processuais viciados permanecerem no processo sem a devida correção, é possível concluir, em primeira análise, que o tratamento dado ao complexo e tradicional tema das nulidades no âmbito do processo penal pelo novo Diploma foi absolutamente decepcionante. Será essa uma

¹⁹ A propósito, a título exemplificativo, cumpre notar que o “Código Federal de Procedimientos Penales” do México (2009), prevê um capítulo para “formalidades” nos artigos 15 a 27. De outro lado, a despeito de manter o prejuízo, o artigo 160 do Código Processual Penal chileno (2000) prevê que esse será presumido se a infração houver impedido o pleno exercício das garantias e dos direitos reconhecidos na Constituição e nas demais leis da República, além de tratar do tema ao longo dos artigos 159 a 165.

²⁰ Por exemplo: Leis n. 19.436 de 23 de setembro de 2016, n. 19.474 de 30 de dezembro de 2016, n. 19.510 e 19.511 de 14 de julho de 2017, n. 19.544 de 20 de outubro de 2017, n. 19.549 de 25 de outubro de 2017, n. 19.587 de 28 de dezembro de 2017, n. 19.653 de 17 de agosto de 2018 e 19.670 de 15 de outubro de 2018.

preocupante e larga fresta derivada de uma cultura tradicional e historicamente inquisitória ainda presente na novel e merecidamente celebrada legislação “celeste”? O tempo (e a prática forense uruguaia²¹) dirá.

²¹ BINDER, Alberto. El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades. In: *Código del Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay* (Coordenado por CAMPOS, Santiago Pereira. POSTIGO, Leonel González. RÚA, Gonzalo). Montevideo: Universidad de Montevideo, CEJA-JSCA e INECIP, 2018, p. 13: “Por eso decimos que *implementación de la reforma* comienza en primer día de la entrada en vigencia y dura varios años, hasta que el sistema adquiere su primer punto de equilibrio. La experiencia de otros países nos muestra que ese primer punto de equilibrio no es satisfactorio, por el excesivo peso que siguen manteniendo en él las prácticas inquisitivas. Esa es la razón por la cual los operadores deben prepararse para el *duelo de prácticas* y se debe monitorear permanentemente el proceso de implementación”.

CAPÍTULO X
RECURSOS

O SISTEMA RECURSAL E CONTROLE DE DETENÇÃO NO PROCESSO PENAL URUGUAIO E A AUSÊNCIA DE CONTROLE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Leonardo Costa de Paula¹

Em novembro de 2017 entrou em vigor o Novo Código de Processo Penal uruguaio, inserindo o país num contexto de reestruturação do processo penal que alcançou praticamente toda a região, à exceção do Brasil, a partir dos processos de redemocratização pelos quais passou a maior parte dos países da América Latina desde a década de 1980.

A reforma legislativa pretendeu dar início a uma nova política de longo prazo para a administração da justiça penal no Uruguai, através da adoção do modelo acusatório. A mudança se deu depois de iniciativas anteriores malsucedidas e num processo que se iniciou no ano de 2005, resultando na aprovação, em 2014, da Lei 19.293, que passaria a vigorar em 2017, após alterações legislativas.

Um dos pontos que sofreu significativas alterações foi o da disciplina da prisão preventiva e de seu sistema de controle, atravessado pela lógica da oralidade. A audiência cautelar está prevista no artigo 266, mais precisamente, no artigo 266.6.² De acordo com o dispositivo, a

¹ Professor de Direito Processual Penal da CNEC-Rio de Janeiro. Doutor em Direito do Estado (UFPR). Mestre em Direito Público (UNESA). Vice-Presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Vice-Presidente da Comissão Nacional Científica e Acadêmica da ABRACRIM. Presidente da Comissão Acadêmica da ABRACRIM-RJ. Professor da Faculdade CNEC - RJ. Advogado Criminalista.

² 266.6 En la audiencia de formalización se escuchará a las partes y a la víctima que hubiere comparecido. En dicha audiencia el juez resolverá: a) la legalidad de la detención si fuese el caso; b) la admisión de la solicitud fiscal de formalización de la investigación; c) el pedido de medidas cautelares que haya formulado el fiscal o la víctima de acuerdo con lo dispuesto en el literal e) del artículo 81.2 y en los artículos 216 y si-

discussão sobre a formalização da investigação e medidas cautelares se dá com a presença do indiciado e, se possível, com a presença da vítima. Neste ato o juiz decide sobre as cautelares possíveis.

A decisão sobre as cautelares, (*sentencia interlocutoria*) que impõe a prisão preventiva pode ser atacada por 4 recursos: *aclaração, ampliación, reposición y apelación*.

Os recursos de *aclaração* e *ampliación* possuem objeto bem definido. O primeiro se dá quando a decisão (*resolución*) contenha algum conceito ambíguo, que deixa dúvida. A *ampliación* se dá quando a parte que recorre entende que a decisão se omitiu sobre algum ponto essencial que foi requerido. Para fins de comparação, este recurso se identifica na lógica recursal brasileira aos embargos de declaração.

Quanto a questões meritorias, propriamente ditas, tem-se, no Processo Penal Uruguaio os recursos de *reposición* e *apelación*. O primeiro³ tem o objetivo de provocar o próprio juiz que ditou a sentença impugnada a rever sua decisão e revogá-la ou modificá-la, assimilando-se ao pedido de reconsideração no Processo Penal brasileiro.

Por fim, na dinâmica processual uruguaia, o recurso de *apelación* não necessita passar por nenhum dos demais recursos e a parte pode recorrer de pronto com a apelação sobre a *sentencia interlocutoria*.

guintes de este Código; d) toda otra petición que realicen las partes. La solicitud de medidas cautelares se resolverá atendiendo a la carpeta de investigación llevada por el Ministerio Público y siempre que hubiere sido controlada por la defensa. Si el juez, a solicitud de la defensa, lo considerare imprescindible, podrá producirse prueba en la propia audiencia, aun cuando no estuviere contenida en la carpeta de investigaciones. La prueba a diligenciarse deberá ceñirse estrictamente a los requisitos para la adopción de la cautela. Tratándose de la prisión preventiva, los requisitos que deberán reunirse son los establecidos en el artículo 224 del presente Código. La formalización de la investigación aparejará la sujeción del imputado al proceso y dará comienzo al sumario (artículo 16 de la Constitución de la República). Cuando se produzca en causa en la que pueda recaer pena de penitenciaría, tendrá el efecto previsto en el artículo 80 de la Constitución de la República. (Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014/266>>, acesso em 13 de março de 2019.

³ Sobre este recurso recomenda-se a leitura SÁNCHEZ, Bernadette Minvielle. Medios impugnativos em el Código Del Proceso Penal. In: Asociación de Magistrados Del Uruguay. *Estudios sobre el nuevo proceso penal: Implementación y puesta em práctica*. FCU: Montevideo, 2017.

Todos estes recursos podem ocorrer na discussão dos incidentes processuais que podem ser gerados dentro ou fora da audiência do art. 266 do CPP Uruguaio. Os incidentes estão previstos nos artigos 276 e seguintes⁴ do mesmo código. Por exemplo, há previsão de pedido de prorrogação ou modificação do prazo da medida cautelar, a ser pedido pela *Fiscalia*, observando-se a comunicação à defesa e a necessidade de convocação de uma audiência para discutir o ponto em questão. Ao fim deste ato surge, também, uma *sentencia interlocutoria*. Toda *apelación* no Uruguai vai para o *Tribunal de Apelación*, órgão colegiado composto de três membros.

Em novembro de 2018, um ano após a vigência do novo sistema, pela iniciativa conjunta da Asociación de Magistrados del Uruguay e do Observatório da Mentalidade Inquisitória, professores brasileiros de diferentes instituições e regiões do país visitaram Montevidéu e puderam ter contato com o novo sistema uruguaio, dialogando com professores e magistrados uruguaio e assistindo audiências.

Uma das experiências vivenciadas foi a de uma sessão oral de julgamento, em grau de recurso, de medidas cautelares pessoais. O julgamento, previsto no art. 362 do Código⁵, foi orientado pelo princípio da

⁴ Artículo 276 (Procedencia). Corresponde tramitar por vía incidental las cuestiones diferentes de la principal, dependientes en su formulación y ordenadas en su decisión a la misma, siempre que no proceda a su respecto otro medio de tramitación. Artículo 277 (Principio de la tramitación incidental). Todos los incidentes que se susciten en el proceso, si no tienen en la ley un procedimiento propio deberán tramitarse en la forma prevista en las disposiciones de este Título. Artículo 278 (Incidente en audiencia). Los incidentes relativos a cuestiones planteadas en la audiencia se formularán verbalmente y oída la parte contraria, se decidirán de inmediato por el tribunal sin otro recurso que el de reposición, sin perjuicio de hacer valer la circunstancia como causal de impugnación al deducir recurso de apelación contra la sentencia definitiva.

⁵ Artículo 362 (Efectos de la apelación de las sentencias interlocutorias). El recurso de apelación de sentencia interlocutoria se admite: 362.1 Con efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia del tribunal a quo se suspende desde que quede firme la providencia que concede el recurso, y hasta que le es devuelto el expediente para el cumplimiento de lo resuelto en la instancia superior. No obstante, el tribunal inferior podrá seguir conociendo de los incidentes que se sustancien en pieza separada. 362.2 Sin efecto suspensivo, en cuyo caso y en la misma providencia que concede el recurso, se señalarán las actuaciones que deben integrar la pieza separada que habrá de remitirse al superior. El tribunal superior, una vez recibida la pieza, decidirá dentro de las cuarenta y ocho horas y en forma preliminar, si debe procederse o no a la suspensión del procedimiento

oralidade e contou com a presença dos presos. A medida, julgada por um colegiado, seguiu por via incidental e os pleitos defensivos diziam respeito, em síntese, à duração da prisão cautelar sem a formalização da acusação pelo Ministério Público e à existência de ameaças à incolumidade pessoal dos acusados no estabelecimento em que se encontravam custodiados.

Apesar de possíveis críticas na forma oral realizada na audiência e muito apego a leituras, que ainda indica o apego à verbalização própria de modelos escriturados, não se tem dúvida de que a oralidade, na parte de imediação do juiz com o conteúdo a ser produzido para a decisão é preservada no Código Uruguaio.⁶

Há que se perceber a necessidade de presença da vítima e mais importante ainda, a presença do custodiado no ato de recurso sobre a *sentencia interlocutoria* já que se decide sobre a liberdade ou manutenção da prisão do custodiado. Diante disso, a presença do custodiado perante o tribunal de apelação é um componente importante da estrutura em grau recursal.

No Brasil, o controle sobre a prisão por meio de audiências orais e públicas, no foi introduzido em 2015, incipientemente no Estado de São Paulo e, após o julgamento da ADPF 347 pelo Supremo Tribunal Federal, nos demais Estados da federação, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 213/15. Portanto, além de não reformar o seu sistema processual de modo global, convivendo com um Código de tradição autoritária modificado pontualmente, o país levou mais de uma década para cumprir a obrigação assumida ao aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nos termos da Resolução 213/15, as audiências de custódia têm o objetivo de aferir a legalidade da prisão, a necessidade de imposição de medidas cautelares pessoais e a verificação da submissão da pessoa

principal. Cuando resuelva la suspensión, lo comunicará de inmediato al tribunal inferior. 362.3 Con efecto diferido en los casos expresamente establecidos por este Código.

⁶ Aqui os pesquisadores precisam dedicar um agradecimento para a Asociación de Magistrados Del Uruguay, em especial um agradecimento ao Juiz Marcelo Souto que gentilmente tirou várias e várias dúvidas sobre o modelo de recurso possível para a decisão interlocutória sobre as cautelares.

presa a torturas ou tratamentos que violem direitos humanos. A metodologia a ser seguida para a tomada de decisão no âmbito das audiências de custódia é a da oralidade, que deveria funcionar como garantia de produção de informação de qualidade necessária à tomada de decisões.

A prática, no entanto, tem revelado a dificuldade de observância, no sistema inquisitório brasileiro, a esta lógica. A dificuldade de determinação do objeto das audiências, a insegurança sobre a forma de realização dos atos a serem desenvolvidos em sede de audiência de custódia e a existência de poucas centrais, ainda expõe as resistências enfrentadas pela incorporação do instituto num contexto predominantemente inquisitivo. Em alguns Estados, como o Rio de Janeiro, especificamente no caso do TJRJ, até 2019 só eram apresentados presos em flagrante, sem a existência de controle sobre as demais modalidades de prisão.

Além disso, na experiência brasileira, não há recursos próprios para atacar a decisão proferida na audiência de custódia. Com isso já se mostra que temos uma grave lacuna no ordenamento jurídico.

Nota-se que o recurso cabível sobre questões incidentais no sistema recursal do processo penal brasileiro é o recurso em sentido estrito. Porém, por patente inconstitucionalidade do recurso (já que não permite o mínimo de paridade de armas entre a acusação e a defesa)⁷, o ministério público pode recorrer da decisão que negar cautelar, embora o réu não possa utilizar-se do recurso para atacar decisão de prisão.

Só este fato já indicaria uma grande diferença e um abismo entre os sistemas. Muito embora exista o recurso de embargos de declaração, similar ao modelo uruguaio, e até mesmo o pedido de reconsideração,

⁷ Sobre este ponto já se trabalhou os vícios da Teoria dos Recursos derivada de uma teoria geral dos recursos do processo civil em estudo doutoral do autor: PAULA, Leonardo Costa de. *O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa*: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. Disponível em: <https://www.academia.edu/37622997/O_SEGUNDO_GRAU_DE_JURISDI%C3%87%C3%83O_COMO_GARANTIA_EXCLUSIVA_DA_PESSOA_POR_UMA_TEORIA_DOS_RECURSOS_PARA_O_PROCESSO_PENAL_BRASILEIRO>. Acesso em 07 de março de 2019.

não se pode dizer o mesmo sobre o recurso de apelação sobre a decisão da cautelar.

Por esta razão, o *habeas corpus* acaba fazendo as vezes de recurso. Este instrumento, *sui generis* que é para o nosso sistema, é definido por termo alheio à dogmática do direito: *remédio processual*.

Sabe-se, e nunca se teve dúvida disso, que o *habeas corpus* não faz parte da mesma relação jurídica processual. O *habeas corpus* se estabelece justamente com o paciente (quem está sofrendo as consequências por uma ordem ilegal), que pode se confundir com quem impetra o pedido de uma ordem mandamental, e a autoridade coatora no outro pólo, que é, inclusive, quem responde os termos do *habeas corpus* quando presta informações.

Sobre críticas gerais ao nosso modelo de recurso de apelação, apenas para questões de mérito ou que colocam fim ao processo, já se estabeleceu as seguintes críticas:

Já para o exemplo do recurso de apelação aqui, tomado como proteção da pessoa, deve ser assegurado e compensado o claro descompasso na paridade de armas do primeiro grau de jurisdição. Ao se interpor um recurso de apelação a garantia da oralidade e um efetivo julgamento em segundo grau se impõem. Então, no prazo de ingressar com as razões da apelação deve ser indicadas as provas que devem ser produzidas em segundo grau a fim de que seja desconstituída a sentença condenatória. Igual prazo é concedido ao acusador para propor provas com a finalidade de manutenção da condenação (em sede de contrarrazões).⁸

Ora, a crítica demonstra que é indispensável a imediação do juiz com o que se vai produzir. Porém, no nosso ordenamento, sequer há recurso para atacar a decisão de medidas cautelares. Diante da inexistência de recurso, como se pensar em efetiva oralidade, imediação do juiz com a prova e, ainda, a presença do réu na sessão de julgamento?

Sobre a produção probatória e direito a recurso efetivo já se tratou do assunto da seguinte forma:

⁸ PAULA. *Op. cit.*, p. 216.

O direito ao duplo pronunciamento, ou seja, o direito ao recurso, é o direito a um recurso efetivo. O artigo 8º da Declaração Universal de Direitos Humanos afirma, especialmente, sobre isto que “toda pessoa tem direito a um recurso efetivo a um tribunal”.

Como é possível sustentar que a pessoa submetida a segundo grau, sem possibilidade de produção de provas ou de qualquer controle sobre a análise probatória ante os magistrados que a julgam, teve garantido um segundo julgamento efetivo? A ausência de um julgamento efetivo é clara quando se tem em mente o tempo de debate travado pelos julgadores em sede de julgamento recursal, que, por si só, tornaria altamente questionável a possibilidade de conversão das absolvição em condenação. É, no mínimo, duvidoso que o segundo grau seja estabelecido desta forma como uma garantia da pessoa.

O direito ao recurso indica o direito fundamental à faculdade da pessoa de recorrer e desencadear o mecanismo, real e sério, de controle de falha judiciária sobre aquilo que foi julgado, dotando-se o condenado do poder de requerer a revisão da decisão, de modo que esta não seja meramente uma função declarativa da atuação dos julgadores em segundo grau.⁹

Apesar de no processo penal brasileiro não termos propriamente um processo cautelar, que deveria observar os mesmos princípios constitucionais do processo penal geral, instruído pelo contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões judiciais entre outros princípios. Desta forma, apesar de não ter uma *carpeta*, autos, separados para o incidente cautelar, não se tem dúvida de que as cautelares no processo brasileiro devem possuir caráter assecuratório, de modo que as decisões de imposição dessas medidas formam decisão de mérito sobre as medidas cautelares para a adoção dessas.

Apesar de não se ter o nome de sentença interlocutória, a decisão de mérito sobre uma medida cautelar requerida ela é e sua imposição deveria observar todos os direitos e garantias no acesso ao segundo grau. Além de se assegurar todos os direitos de contraditar, produzir provas e ter o acusado presente na presença dos julgadores no segundo grau de jurisdição que vá discutir sobre a medida cautelar decidida

⁹ PAULA. *Op. cit.*, p. 189-190

devemos ter propriamente uma qualidade na análise em segundo grau das decisões que devem ser passíveis de recurso.

