



UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL – UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

Gilberto Jorge Ferreira da Silva

**A AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE
ACESSO À JUSTIÇA PENAL**

Santa Cruz do Sul
2023

Gilberto Jorge Ferreira da Silva

**A AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE
ACESSO À JUSTIÇA PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito. Área de Concentração em Políticas Públicas. Linha de pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Pós-Dra. Fabiana Marion Spengler

Santa Cruz do Sul
2023

Gilberto Jorge Ferreira da Silva

**A AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE
ACESSO À JUSTIÇA PENAL**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós- Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito. Área de Concentração em Políticas Públicas. Linha de pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Pós Dra. Fabiana Marion Spengler
Professora Orientadora-UNISC

Dra. Denise da Silva Bittencourt
Professora examinadora-UNISC

Dr. Maiquel Angelo Dezordi Wermuth
Professor examinador – Membro Externo

Santa Cruz do Sul
2023

CIP - Catalogação na Publicação

da Silva, Gilberto Jorge Ferreira

A AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE
ACESSO À JUSTIÇA PENAL / Gilberto Jorge Ferreira da Silva. –
2023.

142 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz
do Sul, 2023.

Orientação: Profa. Dra. Fabiana Marion Spengler.

1. O conflito e a justiça penal como mecanismo de sua
resolução . 2. Políticas públicas de acesso á justiça. 3.
Possibilidades e limites da audiência por videoconferência. 4.
Política Pública de acesso á justiça penal . 5. I. Spengler,
Fabiana Marion. I. Spengler, Fabiana Marion. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus por permitir chegar até aqui. Agradeço Senhor pela dádiva da vida e por me permitir realizar mais um grande sonho nesta existência. Mais uma vez o Senhor me fortaleceu para chegar ao fim desse desafio.

Agradeço aos meus pais, Guilherme e Ernestina, exemplos de retidão e de caráter e que muito contribuíram para minha formação moral. Agradeço à minha querida esposa, Eliane, de quem me privei da convivência por muitas horas nesse período. Agradeço por todo amor, compreensão e partilha. Uma mão amiga e de incentivo em todos os momentos de minha vida, em especial nessa caminhada. Obrigado por sempre acreditar nos meus sonhos.

Agradeço aos meus queridos filhos, Ana Flávia e Luiz Felipe, de quem também muito me privei nesse período. Nada disso teria sentido se vocês não existissem na minha vida, vocês são o meu maior estímulo nessa caminhada. Amo vocês! Agradeço à minha cunhada, Dorianne Brito, pelo apoio, serei sempre grato.

Minha gratidão especial à Profa. Pós-doutora Fabiana Marion Spengler, minha orientadora, pela pessoa e profissional que é. Agradeço, principalmente, pela confiança depositada e por sempre acreditar em mim ao longo desses dois anos, sem sua orientação nada disso seria possível.

Agradeço à Defensoria Pública do Estado do Acre, pelo apoio despendido para a conclusão desse trabalho, a quem agradeço, em especial, na pessoa da colega Defensoria Pública Geral, Simone Jaques Azambuja Santiago.

Agradeço à amiga, Josiane Cavalcante, pessoa que muito me auxiliou nessa caminhada e a quem sou muito grato. Agradeço, ainda, aos Professores do Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, pelo conhecimento partilhado durante a trajetória. Agradeço aos professores participantes da Banca, pelas contribuições para o enriquecimento do trabalho. Agradeço aos colegas do Mestrado a produtiva troca de conhecimentos. Agradeço aos funcionários da Secretaria pela presteza e acolhimento. Por fim, o meu profundo sentimento de gratidão a todos aqueles que contribuíram para a materialização desse trabalho.

Se o conhecimento estivesse ao alcance da mão e pudesse ser encontrado sem qualquer dificuldade, seria certamente negligenciado. Tudo que é nobre é tão difícil quanto raro.