Da experiência que se teve na visita ao Uruguai, percebe-se uma grande lacuna no sistema brasileiro quanto a possibilidade de realizar um segundo grau de jurisdição como garantia do indivíduo. A previsão de um 'recurso' de *habeas corpus* no vigente código processual penal não permite que se faça uma efetiva reanálise da decisão que determinou uma cautelar constrictiva de liberdade do custodiado.

CAPÍTULO XI
PRISIÓN Y LIBERTAD

ESTÁNDAR DE PRUEBA EN LA AUDIENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES DE URUGUAY¹

Marco Fandiño²
Leonel González Postigo³

1 PRESENTACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

El nuevo Código del Proceso Penal de Uruguay supone un cambio de paradigma en el modo de sustanciar la investigación y juzgamiento de los casos penales en el país. Además de imponer un conjunto de nuevas exigencias a todas las instituciones del sector judicial, eleva los estándares de protección del imputado de modo que el procedimiento penal se realice bajo un debido proceso.

El sistema acusatorio que regula el CPP se asienta sobre la base de cuatro características centrales: diferencia con claridad la labor de los jueces, fiscales y defensores; establece el ejercicio de la acción penal en cabeza del Ministerio Público; introduce la oralidad como método central para la toma de decisiones jurisdiccionales; y amplía el catálogo de medidas cautelares y salidas procesales.

Como todo proceso legislativo complejo, el nuevo CPP genera incertezas respecto a los nuevos institutos procesales y sus implicancias prácticas.

Por ello, un desafío inmediato dice relación con la necesidad de clarificar el sentido y alcance que tendrán bajo el sistema adversarial. Uno

¹ Este artículo fue publicado originalmente en la revista Espacio abierto, N° 26, Centro de Investigación y Estudios Judiciales, Asociación de Funcionarios Judiciales del Uruguay, Montevideo, Uruguay, 2017.

² Director del Área de Estudios y Proyectos del CEJA

³ Director del Área de Capacitación del CEJA

de los temas centrales está vinculado a la dinámica de la audiencia de medidas cautelares. Al respecto, se abren debates como el rol de los litigantes de forma previa y durante la audiencia; la función del juez en su interlocución con las partes; el modo en que debe producirse la información; entre otros aspectos. En este trabajo nos concentraremos en un área en particular: el estándar mínimo que el fiscal debe superar en caso de solicitar el dictado de la prisión preventiva del imputado.

¿Cuál es la incertidumbre respecto a esto? La Constitución de la República establece, en su artículo 15, un estándar de “semi plena prueba” para que se dicte una orden de prisión. Mientras que, el nuevo CPP ha regulado el mismo requisito en el artículo 224 para que se disponga una detención preventiva. Ahora bien, ¿cuál es la traducción práctica de esta exigencia? ¿Implica la rendición y producción de prueba o la argumentación en base a la información de la que disponen las partes?

Esta cláusula requiere ser interpretada en relación a las medidas cautelares en un sistema oral. Por lo mismo, se vuelve necesario construir un criterio y dotarla de contenido específico, para que todos los actores procesales se desenvuelvan bajo un denominador común. Esto evitará la coexistencia de distintos criterios interpretativos, lo que implicaría que el sistema se inicie bajo un escenario de imprevisibilidad y heterogeneidad en la actuación de todos los interesados procesales.

Pues bien, ¿qué se espera de las partes en la audiencia de medidas cautelares? En lo relativo al estándar de prueba, se busca que el juez verifique la seriedad de los cargos que presente el Ministerio Público (que sea un “caso sólido”). En la experiencia comparada en la región, este ejercicio se realiza a través del método de la oralidad argumentativa. Es decir, que las partes litigan en base a los antecedentes de los que disponen, articulando argumentos a favor de su posición. Esto no implica la presentación física y producción de la prueba, en cuyo caso no existiría diferencia con la discusión sobre la materialidad en la etapa de juicio (de hecho, la tentación habitual -y equivocada- en la región ha sido la de generar “mini” juicios en la audiencia de medidas cautelares). Lo que se busca es que las partes den cuenta de la información que han recolectado (el fiscal lo hará para configurar la existencia del

hecho). La seriedad de cargos (o materialidad) se compone de tres preguntas básicas que debe responder el fiscal: ¿se ha producido el hecho? ¿Ese hecho es constitutivo de un delito? ¿Ha participado de alguna forma el imputado en la comisión de ese delito? Para responder estas tres preguntas no es necesaria la producción de prueba⁴.

Con lo cual, se propone interpretar la cláusula de “semi plena prueba” bajo la lógica de la oralidad argumentativa, esto es, la discusión en base al respaldo de información que ofrezcan los litigantes. Esto implica que todos los actores intervinientes estén en búsqueda de la seriedad de la imputación.

¿Qué dinámica particular impone este criterio a cada uno de los actores? Al Ministerio Público le significará la tarea principal: acreditar la materialidad. Esto representará el despliegue de diversas estrategias de recolección y constatación de información acerca de la situación del imputado. Veamos un ejemplo: si un fiscal adujera en una audiencia que existe “riesgo de fuga” haciendo mención de la calificación legal o el monto de pena del delito imputado, ese argumento sería fácilmente rechazado por un juez en tanto no se refiere a elementos concretos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (a cuya jurisdicción se ha sometido el Uruguay) ha sostenido “la necesidad de que la prisión preventiva se justifique en el caso concreto, a través de la ponderación de los elementos que concurren a este y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo”⁵. De ello se desprende que los fiscales acrediten sus peticiones en base información previamente identificada.

Por otra parte, a la defensa le implica desarrollar una línea de investigación propia que le permita controvertir los planteos que realice el fiscal. Por ello se vuelve central que los abogados defensores también produzcan información sobre el imputado, que sirva para la audiencia de medida cautelar.

⁴ Este párrafo ha sido redactado sobre la base del documento “Propuestas de Reforma Normativa al Sistema Procesal Penal de Uruguay”, elaborado por CEJA y entregado al Ministerio del Interior del Uruguay en el marco de un proyecto de asistencia técnica para acompañar el proceso de implementación del nuevo Código del Proceso Penal en el país.

⁵ Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia del 1º de febrero de 2006, considerando 67

El juez deberá exigir al fiscal que acredite la seriedad de su imputación pues a este le corresponde la carga de la prueba. Esto no implica que la defensa asuma un rol pasivo. Por el contrario, con esta modalidad se favorecen los controles horizontales entre ambas partes, de modo que la información que reciba el juez haya sido depurada previamente y se constituya en información de alta calidad para la adopción de una decisión jurisdiccional final. Generalmente, el rol del juez en esta audiencia ha sido muy pasivo y se ha limitado solamente a conferir la palabra a cada interviniente. En un modelo óptimo, se espera que el juez asuma una posición proactiva, generando el debate y exigiéndole al fiscal que acredite sus peticiones con los antecedentes de su investigación.

En lo que sigue, abordaremos el modo en que esta problemática se encuentra regulada en los sistemas procesales penales comparados, para poner de manifiesto de que se trata de una corriente común en la región. Además, se plantearán los desafíos concretos que supone la cláusula de la “semi plena prueba” en el Uruguay, junto con posibles alternativas para su efectiva operatividad.

2 LA REGULACIÓN EN LOS SISTEMAS COMPARADOS

Como es sabido, la mayoría de los países de América Latina han transitado hacia sistemas penales de corte acusatorio en los que la titularidad en el ejercicio de la acción penal y la dirección de la investigación contra el imputado le corresponde de forma exclusiva al Ministerio Público. Además, otro de los elementos característicos de los sistemas reformados, ha sido que el procedimiento está basado en la celebración de audiencias orales en las que se producen los debates y decisiones de mayor complejidad e importancia.

Ahora bien, este modelo supone una serie de desafíos para los operadores del sistema de justicia, entre los que destacamos la necesidad de contar con destrezas de litigación oral para trabajar en este nuevo paradigma así como la forma en la que tanto fiscales, defensores y jueces se relacionan con la prueba. Para este último desafío, es de vital importancia analizar de forma diferenciada en qué etapa procesal nos

encontramos para analizar las particularidades a tener en cuenta en el tratamiento de los aspectos probatorios.

En este caso concreto, vistas las necesidades del Uruguay de generar un estándar de prueba acorde a las exigencias para solicitar e imponer una medida cautelar privativa de libertad, analizaremos cómo los países con sistemas acusatorios han resuelto este tema desde el punto de vista del derecho comparado.

Para ello, haremos un recorrido por algunos de los códigos más representativos, algunos ya aprobados y con varios años de funcionamiento y otros proyectos de ley que han sido conocidos en la región por su gran calidad en el diseño normativo.

2.1 CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA DE 2014⁶.

En el artículo 190 se menciona que la solicitud de una medida de coerción “se formulará y decidirá en audiencia, garantizando los principios de contradicción, intermediación, publicidad y celeridad”. En el artículo 187 se establece que para solicitar la imposición de una o varias medidas de coerción se deberán:

- “a) Acreditar que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado en éste;
- b) Justificar suficientemente, con arreglo a las circunstancias del caso y a las personales del imputado, la presunción de que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación o la realización de un acto concreto del proceso;”

En cuanto a la forma en la cual se acreditarán los anteriores supuestos, el art. 190 establece “los elementos probatorios que las partes pudiesen aportar a la audiencia”. Ese mismo artículo, a la hora de indicar la participación de personas en la audiencia, establece el derecho a ser oído del imputado y el derecho a intervenir por parte del abogado defensor y el querellante.

⁶ Ley N° 27.063, sancionada el 4 de diciembre de 2014 y promulgada según decreto 2321/2014 el 9 de diciembre de 2014. Aún no entra en vigencia.

En ese sentido, no se establece la participación de terceras personas como testigos, policías o peritos, por lo que podemos presumir que cuando el art. 190 se refiere a los elementos probatorios que las partes pudiesen aportar, se está refiriendo al enunciado de dichos elementos probatorios, bajo la modalidad de oralidad argumentativa explicada en el apartado anterior.

2.2 PROYECTO DE CÓDIGO DEL SISTEMA PENAL BOLIVIANO DE 2017⁷.

A la hora de establecer el estándar probatorio para solicitar la detención de un imputado, el Código es claro cuando en su artículo 437 establece que “La o el fiscal podrá ordenar la detención de la persona imputada únicamente cuando existan suficientes indicios para sostener, fundadamente, que es autor o partícipe de un de una infracción penal sancionada con pena privativa de libertad y, cuyo mínimo legal sea igual o superior a dos años y exista riesgo de que no se someterá al proceso u obstaculizará la investigación.”

Como se puede comprobar, el código solamente establece la necesidad de que concurren indicios y, nunca menciona la producción de prueba.

En cuanto a la prisión preventiva, los requisitos solicitados son:

“1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que la persona imputada es, con probabilidad, autora o partícipe de una infracción penal;

2. La existencia de elementos de convicción suficientes de que la persona imputada no se someterá al proceso u obstaculizará la investigación; “

En cuanto a la modalidad de la solicitud de las medidas cautelares, el art. 442 menciona que “la solicitud de las medidas cautelares se resolverá en audiencia pública, garantizando los principios de inmediación, contradicción y celeridad”. Para ello, “la carga de la prueba corresponderá al fiscal o al querellante. La persona imputada tendrá derecho

⁷ Proyecto de Ley N° 122/2017-2018. La fecha del proyecto de ley en la exposición de motivos es 25 de noviembre de 2016 y la fecha de ingreso del proyecto a la Asamblea Legislativa es el 16 de febrero de 2017.

a ser oída y a controvertir los argumentos y las pruebas producidas, pero en ningún caso recaerá sobre éste la obligación de desvirtuar los peligros esgrimidos por el fiscal o el querellante.”

En base al precepto anterior, se constata que, por un lado, se mantiene el derecho de la persona a ser oída y a controvertir los hechos pero en ningún caso se le solicita a la parte imputada que desvirtúe los peligros esgrimidos por el fiscal o querellante. Esto nos indica que obviamente no se contempla la producción de prueba ya que, de tratarse así, sería necesario regular con mayor claridad cómo es qué se produciría esto.

2.3 CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHILE DE 2000⁸.

El artículo 140 del Código Procesal Penal chileno establece que el tribunal podrá decretar la prisión preventiva cuando el solicitante acredite los siguientes requisitos:

- “a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.”

Para ello, el art. 142 menciona que “la solicitud de prisión preventiva podrá plantearse verbalmente en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral o en la audiencia del juicio oral.”

⁸ Ley N° 19.696, promulgada el 29 de septiembre de 2000 y publicada el 12 de octubre de 2000.

El mismo artículo menciona que una vez expuestos los fundamentos de quien formuló la solicitud, el tribunal oirá “en todo caso al defensor, a los demás intervinientes si estuvieren presentes y quisieren hacer uso de la palabra y al imputado.”

De la legislación chilena podemos extraer dos conclusiones relevantes. En primer lugar, que a la hora de acreditar los requisitos solamente se requiere la existencia de antecedentes, algo que se contrapone totalmente a la exigencia de prueba de hechos. En segundo lugar, solamente se permite la participación en la audiencia a intervinientes en el proceso, lo que en la realidad chilena supone la intervención del imputado, la víctima, el fiscal, la defensa y el querellante. De esta forma, no se contempla la participación de testigos, peritos o funcionarios policiales, algo que también ha sido contrastado en una reciente evaluación sobre el funcionamiento de la reforma procesal penal a 10 años de su implementación en todo el país elaborada por CEJA.

2.4 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE COLOMBIA DE 2004⁹

El estándar probatorio necesario para solicitar alguna medida cautelar en Colombia se detalla en el art. 287 de la normativa procesal penal que menciona que “El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda”.

Por otro lado, en relación a la solicitud de prisión preventiva (o medida de aseguramiento en la normativa colombiana) se menciona en el art. 306 que el fiscal debe indicar “la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia”.

⁹ Ley N° 906 por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004, reformado por Ley 1312/09), expedida el 31 de agosto de 2004 y con fecha de entrada en vigencia 1 de enero de 2005.

Además, a continuación se menciona que esto se hará a través de "los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa".

El artículo 308 establece que se decretará la medida de aseguramiento cuando "se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia."

En el caso colombiano parece clara la existencia de un estándar de trabajo basado en la oralidad argumentativa según el cual el fiscal, en base a los elementos probatorios disponibles, debe argumentar los supuestos correspondientes a la imposición de la medida cautelar.

2.5 CÓDIGO PROCESAL PENAL DE EL SALVADOR DE 2008¹⁰

En el artículo 329 se regula que "para decretar la detención provisional del imputado, deberán concurrir los requisitos siguientes:

- 1) Que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente la existencia de un delito y la probabilidad de participación del imputado.
- 2) Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aun cuando la pena sea inferior, el juez considere necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar."

Como podemos observar el estándar probatorio en el caso salvadoreño solamente solicita la aportación de elementos de convicción

¹⁰ Decreto N° 733 emitido el 22 de octubre de 2008, publicado el 30 de enero de 2009 y con fecha de entrada en vigencia el 1 de julio de 2009.

suficientes para que se sostenga la existencia del delito y la probable participación del imputado.

Código Procesal Penal de Honduras de 1999¹¹.

Para que se pueda imponer una medida cautelar con privación de libertad, el artículo 172 de la normativa procesal penal menciona que siempre será preciso:

- “1. Que existan suficientes indicios para sostener razonablemente que el imputado es autor o partícipe de un hecho tipificado como delito;
2. Que la persona imputada se haya fugado o exista motivo fundado para temer que podría darse a la fuga en caso de permanecer en libertad; y,
3. Que existan fundados motivos para temer que, puesta en libertad, el imputado tratará de destruir o manipular las fuentes de prueba.”

A la hora de detallar la forma en la cual se impondrán las medidas cautelares, el artículo 174 establece que serán impuestas por el órgano jurisdiccional competente, por auto motivado, en el que se justificará la concurrencia de los presupuestos legitimadores, invocando los indicios que resulten de las investigaciones realizadas.

Existen varios aspectos de la normativa salvadoreña que interesan destacar. En primer lugar, la mención del art. 271 a la necesidad que existan suficientes indicios, algo que aleja el estándar probatorio de la necesidad de que exista producción real de prueba. Por otro lado, se reafirma la necesidad de invocar solamente indicios que resulten de las investigaciones realizadas tal y como menciona el art. 174.

Código Nacional de Procedimientos Penales de México de 2014¹².

La normativa procesal penal mexicana, que se aplica en la totalidad de la jurisdicción penal del país, establece en su artículo 154 que “las partes podrán ofrecer aquellos medios de prueba pertinentes para analizar la procedencia de la medida solicitada”.

¹¹ Decreto N° 9-99-E de fecha 30 de diciembre de 1999, publicado el 20 de mayo de 2000 y con fecha de entrada en vigencia el 20 de febrero de 2002.

¹² Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales publicado el 5 de marzo de 2014 en el Diario Oficial de la Federación.

Por otro lado, en el artículo 163, se regula que “las partes pueden invocar datos u ofrecer medios de prueba para que se imponga, confirme, modifique o revoque, según el caso, la medida cautelar.”

De ambos preceptos podemos advertir que el estándar de prueba exigido en México se limita al ofrecimiento de la misma, esto es, a mencionar qué elementos probatorios dispone el fiscal, en qué consisten cada uno de estos elementos de prueba y finalmente cuál es la vinculación que tienen con la configuración de los supuestos necesarios para la imposición de una medida cautelar como la prisión preventiva.

3 ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LOS CÓDIGOS ADVERSARIALES LATINOAMERICANOS.

A continuación, nos gustaría realizar un ejercicio de identificación de cuál es el modelo preeminente que han seguido los legisladores latinoamericanos a la hora de configurar el estándar de prueba necesario para imponer una medida cautelar privativa de libertad. Para ello, tendremos en cuenta los aspectos comunes existentes en la normativa de los países mencionados en el capítulo anterior.

La descripción de este modelo general a nivel latinoamericano se estructurará en base a los siguientes temas:

- Forma de presentación de la prueba.
- Estándar de prueba requerida
- Posibilidad de intervención de terceros en la audiencia.
- Acerca de la regulación o no regulación de las prácticas de la audiencia.

En cuanto a la *forma de presentación de la prueba*, ninguno de los códigos menciona la necesidad de que la prueba se produzca o sustancie en la audiencia en la que se va a decidir la medida cautelar. Por el contrario, los códigos suelen mencionar el ofrecimiento de la prueba, entendido este como la mención de los elementos probatorios disponibles por la parte, la descripción de su contenido principal y la vinculación con los requisitos de la medida cautelar que se está solicitando. En ese sentido, predomina la existencia de un paradigma de oralidad

argumentativa, en el que se debe justificar la prisión preventiva en base a los antecedentes producidos en la investigación realizada por la fiscalía y los antecedentes policiales.

En relación al *estándar de prueba requerida*, comprobamos que en todos los códigos existe un estándar inferior al requerido en otras etapas del proceso como el dictado de una condena en la etapa de juicio oral. A nuestro juicio y a la luz del derecho comparado, resulta bastante evidente la necesidad de generar estándares de prueba diferenciados en función de la gravedad de la decisión judicial que se va a generar. En ese sentido, los códigos latinoamericanos establecen estándares moderados a efectos de imponerse una medida cautelar, aunque esta suponga la privación de libertad. Por ejemplo, la normativa hondureña solicita la existencia de indicios, en los códigos del Salvador y Bolivia se menciona la necesidad de acreditar elementos de convicción suficientes y en la regulación chilena, se refieren a la acreditación de antecedentes. De todos estos ejemplos, podemos concluir que en ninguno de los casos se requiere la existencia de un estándar elevado que requiera la producción de prueba en la audiencia en que se decreta la medida cautelar.

Un último aspecto que caracteriza la regulación latinoamericana tiene que ver con la *posibilidad de intervención de terceros en la audiencia*. En la mayoría de legislaciones comparadas existe un reconocimiento a la posibilidad de que el abogado defensor pueda intervenir a continuación de la solicitud de medidas cautelares. También, es común que se reconozca la posibilidad de que el imputado pueda declarar ya que es sobre él sobre quien se solicita una medida cautelar que en algunos casos podrá suponer la privación de su libertad. Finalmente, según varios códigos también se reconoce la posibilidad de que intervengan los querellantes ya que pudiesen tener una posición diferente o complementaria a la de la fiscalía.

Eso sí, debemos manifestar que no existe ninguna norma en los códigos observados en los que se establezca la participación de otros intervinientes como testigos, peritos o funcionarios policiales. La normativa procesal penal presente en la mayoría de países latinoamericanos comprende que la audiencia de medidas cautelares no es una

audiencia destinada a la producción de prueba, motivo por el cuál no se contempla la participación de terceros que pudiesen prestar testimonio y ser interrogados y contrainterrogados por la fiscalía y la defensa.

Finalmente, nos gustaría destinar unos párrafos *acerca de la regulación o no regulación de las prácticas de la audiencia*. Esto, debido a que es común que la normativa procesal penal no regule normativamente cómo se materializa a efectos probatorios la acreditación del supuesto material en una audiencia de medidas cautelares.

En la mayoría de los países, se entiende que este es un aspecto práctico que va a depender de la litigación del caso concreto. A estos efectos es muy ilustrativo una referencia a los chilenos Duce y Riego:

“(...) la presentación de los antecedentes que fundamentan las medidas cautelares en la audiencia no está regulada, recordemos que estas audiencias preliminares no rigen las reglas de prueba del juicio oral. El método de presentación de estos antecedentes es variable y depende fundamentalmente del curso del debate y, sobre todo, del criterio del juez: deberán entonces presentarse los antecedentes del modo que convezan al juez de la seriedad de los cargos que se trate.

Normalmente, en la audiencia el fiscal relatará al juez los antecedentes y dará una breve cuenta de su contenido. Si el defensor no hace mayores objeciones, probablemente el juez no requiera más que eso. Puede pasar, en cambio, que el juez requiera que se le muestren registros donde consten las declaraciones que se invocan y quiera revisarlos con cierto detalle o, por último, puede ser que en casos excepcionales exija el juez que ciertos testigos importantes sean traídos a su presencia con el fin de determinar con mayor precisión el contenido de su declaración. El criterio judicial en cuanto a la exigencia del modo en que los antecedentes le sean exhibidos dependerá probablemente de diversos elementos, entre ellos, la gravedad de la medida solicitada, la duración que se prevé para la misma, la actitud de la defensa y también la credibilidad de quien los invoca.”¹³

¹³ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián: “*Proceso penal*”, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed, 2007, p. 274.

4 PRINCIPALES DESAFÍOS EN URUGUAY

La implementación del sistema adversarial penal en Uruguay constituye un reto histórico. En su favor, se ha dado un paso fundamental al aprobar un nuevo Código del Proceso Penal que establece una estructura procesal basada en la oralidad y la audiencia como métodos de trabajo.

Sin perjuicio de ello, debe recordarse que la experiencia latinoamericana nos ha demostrado que el éxito o fracaso de la reforma se juega centralmente en el campo de las prácticas de los operadores. Por ello, Binder afirma que la reforma procesal penal consiste en un *duelo de prácticas*, es decir, un “enfrentamiento entre las viejas y las nuevas, entre la tradición de las prácticas inquisitoriales y las nuevas formas de actuación del modelo adversarial”¹⁴. Esta idea tiene una implicancia muy significativa: reconocer que el abandono del modelo escrito-inquisitivo deberá intentarse cotidianamente y que la mera aprobación del CPP no es suficiente para darlo por superado.

En función a esto afirmamos que Uruguay deberá prestar especial atención al modo en que los operadores interpretarán y pondrán en práctica los principios e institutos procesales que regula el nuevo ordenamiento normativo, para evitar que se generen dinámicas que desvirtúen al sistema.

En lo relativo a la audiencia de medida cautelar, en este trabajo hemos planteado un modo de comprensión de la “semi plena prueba”, remarcando que ella no implica la rendición y producción del material probatorio. Por el contrario, implica que las partes argumenten en favor de sus decisiones a partir de la información de respaldo que han recolectado en sus investigaciones.

Ahora bien, a la par de la reinterpretación legal deben generarse nuevos mecanismos y dinámicas de trabajo que sean consistentes con la lógica acusatoria que se está implementado. En virtud de ello, en lo que sigue delinearemos una posible agenda de trabajo para el

¹⁴ BINDER, Alberto: “*La implementación de la nueva justicia penal adversarial*”, Ad-Hoc, 1ª ed., Bs. As, 2012, p. 143-173.

funcionamiento efectivo de la audiencia de medida cautelar bajo la nueva exegética del estándar de prueba.

4.1 FIJACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS COMUNES

En este artículo hemos fijado una postura analítica sobre el art. 224 del nuevo CPP. Este ejercicio debe ser asumido formalmente por las instituciones implicadas en la implementación del código. Se vuelve necesario dar seguimiento a las instancias de coordinación de forma que se consensue un modo común a través del cual se interpretará la cláusula relativa al estándar probatorio.

A su vez, esa fijación de postura general podría estar acompañada de decisiones específicas sobre el modo de proceder en la audiencia: ¿qué fuente de información usará el fiscal? ¿Cómo proceder si se trata de la misma fuente requerida por la defensa? ¿Deberá la defensa aportar información propia para controvertir lo que afirme el fiscal? ¿El juez podrá solicitar la carpeta de investigación a las partes? ¿Cómo debe proceder el juez si las partes no resuelven la veracidad de una información?

Si esto no se hiciere, se genera el riesgo de que la práctica cotidiana provoque la interpretación antojadiza y heterogénea de esta cláusula. Esto se revaloriza si tomamos en cuenta que el nuevo CPP establece numerosos institutos procesales que son novedosos para los operadores, lo cual aumenta las probabilidades de que -ante lo nuevo y desconocido- se retorne a lo antiguo y seguro.

4.2 CAPACITACIÓN EN LA DINÁMICA DE LA AUDIENCIA DE MEDIDA CAUTELAR

La formación en contextos de reforma judicial se ha caracterizado por dos aspectos: por un lado, se la ha concebido como un espacio de entrega de información por parte del docente, quien lidera la clase y es quien transmite un conocimiento que se presume incontrovertible; y, por otro lado, se ha entendido como un mecanismo que puede resolver todos los problemas de los operadores.

Ambas ideas son inexactas. En realidad, la capacitación consiste en un espacio de construcción de criterios y resolución de problemas puntuales que se producen o podrían producirse en la práctica judicial. Los cursos de formación deberían favorecer un intercambio abierto entre los participantes, para que estos puedan socializar sus dudas, inquietudes e incertezas frente a la nueva regulación procesal. De hecho, estos espacios son los naturales para dar consistencia y validar entre los operadores aquellos criterios comunes a los que nos referíamos en el apartado anterior.

En esta lógica, la capacitación se convierte en una estrategia horizontal en donde el protagonismo radica en el participante y el docente es un facilitador y orientador de las discusiones. Por eso afirmamos que la enseñanza es tan solo una dimensión del proceso de implementación, que debe ser acompañada de otras, como los planes operativos y las reformas organizacionales.

En relación a la audiencia de medida cautelar, consideramos necesario que se robustezcan los espacios de trabajo interinstitucional en donde participen todos los actores que estarán involucrados en ella (por lo mínimo, jueces, fiscales y defensores). En estos espacios se podrá construir y discutir sobre una dinámica compartida acerca de la audiencia pues, tal como venimos afirmando, su éxito estará dado por la claridad y horizonte común que tengan los operadores.

4.3 DESARROLLAR MÉTODOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

El sistema escrito-inquisitivo es indulgente con la falta de preparación de los litigantes, en tanto permite encubrir los planteos bajo ropajes técnicos que se alejan de la realidad de la víctima y el imputado. En cambio, el sistema por audiencias visibiliza las reales intenciones que se tienen y las expone ante la contraparte y el público, quienes ejercerán un control activo.

En función a ello, tanto el fiscal como el defensor se encuentran frente a un desafío trascendente: ¿en base a qué información se discutirá en la audiencia de medida cautelar? Y, en particular: ¿cómo debe el fiscal

configurar la materialidad y el riesgo procesal? ¿Cómo debe controvertirlo la defensa?

Estos interrogantes se relacionan con las técnicas de recopilación de información que ambas partes deben desplegar con antelación a la audiencia. Tanto por disposición legal como por mandato convencional (nos referimos a las exigencias de los tratados internacionales y las resoluciones del sistema interamericano), los riesgos procesales deben vincularse con la situación personal del imputado y deben evitarse referencias abstractas o aquellas vinculadas al derecho penal sustantivo (como el tipo de delito imputado, la gravedad del hecho o el monto de pena en expectativa). Por ello se vuelve central que los litigantes cuenten con información sobre el caso en específico.

Se sugiere que tanto el Ministerio Público como la Defensa puedan prever esta situación y generar políticas concretas para viabilizar el trabajo de los litigantes. De este modo, se favorecerá que cuenten con información de alta calidad al momento de concurrir a la audiencia y realizar una alegación o solicitud ante el juez. Esta mecánica no solo será beneficiosa para las partes, sino que también contribuye a que el juez adopte decisiones de alta calidad al término de la audiencia.

PRISÃO PREVENTIVA E A BUSCA POR UM “DNA” DE INTOLERABILIDADE

Ana Cláudia Bastos de Pinho¹
Thiago Miranda Minagé²

Nas últimas décadas, vem se percebendo um intenso movimento político de reformas legislativas, no âmbito processual penal em países latino americanos. Essas reformas envolvem a substituição de sistemas inquisitórios por sistemas acusatórios, a partir de uma efetiva redução da iniciativa probatória do juiz, introduzindo-se mecanismos claros de um processo penal adversarial e, sobretudo, negocial, em que acusação e defesa - por meio de um pressuposto *fair play* - ocupam posições de equilíbrio para o acordo acerca de medidas repressivas (penas privativas de liberdade, inclusive), para evitar o desgaste de um longo processo de conhecimento³.

Nesse contexto das reformas, a prisão preventiva, vem (ao menos aparentemente) experimentando uma transição de um paradigma de encarceramento e automatismo a uma lógica de precaução e redução de danos. Um dos principais objetivos de todas essas mudanças está na racionalização do uso da prisão preventiva (inclusive com a aferição de rigorosos prazos legais de duração), de acordo com os preceitos

¹ Doutora em Direito. Professora de Direito Penal da Universidade Federal do Pará (graduação e pós-graduação). Pesquisadora do grupo de pesquisa “Garantismo em Movimento”. Promotora de Justiça Criminal em Belém-PA.

² Pós-doutorando em Direito na UFRJ/FND. Doutor em Direito. Advogado criminalista.

³ Não é objetivo desse artigo analisar as vantagens e/ou desvantagens de um tal modelo, tendo como parâmetro o Estado Democrático de Direito, muito embora seja uma tarefa inarredável aos que se dedicam ao estudo do Direito Processual Penal. Como sugere o título, o artigo cingir-se-á à apreciação do instituto da prisão preventiva.

constitucionais compatíveis com as normas internacionais de direitos humanos, o que, evidentemente, é positivo e recomendável⁴.

A instituição da prisão preventiva é definida como a privação da liberdade que não é resultado de uma sanção penal, mas de uma medida garantidora de uma atuação acusatória submetida à análise jurisdicional, para que o acusado não evite ou dificulte a investigação ou o desenvolvimento do processo judicial. Esta medida, enquanto restritiva de liberdade, sem uma sentença, destina-se a ser uma medida excepcional, subsidiária, razoável e proporcional, de acordo com a doutrina e jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Importa, pois, insistir nesse ponto: a finalidade da prisão preventiva é totalmente circunscrita a uma específica e excepcional necessidade processual, isto é, trata-se de uma nítida medida cautelar. Destarte, não se confunde (ou, ao menos, não se deveria confundir) com a prisão definitiva (prisão-pena), que resulta de uma sentença condenatória transitada em julgado. Isso significa que não se pode, por meio da prisão preventiva, atingir objetivos que são próprios (se é que os são) da prisão definitiva, tais como: evitar futuros delitos, fornecer "resposta à sociedade", garantir a "paz e a segurança", proteger bens jurídicos, etc.

Porém - e ainda que equivocada - é nítida a tendência de todos os envolvidos no processo penal (desde os órgãos públicos, passando pela vítima e até mesmo a sociedade) a enxergarem na *prisão preventiva* a principal resposta a ser dada, pelo Estado, no que se refere a um resultado mais rápido e perceptível no combate à "criminalidade"⁵.

Com esses dados, não é demasiado afirmar que a prisão preventiva — desde seu nascedouro — vem se convertendo em um instrumento

⁴ À parte a clara tentativa de racionalizar o (ab)uso da prisão preventiva, o que se percebe não raro, em modelos negociais, é uma tendência à substituição da prisão preventiva pela definitiva, já que, em curtíssimo espaço de tempo (juízos abreviados, para os crimes que o comportam), o imputado já recebe a pena (negociada), desaparecendo, assim, a finalidade "preventiva" da custódia.

⁵ As aspas se justificam, pois compreendemos, com a Criminologia Crítica, que não há uma "criminalidade em si", mas um processo seletivo de criminalização (por todos, VERA ANDRADE, em *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: REVAN; ICC, 2012 (Pensamento criminológico; 19)

privilegiadíssimo de coerção e exercício do poder estatal, desafiando, inclusive, a defesa dos imputados, que, por mais atuante que seja, dificilmente consegue combater o uso desmedido de uma medida que — ao fim e ao cabo — vem acompanhada de um discurso muito sedutor, sobretudo para justificar uma (pseudo) necessidade de garantir a ordem e a segurança social⁶.

Se nos mantivermos estritamente no campo das medidas cautelares pessoais (como convém fazê-lo), facilmente concluiremos que a prisão preventiva é a mais prejudicial e gravosa dentre todas. Foi considerada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como a medida que pode "enterrar a vida" quando aplicada ao acusado de um crime [caso Tibi x Equador⁷]. Sua utilização deve ter caráter excepcional, limitada pelos princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática [Instituto de Reeducação Juvenil, parágrafo n° 228⁸].

⁶ RIEGO, Cristian. La Oralidade En La Discusión Sobre La Prisión Preventiva. In: *Estudios Sobre El Nuevo Proceso Penal – Implementación y Puesta En Práctica*. Asociación de Magistrados Del Uruguay. Montevideo: FCU, 2017, p. 107.

⁷ "No es posible que muchos jueces penales ecuatorianos, como los que actuaron en el presente caso, transformen a la prisión preventiva en un entierro de por vida, donde se podría evocar la inscripción que Dante pusiera en las puertas del infierno. Si, como en el presente caso, el juez observa, objetivamente, que no existen pruebas que fundamenten la prisión preventiva ¿cómo se puede mantener ésta sin límite de tiempo? Tal parece que estos jueces pierden la conciencia del daño irreversible que causa en un ser humano aquellos meses e incluso años de "prisión preventiva". Hernán Salgado Pesantes Juez ad Hoc. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Tibi Vs. Ecuador Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Acessado em 14/10/2018 em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

⁸ "A Corte considera indispensável destacar que a prisão preventiva é a medida mais severa que pode ser aplicada ao acusado de um crime, motivo pelo qual sua aplicação deve ter um caráter excepcional, em virtude de que se encontra limitada pelo direito à presunção de inocência, bem como pelos princípios de necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática". O Juiz Caçado Trindade comunicou à Corte seu Voto Fundamentado, que acompanha esta Sentença. Sergio García Ramírez Presidente Alirio Abreu Burelli Oliver Jackman Antônio A. Caçado Trindade Cecilia Medina Quiroga Manuel E. Ventura Robles Diego García-Sayán Víctor Manuel Núñez R. Juiz ad hoc. Acessado em 13/10/2018 em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1384a89a0996f1ea1767dc3533187a82.pdf>

O Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos expressa que a detenção preventiva das pessoas a serem julgadas "*Não deve ser a regra geral*" (Artigo Nº. 9.3⁹).