Baruch de Espinosa

RESUMO

A presente dissertação tem como tema a audiência por videoconferência como política pública de acesso à justiça penal, mecanismo viabilizador da realização de atos processuais mediante a utilização do meio virtual. Para aprofundar o tema tem-se a seguinte problemática de pesquisa: em que medidas as audiências por videoconferência são políticas públicas que possibilitam o acesso à justiça em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa? Como hipótese ao problema proposto, acredita-se que a utilização dos meios eletrônicos, em especial a videoconferência, em muito tem contribuído para facilitar o acesso à justiça, pois é política pública viabilizadora da realização de audiência e demais atos processuais, garantindo plenamente aos cidadãos os direitos constitucionalmente assegurados. Para que fosse possível responder o problema de pesquisa, definiu-se como objetivo geral: analisar a utilização da videoconferência como política pública de acesso à justiça, compreendendo as possibilidades e limites de seu emprego em conformidade com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, enfatizando os impactos positivos e negativos do uso de tal mecanismo no âmbito do processo penal. No intuito de desenvolver a pesquisa, o método de abordagem é o dedutivo, que pode ser compreendido como aquele que parte de argumentos gerais para o de cunho particular, e como técnica de pesquisa a bibliográfica. O trabalho desenvolvido se ajusta à linha de pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, vinculadas diretamente às pesquisas realizadas pela professora orientadora dessa dissertação. A temática demonstra importante relevância social e científica, visto que trata de tema relevante, pois evidente a necessidade de uma maior eficiência administrativa e operacional do Poder Judiciário numa perspectiva de que seja mais célere a tramitação processual, bem como propiciar uma análise acerca da preservação dos direitos e garantias fundamentais ao cidadão. Considerando os resultados obtidos, conclui-se que as audiências de videoconferência viabilizam uma tramitação processual mais célere e uma significativa redução de custos ao Poder Judiciário, bem como foram fundamentais quando do ápice do período pandêmico. Entretanto, faz-se necessário a criação de políticas públicas efetivas que assegurem o acesso virtual indistintamente e de qualidade, a fim de que não sejam cerceados direitos e garantias individuais.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Videoconferência. Justiça penal. Políticas públicas de acesso à justiça.

ABSTRACT

The present dissertation has as its theme the hearing by videoconference as a public policy of access to criminal justice, a mechanism that makes it possible to carry out procedural acts through the use of the virtual medium, because, in view of the technological advances and the consequent need for an effective action by the Judiciary, especially in the pandemic period, there was no alternative but to hold hearings by videoconference. To deepen the theme, we have the following research problem in which measures are hearings by videoconference public policies that allow access to justice in line with the principles of adversary and ample defense? As a hypothesis for the proposed problem, it is believed that the use of electronic means, in particular videoconferencing, has greatly contributed to facilitate access to justice, as it is a public policy that enables the holding of hearings and other procedural acts, fully guaranteeing citizens constitutionally guaranteed rights. In order to make it possible to answer the research problem, the general objective was defined: to analyze the use of videoconferencing as a public policy for access to justice, understanding the possibilities and limits of its use in accordance with the constitutional principles of the adversarial system and full defense, emphasizing the positive and negative impacts of using such a mechanism in the context of criminal proceedings. To develop the research, the method of approach is the deductive, which can be understood as the one that starts from general arguments for the particular nature, and as a research technique the bibliographic. The work developed is in line with the line of research in Public Policies for Social Inclusion of the Graduate Program, Masters and Doctorate in Law at the University of Santa Cruz do Sul, directly linked to the research carried out by the professor guiding this dissertation. The theme demonstrates important social and scientific relevance, since it deals with a topic of extreme relevance, as it is evident the need for greater administrative and operational efficiency of the Judiciary in a perspective that speeds up the procedural process, as well as providing an analysis about the preservation of fundamental rights and guarantees to citizens. Considering the results obtained, it is concluded that videoconferencing hearings enable a faster procedural process and a significant cost reduction for the Judiciary, as well as being fundamental at the height of the pandemic period. However, it is necessary to create effective public policies that ensure virtual access without distinction and quality, so that individual rights and guarantees are not curtailed.

KEYWORDS: Access to justice. Video conference. Criminal justice. Public policies for access to justice.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Tempo médio de duração de processos no Brasil.....	61
Figura 2 - Série histórica de taxa de congestionamento.....	62
Figura 3 - Fases das políticas públicas.....	69
Figura 4 - Índice de privação on-line e os perfis de usuários.....	110

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
	O CONFLITO E A JUSTIÇA PENAL COMO MECANISMO DE SUA	
2	RESOLUÇÃO: DA VINGANÇA PRIVADA À INSTITUIÇÃO DO	15
	DIREITO PÚBLICO.....	
2.1	O conflito como meio de interação social.....	15
2.2	Uma breve contextualização da história da Justiça Penal.....	20
2.3	A base principiológica do Direito Penal e Processual.....	26
3	POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO	47
	DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	
	Princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa	
3.1	no âmbito do acesso à justiça penal no	47
	Brasil.....	
3.2	O estado de crise da jurisdição penal brasileira.....	57
3.3	As políticas públicas de acesso a uma justiça penal de	66
	qualidade.....	
4	AS POSSIBILIDADES E LIMITES DA AUDIÊNCIA POR	73
	VIDEOCONFERÊNCIA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO	
	À JUSTIÇA NO PROCESSO PENAL.....	
4.1	O acesso à <i>internet</i> como direito humano fundamental.....	73
4.1.2	Da importância da universalização do acesso digital.....	84
4.2	Os avanços tecnológicos e o direito processual penal.....	88
4.3	Os limites e possibilidades da audiência de videoconferência	96
	como política pública de acesso à justiça.....	
5	CONCLUSÃO.....	129
	REFERÊNCIAS	132

1 INTRODUÇÃO

Ante os avanços tecnológicos e a conseqüente necessidade de uma eretiva atuação do Poder Judiciário, observa-se uma utilização ostensiva das tecnologias quando da tramitação de processos judiciais. E, nesse contexto, o presente trabalho faz uma imersão na justiça penal objetivando analisar a audiência por videoconferência como política pública de acesso à justiça, seus limites e possibilidades, bem como conferir a observância da garantia do contraditório e da ampla defesa quando da realização de atos processuais.

Diante desse contexto, faz-se necessário observar os elementos técnicos e informacionais disponíveis ao cidadão, aptos a modificar a realidade, e conseqüentemente modificadores de um todo cenário da prática de atos processuais. Importa ressaltar que durante o período pandêmico, a “Justiça Digital” passou a ser regra, dada à utilização recorrente da tecnologia e, nesse contexto, surge uma busca constante pela celeridade na tramitação dos processos judiciais.

Logo, inobstante os benefícios advindos do uso da tecnologia na justiça penal, faz-se necessário analisar os efeitos das mudanças decorrentes do uso de tal mecanismo e se efetivamente trouxeram aumento de legitimidade e confiança na prestação jurisdicional. Dessa forma, o problema de pesquisa que se propõe é: em que medidas as audiências por videoconferência são políticas públicas que possibilitam o acesso à justiça em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa? Como hipótese do problema proposto, tem-se que a utilização dos meios eletrônicos, em especial a videoconferência, muito têm contribuído para facilitar o acesso à justiça, pois é política pública viabilizadora da realização de audiências e demais atos processuais, garantindo plenamente aos cidadãos os direitos constitucionalmente assegurados.

No que concerne à resposta da problemática apresentada, estabeleceu-se como objetivo geral: analisar a utilização da videoconferência como política pública de acesso à justiça, compreendendo as possibilidades e limites de seu emprego, em conformidade com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, enfatizando impactos positivos e negativos do uso de tal engenho no âmbito do processo penal.

Quanto aos objetivos específicos, analisados em cada um dos capítulos do trabalho dissertativo, estão delineados como: a) analisar a justiça penal e os

princípios asseguradores da ampla defesa e do contraditório, a partir da utilização de novas tecnologias; b) discorrer acerca das políticas públicas de acesso à justiça no contexto do direito processual penal; c) verificar os limites e possibilidades de acesso à justiça partir da audiência por videoconferência no âmbito do processo penal.