As Regras Mínimas das Nações Unidas sobre Medidas Cautelares dizem que, "somente será feito o recurso à prisão preventiva como último recurso" (Regra Nº. 6.1 RT¹⁰).

A Convenção Americana determina que "*ninguém pode ser privado de sua liberdade física, exceto pelas causas e condições fixada antecipadamente pelas constituições políticas dos Estados Partes ou por leis promulgadas de acordo com elas*" e de forma alguma será "*arbitrária*" (Artigo Nº. 7.2 e Nº. 7.3 CADH¹¹).

Esse, pois, o cenário de proteção internacional da liberdade individual, no que concerne à imposição criteriosa de limites para o uso da prisão preventiva. Uma ideia que remonta a Ilustração, um momento histórico em que se fundou uma racionalidade garantista, com o fim de criar obstáculos e toda a sorte de constrangimentos para a limitação do

⁹ Art. 9.3. *Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.* Acessado em 14/10/2018 em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

¹⁰ 6. A prisão preventiva como medida de último recurso. 6.1 A prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, com a devida consideração ao inquérito referente à infração presumida e à proteção da sociedade e da vítima. 6.2 As medidas substitutivas da prisão pré-julgamento devem ser utilizadas o mais cedo possível. A prisão pré-julgamento não deve durar mais do que o tempo necessário para atingir os objetivos enunciados na regra 6.1 e deve ser administrada com humanidade e respeito à dignidade da pessoa. 6.3 O infrator deve ter o direito de recorrer, em caso de prisão pré-julgamento, a uma autoridade judiciária ou qualquer outra autoridade independente. Acessado em 14/10/2018 em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>

¹¹ Art. 7 2. *Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.* 3. *Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.* Acessado em 14/10/2018 em: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm

poder do Estado, sobretudo do poder penal. Ou seja, ali no século XVIII, forjaram-se as condições necessárias para o controle do exercício do poder, minimizando a força e maximizando as liberdades¹².

Nesse contexto, a prisão preventiva não pode constituir um tipo de punição antecipada e arbitrária; nem pode ser usada para intimidar ou constranger o imputado a confessar ou colaborar, tampouco pode ser decretada de forma automatizada.

Porém, nada obstante seu carácter restritivo de um instituto de exceção, na prática, a medida (cautelar) de prisão preventiva é usada com frequência, de maneira ampla e nada excepcional, e, em geral, pela maioria dos julgadores, com base em políticas (e argumentos) que não estão em conformidade com os direitos humanos.

Em suma: por mais clara que seja a diferença estrutural entre a prisão preventiva e a prisão pena, por mais rígidas que sejam as normas internacionais, no sentido de criar óbices ao uso indiscriminado da prisão preventiva, por mais que parte considerável dos países da América Latina tenha adotado Constituições democráticas que seguem esses mesmos parâmetros e, ainda, por mais que as legislações internas estejam procurando se adequar a esse modelo limitativo de prisão sem condenação, ela segue sendo (ab)usada indiscriminadamente, sem qualquer constrangimento racional de natureza cautelar e funcionando como a primeira alternativa de um processo penal que ainda não compreendeu a sua função: a de garantidor dos direitos individuais da pessoa imputada.

Falar sobre prisão preventiva, após a demarcação das premissas expostas, requer, agora, a compreensão de alguns sentidos no âmbito processual penal:[1] desde a construção científica do processo penal, pautado em um Estado Democrático de Direito, a prisão preventiva, viola, afronta, ataca, nega os mais importantes princípios constitutivos de sua estrutura; [2] enquanto se fala em redução dos danos e racionalização do uso da prisão preventiva, vivemos em constante período expansivo; [3] a concepção teórica dessa medida não se adequa à

¹² Utilizamos o termo “racionalidade garantista” no sentido empregado por LUIGI FERRAJOLI, em *Derecho Y Razón: teoría del garantismo penal*. 4a edição. Editorial Trotta, 2000.

estrutura processual constitucional em vigor; [4] o encarceramento preventivo, se torna o principal instrumento de ataque aos setores mais vulneráveis, e em período de criminalização¹³.

A opção, a partir de agora, será uma avaliação crítica da prisão preventiva, ou melhor, do mau uso que dela se faz, a partir de alguns aportes teóricos de LUIGI FERRAJOLI e ALBERTO BINDER. Por evidente, a escolha desses autores não é aleatória, mas totalmente vinculada a uma proposta democrática, constitucional e humanista do instituto, fugindo de arquétipos simplistas explicativos, sob pena de quedarmos imersos no senso comum retórico (Warat), que nada contribuirá para compreensão do instituto.

LUIGI FERRAJOLI, jurista italiano, conhecido entre nós principalmente por conta de seu “*Direito e Razão: teoria do garantismo penal*”¹⁴, apresenta claramente uma aporia. Uma situação praticamente invencível do ponto de vista da democracia, mas, ao mesmo tempo, de uma singeleza e simplicidade sem iguais: como podem sobreviver, num mesmo sistema, a presunção de inocência e a prisão preventiva, se esta é a negação daquela?

¹³ O CEJA – Centro de Estudios Judiciales de las Américas – Publicou em abril de 2013 um trabalho denominado PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA: ENFOQUES PARA PROFUNDIZAR EL DEBATE – que pode ser acessado pelo endereço eletrônico: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3130/prision-preventivaenamericalatina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; Ainda sobre o assunto, Alberto Binder ao tecer comentários sobre a prisão preventiva diz: *La prisión preventiva es la institución maldita del derecho procesal. Los es en varios sentidos*. Endereço eletrônico: <http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Amicus-Curiae-Alberto-Binder-Caso-Gregorio-Santos.pdf>

¹⁴ Importante frisar que, muito embora “Direito e Razão” seja o livro de Ferrajoli mais referido no Brasil, o Garantismo nele não se esgota. Todo o contrário! Há outra obra de fôlego (“Principia Juris”), além de inúmeros textos, artigos e coletâneas, em que Ferrajoli expõe, criteriosamente, as bases de sua teoria, bem como dialoga com seus críticos. Importante mencionar esse dado, pois, infelizmente, há uma péssima prática de, pelas bandas de cá, desautorizar-se o Garantismo, sob a falácia chula (e mentirosa) de que seria uma teoria para “proteger bandidos”, ou que seria conivente com o crime, ou, ainda, que pregaria a impunidade. Nada mais absurdo! Ferrajoli é um teórico sério, um positivista analítico que - longe de ser um abolicionista - é um legitimador do poder de punir e cuja densidade do pensamento extrapola os limites do “Direito e Razão”, motivo pelo qual a leitura de suas obras é recomendável para não se incorrer em graves equívocos.

Ou seja, Ferrajoli afiança, sem qualquer constrangimento, que a prisão preventiva viola a presunção de inocência¹⁵. A conclusão parece óbvia! Se ninguém pode ser considerado culpado, senão depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, como pode permanecer preso antes disso?

Essa ilação, por si só, deveria ser o bastante para se coibir o uso da prisão preventiva em sistemas que adotam a presunção de inocência como princípio. Mas, como bem alerta *il maestro*, até mesmo os clássicos iluministas encontraram fórmulas para justificá-la, fazendo com que, desde seu embrião, a prisão preventiva - como medida cautelar - fosse flexibilizada até o ponto de seu total desvirtuamento, em épocas históricas como a do fascismo, no qual a medida passou a apresentar nítido caráter policialesco, servindo como primeira alternativa judicial para o encarceramento de pessoas consideradas “perigosas” ou “inde-sejáveis”.

Não é demais lembrar que a prisão preventiva, antes do movimento Ilustrado que procurou dar limites a seus contornos, era utilizada - sobretudo na Baixa Idade Média - como mecanismo cautelar de dominação do corpo do imputado para dele se obter a confissão que, num sistema inquisitório, era a “rainha das provas”. Isto é, a prisão preventiva, enquanto mecanismo de controle e obtenção do corpo e da fala, fazia algum sentido dentro de um sistema inquisitório!

Porém, com a mudança de paradigma operada pela Revolução Francesa e tudo o que lhe subjaz, o sistema inquisitório foi (ao menos, aparentemente) perdendo força e cedendo lugar a um modelo de processo penal acusatório, em que a prova deveria ser produzida pela acusação e contra-argumentada pela Defesa, razão pela qual a confissão perde seu *locus* privilegiado e, com isso, desaparece a necessidade de apropriação do corpo do imputado. Ou seja, do ponto de vista cautelar, a prisão preventiva perdia seu principal fundamento.

¹⁵ “(...)precisamente, quiero sostener la ilegitimidad y la inadmisibilidad que de ella (presunção de inocência como regra de tratamento ao imputado) se derivan para ese instituto, central el la experiencia procesal contemporánea, que es la prisión provisional del imputado antes de la condena” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Y Razón: teoría del garantismo penal*. 4a edição. Editorial Trotta, 2000.

Ainda assim, foi ela justificada pelos clássicos dos setecentos. Não mais para obter a confissão, mas, por exemplo, para impedir a fuga ou que se ocultassem provas do delito e desde que extremamente necessária, como sugeria Beccaria¹⁶. Em síntese, os filósofos da Ilustração construíram belos limites ao instituto da prisão provisória, reconhecendo claramente seu caráter aflitivo e, portanto, sua excepcionalidade. Porém, não chegaram ao ápice de defender sua extinção. Seguiu a prisão preventiva, pois, justificada! E, mais grave, tendo que conviver com a presunção de inocência.

E assim permanece até hoje, como acima já apontamos. Um instituto próprio de sistemas inquisitórios que precisa conviver com um modelo democrático de processo penal, o que gera, para dizer o menos, constrangimento aos que verdadeiramente compreendem que a liberdade é a regra...

Uma vez identificada a contradição entre a medida extrema e o princípio da presunção de inocência, Ferrajoli justifica o porquê da ilegitimidade de uma prisão sem juízo (muito embora isso seja quase auto explicativo), argumentando, de forma muito simples, que em casos excepcionalíssimos, essa medida restritiva de liberdade poderia ser perfeitamente substituída por uma espécie de “condução coercitiva” do imputado, nos casos pontuais de tentativa de ocultação ou destruição de provas¹⁷.

Parece-nos importante essa referência à crítica cirúrgica de Ferrajoli, como forma de demonstrar o quanto o garantismo penal - para além de uma teoria de legitimação - pode e deve ser manejado como critério epistemológico de deslegitimação.

Dito de outra forma: o Garantismo constrói uma arquitetura rígida de princípios (axiomas), ou regras do jogo do Processo Penal democrático, sem as quais a intervenção sobre a liberdade do cidadão não está autorizada. Isso implica dizer que, no caso da prisão preventiva, ou ela é definitivamente tomada como ilegítima, na essência, obrigando o juiz a utilizar meios alternativos para acautelar o processo, ou ela não está autorizada. Sem sombra de dúvidas, tal postura favorece a

¹⁶ *Op. cit.*, p. 552.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 557

construção de critérios de deslegitimação, muito mais que legitimação. E quando se busca limites ao abuso do poder, isso é muitíssimo bem-vindo!

A partir de agora, desta feita com apoio em ALBERTO BINDER, Idenficaremos *cinco modelos teóricos* de estruturação da prisão preventiva:

1 - Como de costume [infelizmente], *o primeiro* é de inegável base autoritária, por vários motivos: uso de expressões bélicas [combate ao crime organizado, paridade de armas, luta e etc], e considera a prisão preventiva um verdadeiro instrumento de política criminal, identificando setores da sociedade a serem alcançados e criminalizados de forma antecipada. Pauta-se na ideia de realismo jurídico¹⁸, como um movimento do pensamento humano, nesse caso, voltado para o mundo do direito, devendo ser compreendido quando situado numa certa confluência de tempo e de espaço [talvez aqui, esteja uma possível explicação para a discrepância interpretativa no uso da prisão preventiva quando analisada em locais distintos]. Assim, desconsidera-se a necessidade e respeito às formas. Essa equivocidade na expressão, realismo jurídico, conduzindo na direção da concretude, considera, sobretudo a ascensão do protagonismo operacional do juiz. Palavras de "ordem" ganham relevo, tais como, *periculosidade do sujeito* e *gravidade do fato*, conceitos abertos, criticados incansavelmente pela doutrina, justamente, por ensejar um solipsismo acentuado¹⁹. Como bem

¹⁸ *Os realistas jurídicos mais destacados foram Karl Llewellyn e Jerome Frank, tendo ambos escrito suas principais obras nos anos próximos a 1930, época de grande crise do estado liberal e de ceticismo acerca de suas instituições, trata-se de um pensamento antinormativista focado na atividade judiciária, opondo-se frontalmente ao positivismo normativista da escola analítica.*

¹⁹ Lenio Streck diz: "...O juiz dá às palavras o sentido que quer porque ele é, como Humpty Dumpty diz, o chefe. Ele está decidindo a partir de um lugar de fala amparado pela institucionalidade, que tem o papel da concha de Ralph, de *Lord of the Flies* (*O Senhor das Moscas*). Mas com uma diferença: não age como Ralph, personagem através do qual William Golding genialmente representava a democracia e a civilização; age como Jack Merridew, o garoto que representava a cessão aos próprios instintos e à sede de poder. E quando a intersubjetividade não é capaz de conter a barbárie interior desse sujeito, "a questão [...] é quem será o chefe... e eis tudo". O juiz solipsista é o triunfo de Humpty Dumpty. A prova disso é que só se pode dizer qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa... no Direito. Os autos de um processo, o Foro, o Tribunal

colocado por Alberto Binder²⁰ *quien fue detenido es peligroso y seguro ha hecho algo grave y debe seguir detenido*. Eis a visão desse modelo teórico: prisão preventiva como ferramenta político criminal de uma política que não pensa em limites e garantias.

2 - Em um *segundo* momento, podemos observar o reflexo de percepções generalistas do direito processual penal. Trata-se a prisão preventiva como outra medida cautelar qualquer. Ou seja, a prisão é considerada, uma medida que visa assegurar as finalidades do processo, bastando a "demonstração" de *verossimilhança de um direito* e a *necessidade de uma cautela*. Toda explicação dispensada à prisão preventiva se pauta nos mesmos termos das demais medidas cautelares. Por conta de sua generalização, deixa-se de lado, qualitativamente, contribuições compreensivas trazidas pela criminologia, pela visão economicista, pelo pensamento do processo penal crítico, tendo como premissa explicativa a "famosa" teoria geral do processo.

3 - O *terceiro* modelo identificado tem como finalidade a fixação de limites constitucionais à prisão preventiva, fruto de estudos e reflexões sobre encarceramento, tendo como base os preceitos constitucionais, impondo: [1] limites temporais de duração da prisão preventiva; [2] finalidades específicas para o uso da prisão preventiva; [3] revisão permanente das decisões que decretam a prisão e [4] maior clareza nos requisitos [permissivos e impeditivos]. Tal perspectiva trabalha com a ideia de reestruturação do pensamento e finalidade do processo penal, em especial, das medidas cautelares pessoais. Uma nova mentalidade sobre a compreensão do atual cenário político-jurídico reclama um retorno às bases teóricas e históricas da legislação processual penal brasileira, inclusive pelas influências que sofreu — e ainda sofre — de

— *são esses os únicos lugares nos quais, aparentemente, é "permitido" que se troque o significado dos significantes. Fora daí, experimente dizer que um ônibus é uma bicicleta. Tente escolher o vinho mais cobiçado da carta e dizer, ao pagar a conta, que aquilo na verdade era uma água de R\$ 3. Isso não existe porque a linguagem pública constrange, e quem lutar contra isso será chamado de louco. Ao que parece, porém, o delírio de um indivíduo é psicose; um delírio coletivo são as decisões judiciais solipsista, chanceladas pela autoridade.*" Acessado em 13/10/18 <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>

²⁰ BINDER, Alberto. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. 1ª ed.- México: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014.

ordenamentos jurídicos estrangeiros²¹. Essa perspectiva de modelo adequa-se de forma mais completa aos preceitos humanitários internacionais.

4 - Chegamos ao *quarto* modelo identificado, onde ocorre verdadeira *deslegitimação* do uso da prisão preventiva. Uma visão constitucional do processo penal onde a prisão preventiva não encontra amparo. Nesse modelo, o indivíduo tem direito de se manifestar em juízo antes de qualquer ato de encarceramento. Não se permite encarceramento anterior ao processo, onde, a presunção de inocência alcança o ápice de sua aplicabilidade. Como bem colocado por Alberto Binder nos deparamos com a ambivalência, entre direito *ao juízo* contra o *uso da prisão preventiva*.

5 - Por último, apontamos o *quinto* modelo, que *reconhece o direito ao juízo como primado constitucional de estruturação de todo processo penal*. A prisão preventiva não é alçada como ferramenta processual, por falta de amparo constitucional. Pelo contrário, quando usada, afronta a própria Constituição por estar em conflito com ela.