No intuito do desenvolvimento da pesquisa, adotou-se como método de abordagem a pesquisa bibliográfica e como técnica de pesquisa a realizada a partir da análise de referencial teórico, com o escopo de obter possíveis respostas à pergunta da pesquisa acerca da audiência por videoconferência como política pública de acesso à justiça penal.

Como método de procedimento, utilizou-se o método monográfico e a técnica de pesquisa será a bibliográfica, por meio da utilização de documentação indireta, bem como a análise do percentual de pessoas com acesso à *internet*, análise do aumento da produtividade e celeridade processual e a segurança jurídica. Perfazendo, ainda, um estudo de obras de autores que pesquisam o tema. Além disso, será realizada pesquisa no acervo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Secretaria Nacional de Justiça - Ministério da Justiça, e Bancos de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), bem como no Portal Periódico da Capes.

Ademais, a temática mostra-se devidamente alinhada à linha de pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, bem como se alinha a trajetória de estudos e diversas obras sobre Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos publicadas pela orientadora Pós-doutora Fabiana Marion Spengler. Oportuno salientar que o objeto proposto harmoniza-se com o tema explorado no grupo de pesquisa sobre Política Pública no Tratamento de Conflito vinculado ao CNPq e coordenado pela orientadora Professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler.

A temática do projeto trata de tema de extrema relevância na atualidade, pois evidente a necessidade de uma maior eficiência administrativa e operacional do Poder Judiciário no intuito de que seja alcançada uma menor duração dos trâmites processuais, bem como se a utilização da tecnologia não cerceia os direitos e

garantias processuais a todos constitucionalmente assegurados e os limites do acesso à rede mundial dos computadores pelos hipossuficientes.

No intuito de melhor organizar esse trabalho dissertativo, optou-se por organizar sua estrutura em três capítulos: de início tratando acerca do conflito e a justiça penal como mecanismo de sua resolução, oportunidade em que é feita uma análise acerca do conflito como meio de interação social, aduzindo que o conflito é inerente às relações sociais e que da sua existência surge o pacto social, de acordo com a teoria hobbesiana, no qual os homens ajustam entre si um acordo objetivando o fim do estado de natureza e da guerra de todos contra todos.

Ainda no primeiro capítulo faz-se menção à história da justiça penal, salientando que a justiça penal remonta os primórdios da civilização, pois mesmo antes da existência do Estado já se observa a existência da imposição de penas tanto no âmbito da estrutura familiar quanto tribal, bem como a origem da pena e os avanços significativos da sanção até os dias atuais. Faz-se, ainda, referência no primeiro capítulo ao direito penal enquanto direito público e sua vinculação com o processual penal e, por fim, são analisados os princípios norteadores do direito penal.

No segundo capítulo, a pesquisa traz uma abordagem acerca dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório no âmbito do acesso à justiça penal no Brasil, fazendo menção ao caminho percorrido desde a vingança privada até os dias atuais, onde na democracia impera o devido processo legal e é assegurado a todos os cidadãos indistintamente o sagrado direito de não ser segregado ou sofrer qualquer sanção, sem que antes lhe seja assegurado o efetivo acesso à justiça em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ainda, faz-se alusão ao estado de crise ora vivenciada pela jurisdição penal brasileira, as quais nascem de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado e se transferem para todas as demais instituições que o compõem. Por fim, faz-se a análise acerca das políticas públicas de acesso à justiça penal de qualidade, com ênfase a previsão contida no ODS16, o qual se propõe a desenvolver objetivos que minorem a crise do Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, é realizada uma análise das possibilidades e limites da audiência de videoconferência como política pública de acesso à justiça no processo

penal. De início faz-se uma análise acerca do acesso à *internet* como direito humano fundamental e a possibilidade de sua inserção no rol de garantias fundamentais prevista na Constituição Federal. No segundo item deste capítulo, é feita uma abordagem quanto à questão dos avanços tecnológicos e o direito processo penal, em especial, se tais avanços não limitam o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Por fim, analisam-se os limites e as possibilidades da audiência de videoconferência como política pública de acesso à justiça, em especial, se a busca constante pela aceleração da tramitação dos processos judiciais ampara os direitos constitucionalmente assegurados.