Nas duas últimas décadas, muito se trabalhou para elaboração de uma doutrina que explicasse e regulamentasse a prisão preventiva, desde que, tivesse base constitucional e fosse, indubitavelmente, fundada em princípios constitucionais oriundos dos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos. Dentro desse contexto, entendemos que se deveriam construir *standards de intolerabilidade da prisão preventiva*²², ou seja, situações negativas, impeditivas do uso da medida prisional. Isso significa que, apenas em casos extremos, que transcendam a construção epistemológica impeditiva de uso, com duração previamente determinada e revisão periódica da necessidade de manutenção é que a prisão preventiva poderá ser utilizada.

²¹ Os livros - *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil* - organizado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Leonardo Costa de Paula e Marco Aurélio Nunes da Silveira está no quarto volume e explica de forma satisfatória essa questão.

²² Alberto Binder em: <http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Amicus-Curiae-Alberto-Binder-Caso-Gregorio-Santos.pdf> Acessado em 13/10/2018.

Na orientação da prática judicial, os *standards de intolerabilidade* cumprem uma função oposta aos *requisitos autorizadores*, pois aqueles indicam o caráter excepcional das medidas prisionais, que são verdadeiras proibições de emitir uma ordem de prisão preventiva antes e durante o processo, superando o contexto positivo de uso da prisão, que se apresenta claramente deficiente.

Vejamos algumas proposições:

[1] Ausência de *contraditório prévio*, não como orientação ou formalidade, e sim, como verdadeiro instrumento impeditivo. A decisão que decretar a imposição de qualquer medida cautelar, em especial, a prisão preventiva, será nula, **caso** decretada *inaudita altera pars*. Sem manifestação defensiva que anteceda o ato decisório, restará considerada ilegal a restrição da liberdade como verdadeiro ato coator arbitrário. O direito de defesa deve ser exercido, desde o momento que uma pessoa é acusada como possível autora de um ato criminoso. Impedir alguém de exercer o seu direito de defesa, desde o início da investigação, implica a sobreposição de direitos, promovendo os poderes de investigação do Estado em detrimento dos direitos fundamentais da pessoa investigada. O direito de defesa impõe ao Estado o dever de viabilizar que o indivíduo, em todos os momentos, seja tratado como verdadeiro sujeito de direitos, e não como objeto da investigação [Corte IDH, caso Barreto Leiva x Venezuela, parágrafo nº 29²³ e Cabrera García e Montiel Flores x México, parágrafo nº 154²⁴].

²³ 29. Portanto, o direito de defesa deve necessariamente poder ser exercido desde que se indica uma pessoa como possível autor ou partícipe de um fato punível, e apenas culmina quando finaliza o processo,²³ incluindo, se for o caso, a etapa de execução da pena. Sustentar o oposto implicaria em subordinar as garantias da Convenção que protegem o direito de defesa, entre elas o artigo 8.2.b, a que o investigado se encontre em determinada fase processual, deixando aberta a possibilidade de que, anteriormente, seja afetada uma esfera de seus direitos através de atos de autoridade que desconhece ou que não pode controlar ou contra os quais não pode se opor com eficácia, o que é evidentemente contrário à Convenção. De fato, impedir que a pessoa exerça seu direito de defesa desde que se inicia a investigação contra ela e que a autoridade, portanto, ordena ou executa atos que implicam em uma afetação de direitos significa potencializar os poderes investigativos do Estado em prejuízo de direitos fundamentais da pessoa investigada. O direito de defesa obriga o Estado a tratar o indivíduo em todo o momento como um verdadeiro sujeito do processo, no mais amplo sentido deste conceito, e não sim-

No caso em que a defesa é fornecida pelo Estado, deve ser eficaz, sendo necessário que se adotem todas as medidas adequadas. Se o direito de defesa surgir a partir do momento em que é iniciada uma investigação, o indiciado deve ter acesso e fazer uso da defesa técnica a partir daquele momento, especialmente, na oitiva de testemunhas e interrogatório. Impedir o acesso à assistência defensiva é limitar severamente o direito de defesa, que provoca desequilíbrio processual e deixa o indivíduo sem tutela antes do exercício do poder punitivo. Nomear um defensor público com o único intuito de cumprir uma formalidade processual equivaleria, a uma não defesa técnica, razão pela qual é imperativo que o dito defensor atue como diligência, autonomia e liberdade para proteger as garantias processuais do demandado e assim impedir que seus direitos sejam prejudicados [Cabrera Garcia y Montiel Flores x México, parágrafo nº 155]²⁵;

[2] A implementação da *cultura da audiência em respeito à oralidade*, ou seja, a influência inquisitória enraizada na América Latina, prioriza a centralidade da prisão preventiva como 'praxe' do processo penal, uma vez que, a burocratização de tramitação e da escrita, sobrepõe a importância dessa modalidade de prisão, em detrimento da pena, que pode, ou não, ser imposta. A prisão preventiva se torna uma verdadeira pena antecipada daquilo, que pode não vir [condenação]. A intenção de uma alteração dos juízos criminais para incrementação de uma cultura de audiência é uma realidade em países da América Latina que

plesmente como objeto do mesmo. Acessado em 14/10/2018 em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>

²⁴ 154. *La Corte ha establecido anteriormente que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en detrimento de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.* Acessado em 14/10/2018 em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/cabreragarcia.pdf>

²⁵<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3130/prisionpreventivaenamericalatina.pdf?sequence=1&isAllowed=y> página 126. Acessado em 13/10/2018.

tem por finalidade, garantir os direitos mais básicos dos envolvidos no processo penal, e ainda, concentrar o debate, produção de prova e decisão em um único ato jurídico, amparado nas condições de publicidade, oralidade e contraditório; condição necessária para legitimação dos atos de exercício do poder de tamanha gravidade e intervenção nos direitos individuais dos envolvidos. Assim, o primeiro dado a ser constatado será o deslocamento de centralidade da prisão preventiva no processo para sua efetiva posição de cautelaridade²⁶.

[3] Falta, falha ou incompletude da *fundamentação da decisão* sendo estritamente vedado o uso retórico de mera transcrição legislativa, de jurisprudência ou manifestação ministerial, equivalente a mais da metade da decisão proferida. No que concerne à fundamentação do decreto de prisão preventiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui diversos precedentes. No caso conhecido como *López Álvarez vs Honduras* a corte rechaçou fundamentações genéricas quando a liberdade individual está em jogo²⁷. A Corte asseverou que fundamentações genéricas como: características do autor, gravidade do delito e cópias das informações constantes no inquérito policial não são idôneas o suficiente a ponto de basear um decreto de prisão provisória.

O artigo 7 da Convenção Americana dispõe que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

²⁶ RIEGO, Cristian. La Oralidade En La Discusión Sobre La Prisión Preventiva. In: *Estudios Sobre El Nuevo Proceso Penal – Implementación y Puesta En Práctica*. Asociación de Magistrados Del Uruguay. Montevideo: FCU, 2017, pp. 107/108

²⁷ Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 6 jul. 2016.

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

A Corte tem indicado que a proteção da liberdade protege tanto a liberdade física das pessoas, como sua segurança pessoal, em uma situação em que a ausência de garantias pode subverter a regra de direito e privar os detidos de proteção legal. O artigo 7.2 da Convenção estabelece as condições materiais e formais para a privação da liberdade. O artigo 84 da Constituição Política vigente, quando o senhor Alfredo López Álvarez foi detido, estabelece que:

Ninguém poderá ser preso ou detido, exceto em virtude de mandado escrito de autoridade competente, expedido com as formalidades legais e por motivo previamente estabelecido na Lei.

Apesar disso, o criminoso em flagrante pode ser preso por qualquer pessoa para o único efeito de entregá-lo à autoridade.

O preso ou detido deve ser informado no ato e com toda a clareza de seus direitos e dos fatos que lhe são acusados; e, além disso, a autoridade deve permitir-lhe comunicar sua detenção a um parente ou pessoa de sua escolha.

É preciso compreender, em definitivo, que a prisão preventiva, por si só, já é um enorme óbice à realização de um processo penal verdadeiramente democrático, pela inegável fragilização que traz ao princípio da presunção de inocência. Por isso — ainda que usemos dos maiores contorcionismos retóricos para justificar essa medida extrema —

precisamos ao menos admitir que, sim, ela precisa de muito controle, de regras rigorosas de limitação quanto a seu uso, de prazos fixos previamente definidos e, sobretudo, de um DNA de intolerabilidade e deslegitimação.

MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E O (INEXISTENTE) PODER GERAL DE CAUTELA EM UM MODELO ACUSATÓRIO: POSSÍVEL INTERPRETAÇÃO DO ATUAL ART. 221.1. L, DO CPP URUGUAIO

Bruno Augusto Vigo Milanez¹

INTRODUÇÃO

A realização do "*Curso sobre la reforma del proceso penal en Uruguay*", entre os dias 15 e 16 de novembro de 2018, em Montevídeu, possibilitou um profícuo contato teórico e prático com a experiência processual penal acusatória uruguaia, implementada com a entrada em vigência da Ley 19.293/2017².

Um singelo passar de olhos pela nova codificação permite concluir que, do ponto de vista do direito positivo, há uma efetiva base acusatória posta, com (a) titularidade da investigação preliminar a cargo do Ministério Público/*fiscalia* e não mais da autoridade judiciária (arts. 43.1, 45, *a* e 50); (b) maior possibilidade de participação da vítima (art. 80), relegada essencialmente a meio de prova em modelos

¹ Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela UFPR. Professor e Advogado. E-mail: bruno@mfadvocacia.adv.br.

² Breve análise do percurso histórico legislativo da codificação processual penal do Uruguai, até a entrada em vigência do atual CPP, pode ser conferida em: ABAL OLIÚ, Alejandro. Antecedentes del nuevo C.P.P.: Las iniciativas de codificación procesal penal en Uruguay. In: _____ (Coord). *Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal - Ley nº 19.293 y modificativas y complementaria*. v. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2018, p. 17-26.

inquisitoriais³; (c) iniciativa probatória exclusiva das partes (art. 144.c); (d) prestígio à oralidade, com instrução processual em *audiência de juízo oral* (art. 270); (e) previsão de extenso rol de garantias inerentes ao devido processo legal, como juiz natural, dignidade da pessoa humana, presunção de inocência (arts. 2º a 4º), dentre outros⁴.

Ocorre que o câmbio de um modelo inquisitorial a um modelo acusatório — ou adversarial — não ocorre exclusivamente a partir da modificação das leis. É necessário que a nova realidade legislativa venha acompanhada da modificação de práticas e de mentalidade. Como adverte, em contexto análogo, Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, "*pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído, mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar.*"⁵

No mesmo sentido, Alberto BINDER afirma que a modificação das práticas processuais antigas implica em "*deixar para trás o modelo*

³ Como esclarece BINDER, "*no modelo inquisitorial os documentos e escritos são o que importa e as pessoas (vítimas, testemunhas, imputados) são tratados como objetos. No sistema adversarial se reconhece ao imputado um rol [de direitos] como sujeito processual e se abrem possibilidades de atuação da vítima para a tutela de seus direitos.*" - g.n. - (BINDER, Alberto. El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado e dificultades. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coords). *Código del Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: CEJA- JSCA-INECIP, 2018, p. 12 [trad. livre].

⁴ Comparação entre as principais características do regime processual revogado em relação ao atual pode ser consultada em: CHEDIAK, Jorge; NICASTRO, Gustavo; PESCE, Marcelo. El nuevo C.P.P. a poco más de 15 días de su entrada en vigor. Consideraciones generales, observaciones y soluciones para su implementación. In: *Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 170-171.

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mudar a Mentalidade. *Jornal Gazeta do Povo*, 30.3.2009, disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/mudar-a-mentalidade-bi5nm9xpxmj3j1Isolok1jbri/>. Acesso em 20.2.2019. Em outro texto, o autor esclarece: "*Mais que jurídica, portanto, a questão se demonstrará ética; e os riscos da sobrevivência inquisitorial serão concretos dado se continuar a depender dos próprios juízes e, assim, da construção de uma cultura que os coloque, para sempre, no seu devido lugar, algo aparentemente muito difícil no início, enquanto não houver (contra o sistema atual) uma mentalidade constitucional arraigada.*" (COUTINHO, J. N. M. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183 (jul./set 2009), p. 114)

inquisitorial e começar a desenvolver um novo modelo acusatório ou adversarial de justiça penal", devendo-se "ter claro que o modelo inquisitorial é um modelo completo de administração da justiça, construído ao longo de muitos séculos e que deixou raízes [na cultura latino-americana]"⁶. Desde esta perspectiva, ressalta que a mudança de paradigma processual penal deve representar uma efetiva mudança de práticas:

"A reforma da justiça penal deve ser vista como um câmbio de práticas. Atualmente o que chamamos de 'justiça penal' é um conjunto de práticas (nem sempre apegadas aos códigos) que se sustentam na força da rotina, da adesão dos operadores e das funções reais que eles cumprem. O novo sistema de justiça penal também será um conjunto de práticas."⁷

A partir dessas considerações, pode-se dizer que se a lei nova vier acompanhada de velhas práticas, o sistema será acusatório na forma e inquisitório na prática.

No contexto da experiência prática oriunda do curso realizado, foi perceptível a imensa vontade dos magistrados uruguaios em buscar a efetivação de um sistema de justiça criminal menos irracional e mais democrático, compatível com o texto constitucional e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Contudo também foi possível perceber que, do ponto de vista prático, há pontos de inflexão, em que se verifica uma dificuldade em abandonar velhas práticas para deixar que o novo possa efetivamente nascer.

Em uma das palestras ministradas durante o curso, a respeito das medidas cautelares, indaguei aos componentes da mesa – juízes criminais – se em face da atual sistemática legal a respeito da matéria (art. 221 e ss., do C.P.P.), haveria a possibilidade de fixação de cautelares diversas da prisão *não previstas expressamente em lei*, no que a resposta dada pelos palestrantes foi afirmativa.

Estabelecidas a premissa epistêmica (*nova lei deve vir acompanhada de novas práticas*) e o contexto fático (*suposta possibilidade de*

⁶ BINDER, A. El cambio ... *op. cit.*, p. 11 [trad. livre].

⁷ *Idem, ibidem*, p. 13 [trad. livre].

imposição de medida cautelar atípica), passa-se a tecer algumas considerações a respeito da questão afeta ao poder geral de cautela em um modelo processual penal acusatório.

1 MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS EM UM SISTEMA ACUSATÓRIO?

A sistemática legal das medidas cautelares, no novo CPP uruguaio, consta do título VII ("*de las medidas cautelares*"), a partir da regra geral do art. 216, que estabelece (a) o princípio da jurisdicionalidade ao dispor que "*es atribución del tribunal adoptar las medidas cautelares*" e (b) a vedação da atuação *ex officio* na imposição das cautelares, pois o tribunal somente pode fixar cautelares quando for "*requerido en forma*". A segunda característica vem ainda reforçada na regra do art. 224.1, do CPP, pelo qual "*iniciado o processo e a pedido do Ministério Público o tribunal poderá decretar a prisão preventiva do imputado (...)*".

Ademais, a regra do art. 218, do CPP, parece sinalizar para a taxatividade das medidas cautelares processuais penais, ao estabelecer que "*nadie puede ser privado de su libertad física o limitado en su goce sino conforme lo dispuesto en las normas constitucionales y legales.*"

A questão hermenêutica inerente à regra do art. 218, do CPP, deve se resolver pela exegese mais favorável ao investigado/imputado, segundo um critério *pro libertate* – ou *favor rei* –, pelo qual se as limitações à liberdade individual são estabelecidas conforme o disposto na Constituição e nas leis, então eventuais formas de limitação da liberdade (mesmo que em sede cautelar) não previstas em lei são vedadas.

Mais adiante, na regra do art. 221.1, do CPP, o legislador contemplou as *medidas limitativas o privativas de la libertad ambulatoria*, dentre as quais a prisão preventiva (art. 221.1, *m*) e um extenso rol de cautelares alternativas à prisão (art. 221.1, *a a l*).

A análise da sistemática legal permite algumas conclusões.

Em primeiro lugar, é nítido o prestígio à liberdade do cidadão investigado ou acusado, com a vedação à prisão preventiva para fins de aplicação da pena: "*toda persona tiene derecho a la libertad personal y a*

la seguridad individual. En ningún caso la prisión preventiva será de aplicación preceptiva.” (art. 223)

Segundo CAMAÑO VIERA, em comentário específico ao dispositivo, “*o novo Código de Processo Penal estabelece, pela primeira vez na história do nosso país, uma formulação expressa do caráter excepcional da prisão preventiva, em termos particularmente claros e contundentes.*”⁸

A excepcionalidade e subsidiariedade da preventiva vêm ainda reforçadas na regra do art. 221.1, *l*, do CPP, que ao dispor sobre a prisão preventiva, prevê categoricamente que a medida extrema somente será cabível se “*las medidas limitativas anteriormente descritas no fueren suficientes*”, fazendo clara alusão às cautelares diversas da prisão.

Em segundo lugar, é rechaçada a dicotomia reducionista em que o cidadão submetido à persecução penal respondia à investigação e/ou processo ou em liberdade ou preso cautelarmente. Dessa forma, a prisão preventiva assume caráter de *ultima ratio* no sistema de cautelares penais, somente cabível quando evidenciada concreta e fundamentadamente a insuficiência das cautelares alternativas⁹.

Por seu turno, as medidas cautelares diversas da prisão previstas em lei (art. 221.1. ‘a’ a ‘k’, do CPP) são as seguintes: (a) dever de comunicar o endereço de residência; (b) obrigação de submeter-se ao cuidado ou vigilância de pessoa ou instituição, nas condições estabelecidas; (c) apresentação periódica em juízo ou perante autoridade designada pelo tribunal; (d) proibição de ausentar-se, sem autorização prévia, de determinado âmbito territorial estabelecido pelo juízo; (e) retenção de passaporte ou documento de viagem; (f) proibição de frequentar determinados lugares e/ou manter contato com determinadas pessoas, sem que isso afete o direito de defesa; (g) afastamento do domicílio ou residência, em casos de violência doméstica ou quando a vítima conviva com o imputado; (h) prestação, pelo imputado ou

⁸ CAMAÑO VIERA, Diego. El encarcelamiento cautelar em modelo acusatorio de justicia penal. In: *Estudios ... op. cit.*, p. 141 [trad. livre].

⁹ *Idem, ibidem*, p. 145-146. Ainda: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Notas sobre proceso acusatorio y prisión preventiva. In: *Estudios ... op. cit.*, p. 213-218.

terceiro, de fiança; (i) prisão domiciliar; (j) recolhimento domiciliar nos períodos determinados em juízo.

Como se vê, o rol de cautelares alternativas é bastante extenso, sendo possível, na casuística, a imposição dessas medidas de forma isolada ou cumulativa. Ainda, a regra do art. 221.1 *l*, do CPP, prevê a possibilidade de imposição de “*cualquier otra medida alternativa a la prisión, en las condiciones previstas en la ley.*”

Em uma primeira leitura, poder-se-ia sustentar que o precitado dispositivo atribui ao juiz criminal verdadeiro poder geral de cautela, possibilitando a criação e imposição de medidas cautelares atípicas ou anômalas. A vingar essa orientação, ter-se-á verdadeiro exemplo de *interpretação retrospectiva*¹⁰, em que o novo (*sistema acusatório*) estará sendo pensado com a cabeça do velho (*sistema acusatório*). Explica-se.

Uma das características centrais do sistema inquisitório consiste na extrema concentração de poderes nas mãos do órgão julgador. Tratando-se de modelo voltado à obtenção da verdade a qualquer custo, a lógica inquisitorial aposta suas fichas na centralidade do julgador, relegando às partes (acusação e defesa) papel meramente secundário, quando não figurativo. Assim, é absolutamente coerente e lógico que em modelos inquisitórios o juiz detenha uma miríade de *poderes de ofício*.

Não por outro fundamento, no sistema inquisitório puro não há que se falar, por exemplo, em *ne procedat iudex officio*. A concentração de poderes na figura do juiz é tamanha que inexiste distinção entre as funções de julgamento, acusação e defesa, todas realizadas pelo inquisidor. Como adverte Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO,

a superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a partir do fato de fixar tanto o *thema prbandum* quanto o *thema decidendum*.

¹⁰ Sobre interpretação retrospectiva, cf.: BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Estabelece-se, assim, uma característica de extrema importância a demarcar o sistema, enquanto puro, ou seja, a inexistência de partes, no sentido que hoje emprestamos ao termo.¹¹

Assim, como parece intuitivo e sintomático, a superação da lógica inquisitorial transita pela paulatina redução do protagonismo e centralidade do juiz, convertendo-se o processo penal em verdadeira *arena das partes*¹². Ao juiz, na lógica acusatória, são atribuídas as funções de garante dos direitos fundamentais e de controlador da legalidade dos atos investigativos e processuais.

Em paralelo à redução de poderes de ofício do juiz, a lógica acusatória é representada pela estrita observância à legalidade estrita quando o assunto é a limitação de direitos individuais do cidadão investigado e/ou acusado. Em outras palavras, não há espaço, em processos orientados por uma lógica verdadeiramente democrática, para que a limitação da liberdade individual decorra de criação judicial.

É por essa razão que a limitação da liberdade individual deve sempre encontrar amparo expresso na lei¹³. Assim, a criação de medidas cautelares atípicas representa verdadeira hipótese de limitação da liberdade sem expressa previsão legal. Como explica Aury LOPES JUNIOR:

No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para ‘poderes gerais’, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí o seu

¹¹ COUTINHO, J. N. M. *O papel do novo juiz no processo penal*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em 7.3.2019.

¹² No limite, pode-se mesmo afirmar que em modelos verdadeiramente acusatórios, os espaços para poderes de ofício do juiz são extremamente limitados, quiçá apenas às hipóteses *pro reo*.

¹³ Sobre o tema, cf.: NUVOLONE, Pietro. Legalità, giustizia e difesa sociale. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 11, n. 0 (1968), p. 7-17.

poder. A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para a compreensão do tema o conceito de *fat-tispecie giuridica processuale*, isto é, o conceito de tipicidade processual e de tipo processual, pois forma é garantia. (...) Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais ‘poderes gerais de cautela’.¹⁴

A partir dessas considerações, indaga-se: como deve ser interpretada a regra do art. 221.1 I, do NCPP uruguaio?

A partir de uma concepção acusatória e na qual o juiz não ocupe posição de protagonismo, a solução hermenêutica mais compatível com a democracia processual penal é aquela segundo a qual o juiz criminal poderá fixar outras cautelares alternativas ao cárcere, além daquelas previstas no rol do art. 221.1. do NCPP, desde que tais cautelas diversas estejam previstas de forma expressa no ordenamento processual penal.

A posição, além de representar o tão almejado câmbio de mentalidade e de práticas, é compatível com a taxatividade das medidas cautelares, extraível da regra do art. 218, do NCPP, como se referiu anteriormente.

Ainda que outras interpretações sejam aceitáveis, ao possibilitar a criação de cautelares anômalas corre-se o risco de introduzir, na nova sistemática legal posta, influxos da mentalidade inquisitorial.

CONCLUSÕES

A) A superação do sistema processual penal inquisitório em detrimento do acusatório não é uma questão exclusivamente *de lege lata*, mas também envolve o câmbio de práticas e de mentalidade;

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 575.

- B) Na lógica acusatória, o protagonismo não é do juiz, mas sim das partes. Nesse modelo, os espaços para poderes de ofício do magistrado são extremamente limitados, quando não inexistentes;
- C) A função de garantidor de direitos do cidadão investigado e/ou acusado obsta que o juiz restrinja, em qualquer grau, a liberdade do cidadão com base em critérios alheios à legalidade estrita;
- D) No modelo acusatório, inexistente, no campo das medidas cautelares, o denominado poder geral de cautela. A imposição de cautelares atípicas ou anômalas deita suas bases na lógica inquisitorial, em que o magistrado é o protagonista do processo;
- E) A regra do art. 221.1, *l*, do NCPP uruguaio, interpretada a partir da lógica acusatória, significa que o juiz pode, no caso concreto, impor outras cautelares alternativas, além das previstas no rol dos art. 221.1, ‘*a*’ a ‘*k*’, do NCPP, desde que estas venham expressamente positivadas no ordenamento.

A PRISÃO PREVENTIVA NO NOVO PROCESSO PENAL URUGUAIO: BREVES ANOTAÇÕES CRÍTICAS

Luiz Fernando Pereira Neto¹

Não há dúvida que a prisão preventiva pode ser vista como a forma mais violenta de intervenção estatal no cerceamento da liberdade individual, já que autoriza a segregação de um cidadão antes mesmo da formação da culpa, levado em conta que quase sempre inexistente sentença penal condenatória recorrível.

E isto ocorre em praticamente todos os modelos processuais penais latino-americanos, não sendo exceção o uruguaio. Isto porque o regime de prisões cautelares charrua foi construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade, o que se demonstrava absolutamente desalinhado com a Constituição Federal oriental, já que no panorama normativo prévio ao novo Código de Processo Penal, entendia-se como pena antecipada, — em nítida desconformidade com o art. 12 da lei maior —, que por sua vez exige a existência de juízo prévio para a medida extrema. Neste ponto, a reforma trazida pela Lei 19.293/2014 — vigente a partir de 01 de novembro de 2017 — rompeu antigos paradigmas e passou a tratar deste instituto como medida efetivamente cautelar, uma vez que a lei magna estabelece “*claro programa político em favor de um sistema democrático e republicano de governo(arts. 72 e 82), mediante o qual se reconhecem e garantem um conjunto de*

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo(UPF-RS- Brasil), Doutorando em Ciência Jurídica(UNIVALI-SC-Brasil), Mestre em Ciências Criminais(PUC-RS-Brasil), Especialista em Direito Penal(UNISINOS-RS-Brasil).

direitos fundamentais que são inerentes ao ser humano”². Importante lembrar, com LUIGI FERRAJOLI, que se no momento do cometimento do crime a parte mais fraca é a vítima, quando do momento processual (e neste caso no prisional acautelador) o mais débil é o acusado, que nesta situação deve ter a proteção legal de todas as suas garantias individuais e a observância a todos os princípios a ele assegurados³.

Neste breve articulado, optamos por fazer breve análise princiológica que deve reger o instituto naquele país, sendo o primeiro o devido processo legal. Nesse quesito os arts. 2, 85 e 93 do Código Penal Uruguaio apontam para a necessidade de *nulla poena sine iudicio*.

Assim, a resposta estatal só pode ser admitida perante um juízo prévio, o que se considera verdadeira condição objetiva de punibilidade. É o que se definirá mais adiante como *necessidade*. E necessário deve sempre ser para se decretar a prisão provisória de alguém, já que se exige constitucionalmente a fundamentação dessa decisão pelo magistrado.

O princípio do estado de inocência merece igual destaque, uma vez que a prisão preventiva deve ser calcada em fundamentos objetivos como *a presença do imputado, o perigo de frustração do processo e da sanção através da obstaculização do mesmo ou ainda de sua fuga. Em resumo, a prisão preventiva deveria ter como objeto apenas a finalidade instrumental de garantir o processo, e eventualmente sua consequência natural, qual seja, a imposição de pena no caso de condenação*.

E na linha de que a prisão preventiva é uma medida cautelar e não punitiva, *não cabe dúvidas que este pensamento se reforça no novo Código nos arts. 224 a 226, “se reafirmando este caráter instrumental ao estabelecer como requisitos para a sua imposição à existência de*

² LÓPEZ, Ricardo Perciballe. *Estudios sobre El Código del Proceso Penal: y Estándares Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pág. 125.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, pág. 335.

elementos que permitam inferir que o imputado tentará fugir, ocultar-se ou atrapalhar de qualquer maneira a investigação”⁴.

Também é importante destacar a nítida inovação trazida pelo art. 223, quando define que “*em nenhum caso a prisão preventiva será de aplicação preceptiva*”. Assim, acaba-se por derrogar tacitamente todas as normas relacionadas com a anterioridade, ou seja, que obrigavam ao juiz dispor da prisão preventiva quando as circunstâncias legais ocorressem. ALEJANDRO ABAL OLIÚ ensina: “*com esta expressão se está estabelecendo que, agora em diante, não existirá nenhum pressuposto de processo penal em que necessariamente deva o juiz dispor da prisão preventiva do imputado. (...) em todos os casos, a prisão preventiva já não dependerá nem do tipo do delito, nem da gravidade - e da presumível pena -, nem de qualquer outra predeterminação*”⁵. Neste contexto o N.C.P.P. reconheceu implicitamente o caráter excepcional que deve conter o instituto cautelar, bem como também o fez no art. 224, quando reafirma o caráter facultativo uma vez que “*o tribunal poderá decretar a prisão preventiva do imputado*”. É de se notar que esta ideia é reforçada pelo art. 225 ao prever que “*se entenderá que a prisão preventiva resulta indispensável para o êxito da investigação quando exista suspeita grave e fundada de que o imputado pode a obstaculizar mediante a destruição, modificação, ocultação ou falsificação de elementos probatórios, ou quando exista a presunção de que poderá induzir coimputados, testemunhas, peritos ou terceiros, a fim que declarem falsamente ou se comportem de maneira desleal ou reticente*”. Nesse passo é de se considerar que não é qualquer indício investigativo que poderá embasar a medida extrema, uma vez que a norma exige que seja grave e fundado. Portanto, relevantes e ostensivos. Assim, não basta que o Ministério Público apenas solicite a aplicação da medida, e sim que o pedido esteja fundado em elementos

⁴ LÓPES, Ricardo Perciballe. *Estudios sobre El Código del Proceso Penal: y Estándares Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pág. 128, 129 e 131.

⁵ OLIÚ, Alejandro Abal. *La Prisión Preventiva en el nuevo Código del Proceso Penal*. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pág. 10.

objetivos e seguros, que permitam ao judiciário ter segurança de que o imputado tentará opor obstáculos à instrução.⁶

Problema maior é quando nos deparamos com a presunção de tentativa de fuga, ocultação, ou qualquer outra forma de inconveniência à investigação, conforme teor do art. 224.1. GONZALO D. FERNANDEZ critica a opção legislativa ao dizer que o N.C.P.P. *exige apenas “elementos de convicção suficientes para presumir” tais eventos. Vale dizer, não se exigem elementos comprobatórios, e sim apenas meios conjunturais “para presumir” a ocorrência de inconveniência, fuga ou ocultação. Considerando então que a prova de presunções equivale a “tomar por certo um fato antes que se prove”, a exigência é um standard mínimo. Assim, portanto, o “presumir” alcança o grau de mera suspeita, sem necessidade de verificação processual alguma de tais perigos para impor a prisão cautelar. A frouxidão desta carga probatória, põe em relevo, uma vez mais, a sobrevivência da cultura inquisitiva que resiste a desaparecer*.⁷ Além disso, a teor do art. 224.2 os valores de presunção são ampliados também para o reiterante (que possui condenação não definitiva) e o reincidente (já com trânsito em julgado), ambos em fatos anteriores, consagrando a odiosa definição de periculosidade presumida e o *bis in idem*. Neste ponto o desrespeito constitucional ao art. 15 da Magna Carta é nítido, uma vez que não se pode admitir o discurso de alarma social como fundamento de decreto prisional cautelar.

Quando se tenta fundamentar a prisão preventiva na periculosidade do acusado os absurdos são latentes. Evidente que ao se fundamentar na subjetividade destes elementos, se está antecipando a culpabilidade do agente, eis que se admite que o sujeito efetivamente cometeu aquele crime e desde já se está aplicando a pena, — decorrendo disso absurda presunção de reincidência —, já que se estaria prendendo a fim de se evitar o cometimento de novos crimes. É de se referir também que

⁶ LÓPEZ, Ricardo Perciballe. *Estudios sobre El Código del Proceso Penal: y Estándares Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pág. 132.

⁷ FERNANDEZ, Gonzalo D. Notas sobre Proceso Acusatorio y Prisión Preventiva. In *Estudios sobre El Nuevo Proceso Penal*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pág. 215.

nítida influência se tem do abominável direito penal do autor, em detrimento do ideal direito penal do fato, por se buscar punição antecipada, baseada na *biografia do acusado* e não dos fatos a ele imputados.

Tratando sobre o tema, uma vez mais GONZALO D. FERNANDÉZ aponta que “*a partir da realização do fato punível em si mesmo, sem a causa de difusão jornalística feita pelos meios de comunicação de massa, o real e o concreto é que uma prisão preventiva aplicada com base no alarma social, encampa equivocadamente uma finalidade geral da pena*”⁸. Aliás, estas legislações propagandeadas como a pronta e precipitada resposta estatal às pressões momentâneas, acabam por sacrificar direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Também convém ressaltar o desserviço que a mídia faz ao tratar da dramatização da violência, — o que pressiona indelevelmente as reformas processuais penais em nosso continente. Neste ponto, como já tivemos oportunidade de sustentar, a imprensa tem o dever e o direito de dar a informação, mas não pode (como comumente ocorre) antecipar o julgamento público de qualquer cidadão⁹. A verdade é que na maioria dos veículos a preocupação muito mais é de valorizar o espaço publicitário, — envergado pelo sensacionalismo desmedido —, do que necessariamente informar.

Nesta mesma linha de entendimento, mais uma vez tem razão LUIGI FERRAJOLI quando afirma que a prisão preventiva acaba por servir como meio de defesa social e não de necessidade processual. Diz ele; “*primeiro se castiga, depois se processa, ou se castiga processando*”¹⁰. Não resta dúvida que a prisão preventiva inadequadamente decretada constitui-se em antecipação de culpa, tentando atingir as finalidades de prevenção geral (dirigida a toda a comunidade) e a prevenção especial (dirigida ao preso), institutos próprios do direito material, que aqui se vislumbram inadequados por nem sequer possuímos

⁸ FERNANDÉZ, Gonzalo D. *Op. Cit.*, pág. 210

⁹ PEREIRA NETO, Luiz Fernando. O Princípio do Estado de Inocência e sua Violação pela Mídia. In: *Anais Congresso Internacional de Ciência Criminais*, II Edição 2011, PUCRS. http://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

processo, uma vez que a teor do art. 230 do N.C.P.P, “*a solicitação da prisão preventiva deverá ser formulada pelo Ministério Público na audiência de formalização*”.

Para o autor uruguaio antes citado, “*a pretendida satisfação de alarma social é o fundamento mais esqualido e indelével da prisão preventiva, talvez o pior de todos, porque o clamor público termina sendo um proteus cada vez mais exigente nas nossas sociedades “securitizadas”, governadas pelo axioma ascendente do “in dúbio, pro societate.(...) já não se tem um objetivo cautelar, quando se aponta para a defesa social e, dado que implica uma pena antecipada com caráter cautelar, é um preceito inconstitucional. Claramente se infiltra a eterna ideia de defesa social, a uma presunção de periculosidade criminal do imputado, que excede toda necessidade cautelar e não se concilia às finalidades estritamente processuais. Vale dizer, se serve de pretexto de estrita necessidade para o juízo, aqui se cola a um propósito de prevenção de riscos extra-processuais, ligada a prevenção geral própria da pena(e estranha ao encarceramento provisório), que outra vez desvia o instituto da prisão preventiva de seus trilhos naturais, para terminar ajoelhando-se ante o altar da segurança geral. Se trata, em suma, de uma regressão inquisitiva antagônica ao modelo acusatório de processo, que põe em destaque como a inquisitio resiste bater em retirada. Há que se assumir, não obstante, que a imposição de prisão provisória deve se valorar e administrar como recurso de extrema ratio, se quisermos evitar o fantasma do “preso sem condenação”, que tem sido a mácula cotidiana do processo penal”¹¹.*

Ponto importante foi a opção do legislador uruguaio em auto limitar seu poder punitivo em matéria de privação de liberdade cautelar ao delimitar prazo máximo quantificado à prisão preventiva, à luz dos acordos internacionais de direitos humanos. Isto nota-se na importante inovação trazida pelo art. 235.1 b quando prevê a cessação da medida quando “*houver transcorrido mais de dois anos contados desde o momento efetivo da privação de liberdade sem que se haja oferecido*

¹¹FERNANDÉZ, Gonzalo D. Notas sobre Proceso Acusatorio y Prisión Preventiva. In: *Estudios sobre El Nuevo Proceso Penal*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pág. 211 e 217.

acusação”, o que conforme reza o art. 268 ocorre de forma quase imediata à formalização do processo e obviamente antes da produção probatória, ou seja, no máximo em 30 dias após a formalização do processo.

Interessante apontar que a Comissão Reformista havia inicialmente indicado o prazo máximo de três anos, o que o próprio legislador optou por reduzir para dois anos, inspirado pela lei argentina n. 25.430/2001.¹² Assim, ao atender-se garantia individual ao prazo razoável de duração processual, cessados os limites ensejadores, *não se requererá a solicitação das partes, pois o juiz ex officio, deverá ipso facto colocar o imputado em liberdade*¹³. Ainda assim, a crítica ao instituto agora reformado continua forte na doutrina uruguaia principalmente em relação às demais alíneas do analisado art. 235 (limite temporal), mesmo em comparação com alguns pontos da antiga lei. GONZALO D. FERNANDÉZ é tópico ao dizer que *“sob o ponto de vista jurídico, sem dúvida a prisão preventiva constitui uma aberração, um vício redibitório do processo penal inquisitivo. Não obstante, paradoxalmente (e excluídas as hipóteses de pessoas inocentes que terminavam reconhecidas como tais por sentenças absolutórias), o antigo regime processual era mais benigno ao imputado, pois lhe impunha menos tempo de encarceramento. Isto por que ao se sustentar a necessidade imperiosa de precaver ou resguardar a prova do juízo, assim como de evitar o risco de frustração do processo, se encobre retoricamente uma contundente e irrefutável falsidade. Desta forma, sob o pretexto de eliminar a multidão de presos sem condenação (que tampouco poderiam se anular por completo), o sistema do N.C.P.P. é mais repressivo e contribui para endurecer ou prolongar o tempo de*

¹² A Lei 25.430/2001 estabeleceu: Substitua-se o artigo 1 da lei 24.390, pelo seguinte: Artigo 1 – A prisão preventiva não poderá ser superior a dois anos, sem que haja havido sentença. Não obstante, quando a quantidade de delitos atribuídos ao processado ou a evidente complexidade da causa tenham impedido o andamento da mesma no prazo devido, esta poderá ser prorrogada por mais um ano, por decisão fundamentada, que deverá ser comunicada imediatamente ao tribunal superior que corresponde, para seu devido controle.

¹³ LÓPES, Ricardo Perciballe. Estudios sobre *El Código del Proceso Penal: y Estándares Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pág. 147.

*permanência de quem resulta condenado. Finaliza o autor que como conclusão conexa cabe coligir que este maior tempo de estadia na prisão dos condenados vai voltar a disparar a superpopulação carcerária, que já a esta altura resulta difícil, senão impossível de administrar.*¹⁴

Portanto, considera-se que o novo diploma legal impõe ser a prisão preventiva subsidiária, provisional e proporcional. Deverá ser considerada subsidiária por que se encontra regulada no Código posteriormente às medidas cautelares diversas da prisão, assim se entendendo a *ultima ratio* das medidas cautelares. Provisional, por que segundo o que dispõe o art. 233, *se poderá revogar ou substituir a prisão preventiva, toda vez que tenham desaparecido os pressupostos em que se tenha fundado sua imposição.*” Portanto, manter-se a cautelar nestes casos, seria ato arbitrário e ilegal.¹⁵ E proporcional, ao que orientam os arts. 233 e 229, por que em todos os casos em que se puder vislumbrar a probabilidade de aplicação de pena não privativa de liberdade, também não deve o juiz decretar a prisão preventiva.

Com AURY LOPES JÚNIOR, pensamos que o caminho ideal é a utilização do processo como o instrumento necessário e legítimo para se impor a pena, porém o utilizando como mecanismo de resguarda contra atos abusivos e/ou arbitrários do Estado. Ensina o processualista brasileiro que *“existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena. Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena.*¹⁶

¹⁴ FERNANDÉZ, Gonzalo D. Notas sobre Proceso Acusatorio y Prisión Preventiva. In: *Estudios sobre El Nuevo Proceso Penal*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pág. 209 e 210.

¹⁵ LÓPES, Ricardo Perciballe. *Estudios sobre El Código del Proceso Penal: y Estándares Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pág. 133.

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 32.

A questão é que o bom juiz, em qualquer sistema processual penal, cria soluções equilibradas e pautadas pela ordem constitucional vigente, mas o mau juiz, a este cabe “engessamento legal” infelizmente só possível diante de verdadeira reforma processual penal, como fez o vizinho país platino. Mas não se olvide que a modificação de codificações, por si só, não leva ao câmbio de sistemas. É preciso mudar-se a mentalidade inquisitória, há tanto tempo arraigada nas leis e mentes latino-americanas, de maneira que nos afastemos do autoritarismo. E aqui também é ponto de reflexão: quando se tratar de decisão judicial que restringe a liberdade do acusado, mesmo que contra si não haja sido apurada culpa, mesmo que constitucionalmente o acusado ou até mesmo o investigado possua o direito de ser investigado ou responder o processo em liberdade, deve-se analisar se o arbítrio não está a superar o saber, caracterizando por certo a banalização da prisão preventiva pela tentativa de rápida e indevida resposta social.

Aqui não se está a sustentar a exclusão da possibilidade de se prender preventivamente um indivíduo, até por que a própria Constituição Uruguaia autoriza tal modalidade de cerceamento de liberdade, no entanto, que se aplique apenas em casos excepcionais. Admitir-se que alguém seja preso cautelarmente, antecipadamente, tendo por base a nosso sentir elementos de insegura ou impossível definição, na verdade se está consagrando o que a Alemanha nazista inseriu como forma de prender sem maior necessidade de fundamento jurídico. EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI aponta com razão que *“com frequência aparecem “novidades” em matéria penal, as quais são invariavelmente a reiteração de velhas especulações, mais ou menos atualizadas com novas palavras, porém nossa perda de memória nos permite aceitá-las como modernas”*. E com este propósito, lembra o objetivo espúrio trazido pela doutrina penal nazista sobre a prisão preventiva logo que o nacional-socialismo toma o poder: *“Conforme o direito vigente, a prisão preventiva serve apenas para evitar o perigo de fuga do inculgado ou de que destrua provas, no futuro (como prisão preventiva profilática) também terá como objetivo a proteção da comunidade frente aos fatos que o inculgado poderia cometer em liberdade ou frente ao*

risco de quebra da ordem pacífica do povo de qualquer forma”¹⁷. A semelhança dos institutos em sua gênese é impressionante. No Brasil tal abuso legal está insculpido nos hipóteses subjetivas e autoritárias trazidas pelo art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, tão bem trabalhadas por autores como JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO e FAUZI HASSAN CHOUKR¹⁸. Evidente que a insustentável garantia da ordem pública não pode continuar tendo assento, bem como garantia a ordem econômica, jamais se utilizando desse expediente para retirar a liberdade de quem quer que seja. A propósito, quanto ao dito fundamento da garantia da ordem pública não se pode atribuir conceito preciso, permitindo-nos manuseio ao juiz inquisidor, que ante a impossibilidade de adequar a segunda metade do art. 312, utiliza-se da ambigüidade de tal expressão para cercear a liberdade do acusado.

A questão é que LUIGI FERRAJOLI afirma ser ilegítima e inadmissível toda a prisão decretada antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, já que feriria fatalmente o estado de inocência, e mesmo parecendo algo contrário aos primados garantistas o fato é que em casos excepcionais e absolutamente necessários (como é caso de perigo de fuga cabalmente demonstrado e adulteração de provas, por ex.) para o processo pode ser admitida¹⁹.

Dito tudo isto, reconhecendo a extraordinária evolução do instituto cautelar a partir da reforma processual penal no Uruguai, ainda assim nos autorizamos a concluir que a prisão preventiva: continua a atentar o estado de inocência ao prestigiar presunções subjetivas; viola o

¹⁷ ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Doctrina Penal Nazi*. Buenos Aires: EDIAR, 2017, págs. 108, 272 e 278. A transcrição reproduz a proposta de AUGUST SCHOENTENSACK, RUDOLF CHRISTIANS e HANS EICHLER, *Grundzüge eines Deutschen Strafvollstreckungsrechts*, Akademie für Deutsches Rechts, Berlin, 1934, pág. 122.

¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson. Lei 12.403/11: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 19, no 223, junho/2011.; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: comentários à lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Escritos sobre Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2014, Vol. 1, pág. 71; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, P. 555

devido processo legal em virtude da atitude arbitrária ante a inexistência de motivos verdadeiramente cautelares e atinge sensivelmente o contraditório e a ampla defesa pela impossibilidade de contraposição a argumentos vagos e imprecisos em tais decretos.

Portanto a limitação ao poder se impõe através da observância às bases principiológicas no exame do decreto da prisão preventiva, e tais medidas existem exatamente para que o processo penal possa atingir sua finalidade qual como instrumental do direito penal material, mas sempre atento à conformidade a seu requisitos maiores: a fumaça do cometimento do delito e seu fundamento, o perigo em manter alguém em liberdade e ainda ter sempre presente a extrema e comprovada necessidade de cercear a liberdade de alguém.

O problema por nós já constatado é a tentativa de trazer institutos de direito material para o processo(instrumental) tornando a preventiva violadora de vários princípios constitucionais mesmo que implícitos. É tempo de se redescobrir a prisão preventiva sob o viés constitucional em todo o continente latino-americano, tanto lá quanto cá, evitando-se talvez a maior forma de violência contra o cidadão, a surda, a muda, a estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHOUKR, Fauzi Hassan. Medidas cautelares e prisão processual: comentários à lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011

COUTINHO, Jacinto Nelson. Lei 12.403/11: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 19, no 223, junho/2011.

FERNANDÉZ, Gonzalo D. Notas sobre Proceso Acusatório y Prisión Preventiva. In Estudios sobre El Nuevo Proceso Penal. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

_____. Escritos sobre Derecho Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2014, Vol. 1.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÓPES, Ricardo Perciballe. Estudios sobre El Código del Proceso Penal: y Estándares Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

OLIÚ, Alejandro Abal. La Prisión Preventiva en el nuevo Código del Proceso Penal. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

PEREIRA NETO, Luiz Fernando. O Princípio do Estado de Inocência e sua Violação pela Mídia. In Anais Congresso Internacional de Ciência Criminais, II Edição 2011, PUCRS. http://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf

ZAFFARONI, Raul Eugênio. Doctrina Penal Nazi. Buenos Aires: EDIAR, 2017.

O CONTROLE DA PRISÃO PREVENTIVA NO SISTEMA REFORMADO URUGUAIO: MUDANÇAS E LIMITES NA PASSAGEM AO MODELO ACUSATÓRIO

Rodrigo Fernandes da Silva¹

Nas chaves de interpretação propostas por Leonel González Postigo (2018), a experiência de reforma dos sistemas de justiça na América Latina pode ser compreendida a partir de três etapas históricas distintas, demarcadas segundo os contextos políticos de transição dos modelos de administração da justiça criminal ocorridos nas últimas três décadas na maior parte dos países da região.

O primeiro destes movimentos é fortemente identificado com a superação dos regimes de exceção e com a tentativa de redefinição das instituições nos termos do Estado Democrático de Direito, a partir dos anos 1980. No campo dos sistemas processuais, significou, de um lado, o esforço de abandono de uma tradição fundada na escrituração e no segredo, com base na adoção da oralidade como metodologia para a tomada de decisões, e, de outro, a separação entre as funções de investigação, acusação e julgamento².

A consolidação destes modelos implicou, posteriormente, no aparecimento de novos problemas, gerando a conscientização da necessidade de transformação de práticas, como decorrência da constatação da

¹ Mestre em Direito pela UERJ, Professor de Direito Processual Penal – UFF-VR e UBM, Advogado

² Neste sentido: “O que antes era uma concentração de funções na figura do juiz de instrução passa agora a ser distribuído entre acusadores (...) e defensores (...). Por outro lado, nesta primeira geração de mudanças, estabelece-se como critério determinante o julgamento oral, isto é, mediante um julgamento oral e público realizado perante juízes profissionais ou, em uns poucos casos, diante de jurados.” (BINDER, 2018, p. 64)

complexidade do processo de transição, não constituído sobre “tábula rasa”. Neste momento, vislumbrou-se a necessidade de tornar efetivas as audiências orais a partir da gestão do sistema, ampliando-se, ainda, sua realização às etapas preliminares. Por fim, atualmente, outros problemas se colocam no âmbito da atuação do Ministério Público; do controle das medidas alternativas à prisão; da implementação da oralidade na fase recursal; do sistema de julgamentos por jurados; e no monitoramento das reformas (POSTIGO, 2018, p. 19-25).

Por razões distintas, os caminhos dos movimentos de reforma parecem, assim, orientados segundo demandas inicialmente impulsionadas pela associação entre os regimes autoritários experimentados na região e os modelos de justiça criminal construídos historicamente a partir de uma tradição inquisitória secular, exprimida, em síntese, por uma organização verticalizada, um procedimento burocrático, despersonalizado, secreto, escrito, perpetuado por uma cultura formalista, ritualista e fundada no trâmite (BINDER, 1996).

As reformas podem ser entendidas, desse modo, sob três perspectivas: político-criminal, tomadas como políticas de longo prazo (BINDER, 2018, p. 47-48); histórica, já que associadas à crítica e repulsa ao sistema inquisitório; e sistêmica, pois os sistemas processuais integram os sistemas gerais de intervenção do Estado sobre os conflitos sociais, formando, assim, modelos de controle social (BINDER, 1996, p. 139-140).

Já nos anos 1990, no contexto daquele primeiro ciclo de reformas, Binder (1996, p. 138) observava que os processos regionais de mudança dos sistemas de justiça na América Latina decorriam de um movimento que poderia ser lido como unitário, pois, ainda que desenvolvido em graus distintos, era identificado pela resposta a problemas políticos e culturais comuns, próprios das tradições inquisitórias da região. Essa unidade teria permitido a cooperação entre os países em seus processos de reforma, desencadeados em momentos diferentes.

A importância dessa contribuição, através do intercâmbio de informações e reflexões dos diferentes modelos é evidente no caso do Uruguai, último país latino-americano (à exceção do Brasil e do sistema

federal argentino, em que a reforma não se concretizou) a implantar um sistema processual de base acusatória.

Durante a experiência em Montevideu, ficou claro que o Uruguai está construindo sua transição mediante um esforço complexo, marcado pelo diálogo com atores que vivenciaram as experiências dos demais países da região ou que desempenharam papel decisivo na promoção desses processos, como o próprio Prof. Alberto Binder. A perspectiva de mudança projetada a partir do contato com os modelos dos demais países parece ter sido um fator de mobilização que permitiu a adesão dos atores envolvidos ao processo de transformação, principalmente dos juízes.

Diferentemente do Chile, o vizinho latino-americano possuía maiores limitações materiais à implementação do novo sistema, tornando decisivo, durante o processo de discussão política e no momento posterior à aprovação do projeto pelo Parlamento, em 2014, o engajamento de magistrados (que operavam de acordo com o sistema fundado no Código de 1980 e que, portanto, ainda trabalhavam sob a lógica inquisitória) às pretensões de reconfiguração das práticas a partir de um novo marco legal.

A própria concretização da reforma e a vigência da Lei 19.293, que estabeleceu o novo Código de Processo Penal uruguaio, parece ser um indicativo desses esforços, na medida em que as iniciativas de alteração legislativa anteriores tinham sido frustradas³ ou consubstanciaram obstáculos à reforma global, havendo resistência dos próprios integrantes do Poder Judiciário. Segundo Reyes (2018)⁴, inicialmente, poucos juízes eram adeptos à mudança, mas tanto a constituição de uma comissão composta por representantes de diferentes setores vinculados ao sistema de justiça⁵ quanto a aprovação do projeto, levaram

³ A lei 16.893 de 1997, que promovia alterações no Código de 1980 teve sua vacância prorrogada e nunca entrou efetivamente em vigor (CAMPOS; QUINTANA, 2018, p. 7)

⁴ Informação verbal apresentada por Alberto Reyes em conferência durante o curso sobre o Novo Código de Processo Penal Uruguaio, em 15 de novembro de 2018.

⁵ Segundo GATTI (2018, p. 105-106), a Comissão foi designada a partir da Lei 17.897 de 2005 e era formada por um presidente oriundo do Poder Executivo, por membro da Suprema Corte de Justicia, da Fiscalía, e por representantes da Universidade de la República, da Asociación de Magistrados Judiciales, de Magistrados Fiscales, da Asocia-

à adesão desses agentes e à compreensão da necessidade de alterações das práticas, o que reforçou o intercâmbio de experiências com atores de outros países, fundamentalmente por meio da capacitação.

Nos processos de reforma dos sistemas latino-americanos, a interpretação das mudanças normativas e dos esforços de modificação das práticas pode ser bem compreendida a partir da leitura das transições ocorridas quanto ao tema da prisão preventiva. Se o redesenho das estruturas do processo penal estava fortemente impregnado pela ideia de maximização dos direitos e garantias, a reorientação do papel da prisão provisória ocupou lugar central nas discussões sobre os sistemas. Afinal, boa parte da crítica à violação dos tratados internacionais atribuída ao modelo processual até então adotado possuía ligação com a matéria, e o uso da prisão preventiva era visto como um dos tradicionais problemas do funcionamento dos sistemas de justiça (DUCE; FUENTES; RIEGO, 2009, p. 14).

É verdade que, embora tenham sido reduzidos nas últimas décadas, os índices de encarceramento fundado em prisões provisórias, mesmo nos sistemas reformados, ainda são elevados. Por isso, é correto dizer que “não foi possível construir uma política reducionista que seja consistente e de longo prazo” (POSTIGO, 2018, p. 86). Mesmo as tentativas de confinamento da prisão às hipóteses de necessidade de garantia da prova do juízo e de redução dos riscos de frustração do processo podem enfrentar dificuldades decorrentes da naturalização do instituto no seio da tradição inquisitiva.

Além disso, a pretensão de redução e racionalização acaba por legitimar um instituto permeado pela “antinomia irresolúvel que existe entre a presunção de inocência e a imposição da prisão preventiva”⁶ (FERNÁNDEZ, 2017, p. 206). Segundo Gonzalo Fernández (2017, p. 219), paradoxalmente, a concretização das expectativas reformadoras também possui o potencial de reforçar e incrementar o problema do encarceramento que atinge toda a região, ampliando o controle com o

ción de Defensores de Ofício, do Colegio de Abogados del Uruguay, Da Asociación de Funcionarios Judiciales e de Actuários Judiciales.

⁶ Tradução livre de “antinomia irresoluble que media entre presunción de inocencia e imposición de prisión preventiva”.

aumento da imposição de penas, principalmente no contexto de prevalência da resolução dos casos por mecanismos de negociação, como ocorre nos *juicios abreviados*.

Fato é que, apesar das alterações ocorridas nos regimes legais e dos esforços de crítica e construção jurisprudencial e teórica de limitação ao uso da prisão, “a lógica imperante nos sistemas de justiça criminal continua respondendo a uma matriz de corte inquisitiva na qual a prisão preventiva se erige como a regra” (POSTIGO, 2018, p. 90).

A oralidade desempenha, nesse sentido, um papel importante como um dos mecanismos contra culturais de “reversão de práticas concretas ou de estímulo de práticas adequadas” (BINDER, 2017, p. 53), promovendo impactos no desafio de redução do emprego da prisão cautelar. A audiência oral é, portanto, um método idôneo para a garantia de produção de informação que proporcione a análise concreta sobre a proporcionalidade pelo juiz de garantias. Por isso é que, segundo Postigo (2018, p. 98-99), o reforço da oralização nas etapas de controle das medidas cautelares, adotado nos últimos processos reformados, resultou na racionalização do uso da prisão.

A experiência das reformas na América Latina demonstra, de fato, que a adoção de uma metodologia fundada na oralidade para o controle de detenção é um componente essencial para o funcionamento do sistema. Na segunda etapa de reformas, a demanda pela implementação de um sistema de audiências orais e públicas nas etapas preliminares ao *juicio oral* indicou a importância de o controle da prisão acompanhar essa lógica, de modo a garantir a eficácia dos julgamentos. Essa metodologia se revelaria importante aos discursos de racionalização do uso das medidas cautelares pessoais.

Nos modelos implementados naquele primeiro ciclo de reformas na região, independentemente da concretização do *juicio oral*, o controle das prisões cautelares se estruturou sobre a lógica do trâmite (BINDER, 2018, p. 12), de base escriturada, própria da tradição inquisitória que se buscava superar. À manutenção deste modelo “burocrático” poderia ser atribuída a perpetuação da centralidade da prisão preventiva, que, na prática, acabava por esvaziar a própria fase de julgamento por audiências orais (POSTIGO, 2018, p. 20), já que, em certa

medida, a prisão provisória ainda conservava características de antecipação de pena, tomando o lugar da sanção eventualmente aplicada (RIEGO, 2017, p. 108-109). Além disso, o choque de práticas demonstrou-se também neste plano. Segundo BINDER (2017, p. 70):

a prisão preventiva, que tinha sido foco de graves críticas nos sistemas inquisitoriais pré-reforma, demonstrava ser uma instituição resistente enquanto se apoiava em dimensões muito fortes da prática do sistema.

Houve, assim, a percepção de que, inclusive nas etapas preliminares, o controle da prisão por audiências orais, nas quais a decisão é precedida por debates entre o ministério público e a defesa (VIERA, 2017, p. 135-136), é fundamental na consolidação da pretendida função exclusivamente cautelar da prisão preventiva. Não é por outra razão que o sentido apontado pela Convenção Americana de Direitos Humanos é o de que o preso deve ser apresentado ao juiz, estruturando um modelo que assegura um controle efetivo da prisão.

A oralidade, além de uma metodologia que concretiza o próprio sistema de garantias e permite a tomada de decisões de maior qualidade, implica num modelo de desenvolvimento e relação entre as partes que coloca a sala de audiências – e não o gabinete do juiz – como o cenário principal de tomada de decisões (POSTIGO, 2018, p. 26). É, ao mesmo tempo, uma “estrutura de compreensão”, de “construção do processo”, de “legitimidade” e de “absorção” que institucionaliza o conflito assegurando as funções da administração da justiça (BINDER, 1996, p. 144). Se é assim, a prestação jurisdicional, inclusive no controle das cautelares, também deve ser realizada num ambiente de debate oral, que funciona como garantia de “teatralização” (RIEGO, 2017, p. 109).

A reforma do processo penal uruguaio incorporou essa lógica em nível normativo e pretendeu superar a preceptividade que orientava a imposição da prisão preventiva, decorrente da até então prevacente interpretação a *contrario sensu* do art. 27 da Constituição uruguaia⁷.

⁷ Dispõe o art. 27 da Constituição de 1967, modificada em 2004: “Artículo 27.- En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los Jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley” (URUGUAI,

Marcado por uma tradição fundada na inquisitorialidade que naturalizava a prisão preventiva, gerando um quadro de 65 a 70% de presos provisórios, o sistema uruguaio anterior proporcionava que o processo, em si, se tornasse uma “anedota” (VIERA, 2017, p. 142).

No Código reformado, a disciplina normativa da prisão preventiva veio tutelada a partir do art. 223 do novo CPP, que, já em seu art. 4º, consagra a presunção/ estado de inocência em sua dimensão de regra de tratamento, proclamando que “nenhuma pessoa a quem se atribua um delito deve ser tratada como culpada, enquanto não se estabeleça sua responsabilidade por sentença executada” (URUGUAI, 2017). Reflete, assim, o que dispõe o art. 20 da Constituição⁸.

Assim é que, além da consagração da oralidade pelo art. 12, o art. 217 do CPP uruguaio observou a regra de inequivalência, consistente no “rechaço de qualquer assimilação entre o instituto cautelar (prisão preventiva) e o substantivo (pena), seja qual for o ângulo pelo qual se observe esta relação”⁹ (PUPPO; TOMMASINO, 2018, p. 94). A lei passou a dispor que o imputado deve ser tratado como inocente e que a prisão preventiva “em nenhum caso poderá adquirir características de pena” (URUGUAI, 2017).

O debate sobre a interpretação do art. 27 da Constituição foi aparentemente resolvido com a expressa proibição trazida pelo novo art. 223 do CPP, segundo o qual “em nenhum caso a prisão preventiva será de aplicação preceptiva”. Impôs-se, assim, a adequação da prisão, sob o modelo acusatório, às diretrizes apontadas pela CADH e pelas

2004). Com base nesse preceito, cuja interpretação era conjugada ao Código de Processo Penal de 1980, entendia-se que a imposição de decretação da prisão preventiva, pois “en toda causa criminal de la cual pudiese resultar una pena de penitenciaria, el imputado debe ser reducido a prisión preventiva desde un comienzo. En tales supuestos se alega que ni siquiera es viable la excarcelación ulterior y que el reo debe aguardar bajo sujeción física y privado de libertad ambulatoria toda la sustanciación del proceso” (FERNÁNDEZ, 2017, p. 212).

⁸ “Artículo 20.- Quedan abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones, sobre hecho propio; y prohibido el que sean tratados en ellas como reos.” (URUGUAI, 2004)

⁹ Tradução livre de: “el rechazo de cualquier asimilación entre el instituto cautelar (prisión preventiva) y el substantivo (pena), sea cual sea el ángulo bajo el cual se mire esa relación”.

decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reforça seu caráter cautelar e, portanto, meramente assecuratório. A opção pela não preceptividade indica que:

se produziu um giro copernicano em relação à legislação anterior sobre prisão preventiva, que como consequência do jogo de distintas disposições legais (hoje derogadas de forma tácita) terminavam por consagrar a prisão como primeira e mais importante das medidas cautelares (...) transformando-se em uma pena antecipada de fato¹⁰ (VIERA, 2017, p. 140)

A excepcionalidade do uso da prisão preventiva, reduzidas as hipóteses de seu cabimento, se reflete também sobre a necessidade de construção de mecanismos de controle adequados. Por isso mesmo, a decretação e controle da prisão devem ser realizados em audiência oral, via de regra na audiência de *formalización de investigación*, ato sem o qual a cautelar não pode ser imposta.

Desse modo, é durante a realização da audiência que o juiz analisa o cabimento da medida, a pedido do Ministério Público, desde que, observados os requisitos cautelares de sua decretação, seja garantido o controle, pela defesa, da *carpeta de investigación* a ser apresentada¹¹. Segundo o art. 266.6 do CPP uruguaio, é possível, ainda, a produção de prova em audiência a pedido da defesa.

Como se vê, a reforma pretendeu estabelecer que, no marco acusatório, todas as questões se “suscitam, debatem e resolvem em audiência. Obviamente, uma decisão tão importante como a imposição de uma medida cautelar privativa de liberdade pessoal não pode ser resolvida

¹⁰ Tradução livre de: “De este modo, se produce un giro copernicano em relación a la legislación anterior sobre prisión preventiva, que como consecuencia del juego de distintas disposiciones legales (hoy derogadas en forma tácita) terminaban por consagrar a la prisión preventiva como la primera y más importante de las medidas cautelares. (...) se transformara en una pena anticipada de facto”.

¹¹ São requisitos para a decretação da prisão preventiva “concurrência de semiplena prueba de la existencia del hecho y de la participación del imputado y elementos de convicción suficientes para presumir que intentará fugarse, ocultarse o entorpecer de cualquier manera la investigación, o que la medida es necesaria para la seguridad de la víctima o de la sociedad” (FERNÁNDEZ, 2017, p. 214)

de outro modo”¹² (VIERA, 2017, p. 150). Assim é que, observados os princípios da oralidade e publicidade que regem a tomada de decisões no sistema acusatório, a prisão deve ser objeto de debate acerca: do fato e de sua qualificação legal, dos perigos processuais, da necessidade de decretação da prisão em face desse perigo e sua duração (VIERA, 2017, p. 151).

Apesar da importância da alteração legislativa condensada no Novo Código de Processo Penal do Uruguai, sabe-se que não há reforma ou refundação sistêmica possível sem que os atores do sistema mudem também seu “modo de dar sentido às regras ali dispostas em sistema” (COUTINHO, 2018, p. 257).

A virada de mentalidade, que exige mudanças profundas, pode ser compreendida, no entanto, como um processo complexo apreensível apenas a longo prazo e que não depende unicamente dos esforços dos atores envolvidos.

As bases da tradição inquisitória latino-americana foram construídas historicamente, num intrincado contexto de influências decorrentes dos processos de colonização e da força das matrizes autoritárias que gestaram seus sistemas, inviabilizando saídas simples. Daí é que, no caso do Uruguai, assinala Viera (2017, p. 133), “é evidente que 187 anos de vigência de um determinado modelo (...) não pode ter outra consequência que não a instalação de uma série de práticas que conformam uma cultura inquisitiva”¹³.

O uso das ferramentas teóricas fornecidas Bourdieu, marco da interpretação de Binder (2013) sobre o funcionamento dos sistemas de justiça, permite a compreensão de que à conformação desses sistemas correspondem práticas determinadas por certas estruturas condicionantes e condicionadas pelos sujeitos.

¹² Tradução livre de: “se plantean, debaten y resuelven en audiencia. Obviamente, una decisión tan importante como la imposición de una medida cautelar privativa de la libertad personal no puede ser resuelta de otro modo”.

¹³ Tradução livre de: “Es evidente que 187 años de vigencia de un determinado modelo (...) no pudo tener otra consecuencia que la instalación de una serie de prácticas que conformaron una cultura inquisitiva”.

Os agentes do sistema de justiça estão inseridos em campos sociais, que podem ser entendidos como espaços ou microcosmos relativamente autônomos nos quais se verifica a existência de determinadas relações de forças e lutas pela conservação ou transformação de suas próprias estruturas (BOURDIEU, 1989). As lutas em torno dessas estruturas são determinadas pelos agentes e pela dinâmica que envolve os capitais que carregam, repercutindo sobre as práticas, na medida em que estas são, ao mesmo tempo, construídas e construtoras das disposições duráveis incorporadas pelos agentes (BOURDIEU, 2004).

Daí é que todo o movimento de reforma dos sistemas processuais pode ser lido a partir da luta de práticas (BINDER, 2017). Nos esforços de mudança da atuação dos agentes inseridos nos campos próprios dos sistemas de justiça, há um complexo jogo de forças que pode implicar na refração e transfiguração das pressões sobre as estruturas do campo. Por isso, no âmbito da prisão preventiva, tema tão sensível nas discussões sobre os sistemas processuais penais, a superação de práticas próprias dos modelos inquisitórios não necessariamente pode se dar no sentido esperado pelos esforços reformadores.

Parece bastante significativo que a mudança das práticas inquisitoriais seja uma empreitada encampada pela magistratura uruguaia. A análise da dinâmica desse processo de transição, no entanto, não prescinde de pesquisa empírica mais aprofundada. Intuitivamente, o estudo das alterações legislativas e dos movimentos de reforma, tanto quanto a experiência em Montevideu, um ano depois da vigência do CPP, permitem a suposição de que há, ainda, dificuldades a serem enfrentadas no plano do controle sobre a prisão preventiva, desde a efetividade da oralidade até a concretização de uma perspectiva redutora do encarceramento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALCADI, José et. al. *Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideu: Fundación de cultura universitaria, 2018

BINDER, Alberto. *Derecho procesal penal I*. v.1. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013

_____. *Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en America Latina* In Revista Cubana de Derecho, n. 11. Havana: Unión Nacional de Juristas de Cuba, 1996

_____. *El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades* In CAMPOS, S.; POSTIGO, L. G. (Org.); RÚA, G. (Org.). *Código de Processo Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2018

_____. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Tradução: Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989.

_____. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico*. Tradução de Denise Catani. São Paulo: UNESP, 2004.

CAMPOS, Santiago Pereira; QUINTANA, Jaime Arellano. *Presentación* In CAMPOS, Santiago; POSTIGO, Leonel Gonzalez; RÚA, Gonzalo (Org.). *Código de Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2018, p. 5-10

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. SILVEIRA, M. A. N. (Org.) e PAULA, L. C. (Org.). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018

DUCE, Mauricio; FUENTES, Claudio; RIEGO, Cristián. *La reforma procesal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva*. In DUCE, M. (Org.); RIEGO, C. (Org.) *Prisión preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: evaluación y perspectivas*. Santiago: CEJA, 2009

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Notas sobre proceso acusatorio y prisión preventiva*. In BALCADI, José et. al. *Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideú: Fundación de cultura universitaria, 2017. p. 203-220

FRÍAS, Eduardo Gallardo. *Conferencia Inicial del Tercer Mentalidad Inquisitoria* In SILVEIRA, M. A. N. (Org.); PAULA, L. C. (Org.). *Mentalidade Inquisitória e processo penal no Brasil: Estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*, Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018

GATTI, Graciela. *Nuevo Proceso Penal en Uruguay y organización judicial*. In CAMPOS, S.; POSTIGO, L. G. (Org.); RÚA, G. (Org.). *Código de Processo Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2018, p. 105-118

OEA, *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm> Acesso em 03 de janeiro de 2019

OLIÚ, Alejandro Abal. *Antecedentes del nuevo C.P.P.: las iniciativas de codificación procesal penal en Uruguay* In OLIÚ, A. A. (Org.). *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal: Ley n. 19.293 y modificativas y complementaria*. Vol. 1: Montevideú: FCU, 2018. p. 17-2 _____ . *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal. Ley n. 19.293 y modificativas y complementaria*. Montevideú: Fundación de cultura universitária, 2018

POSTIGO, Leonel Gonzalez (Org.) *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Volume II. Santiago: CEJA, 2018

_____. *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017

_____. *Pensar na reforma judicial no Brasil: conhecimento teórico e práticas transformadoras*. Tradução: Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

PUPPO, María Cecilia Gutiérrez; TOMMASINO, Beatriz. *Reconocimiento de la Dignidad Humana y Principio de Inocencia em el CPP* In OLIÚ, A. A. (Org.). *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal: Ley n. 19.293 y modificativas y complementaria*. Vol. 1: Montevideú: FCU, 2018. p. 63-102

RIEGO, Cristian. *La oralidad en la discusión sobre la prisión preventiva* In BALCADI, José et. al. *Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 2017. p. 203-220

URUGUAI. *Código del Proceso Penal – Ley 19293*

_____. *Constitución de la República - 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004*. Disponible em < <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>>. Acceso em 10 de janeiro de 2019.

VIERA, Diego Camaño. *El encarcelamiento cautelar en el modelo acusatorio de Justicia Penal* In BALCADI, José et. al. *Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal: implementación y puesta en práctica*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 2017. p. 133-155