2 O CONFLITO E A JUSTIÇA PENAL COMO MECANISMO DE SUA RESOLUÇÃO: DA VINGANÇA PRIVADA À INSTITUIÇÃO DO DIREITO PÚBLICO

Historicamente, o conflito é inerente às relações sociais, da sua existência surge um pacto que origina, de acordo com a teoria hobbesiana, o contrato social no qual os homens ajustam entre si um pacto objetivando o fim do estado de natureza e da guerra de todos contra todos. Com efeito, Spengler (2017, p. 183) salienta que o contrato social implicou no surgimento de regras para a solução dos conflitos e, conseqüentemente, na delegação ao Estado do poder de dar-lhes a solução.

Desse modo, o caminho até se chegar à resolução dos conflitos fora tortuoso, em especial, quanto aos conflitos de natureza penal. No entanto, após a abolição da vingança privada, da vingança divina, é conferido ao Estado o direito de punir, passa-se a adotar meios moderados de resolução de conflitos, sempre objetivando uma atuação imparcial e equidistante no intuito de que seja assegurada a convivência e a ordem social.

2.1 O conflito como meio de interação social

A palavra conflito (SPENGLER; MAGLIACANE, 2020) não é de fácil definição. Spengler (2016) salienta ser uma tarefa árdua visto que possuem variantes, pois um conflito pode ser social, político, psicanalítico, familiar, interno, externo, entre pessoas ou até mesmo entre nações, ou ainda, étnico, religioso ou de valores.

Entretanto, Spengler (2016) o conceitua como sendo:

um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito. Para manter esse direito, afirmá-lo ou restabelecê-lo, muitas vezes lança mão da violência, o que pode trazer como resultado o aniquilamento de um dos conflitantes. (SPENGLER, 2016, p. 108).

Com efeito, o conflito é considerado historicamente como o responsável pela criação do contrato social e da constituição do Estado. Thomas Hobbes¹, ao observar as relações humanas, constatou que consistiam em uma guerra de todos

¹ Thomas Hobbes (1588-1679) foi um teórico político, filósofo e matemático inglês. Sua obra mais evidente é *Leviatã*, cuja ideia central era a defesa do absolutismo e a elaboração da tese do

contra todos, na qual havia um caos eivado de incertezas e inseguranças e prevalecia o direito do mais forte em sobreposição ao mais fraco, sendo o homem o lobo do homem.

Com base nisso, Hobbes (2021) indicou a necessidade da criação de um pacto, no entanto, a existência única de um pacto não seria o suficiente para manter o pactuado entre os homens, pois se faz necessário a existência de um poder comum, apto para mantê-los em respeito de modo que suas ações sejam edificadas no sentido de garantir a todos a existência do bem comum:

A única maneira de instituir tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, e conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser a respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões à sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferirem a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante as suas ações. Feito isto, a multidão unida em sua pessoa, se chama Estado, em latim civitas. (HOBBS, 2021, p. 43).

Portanto, o contrato social implicou no surgimento de regras e racionalização de disputas, as quais levaram a mitigação da violência e o consequente caos gerado pelos conflitos. Nesse sentido, dada a importância conferida ao estudo do conflito, este é objeto de discussão por renomados estudiosos da sociologia, em especial, Giddens (2009) e Webber (1999), que o analisam com envergadura e fazem uma análise detalhada de suas principais características.

Em síntese, Giddens (2009) salienta que o funcionalismo se funda na máxima de que a sociedade é um sistema complexo em que as partes se ajustam no intuito de assegurar a estabilidade e a solidariedade. Consequentemente, a análise de uma instituição ou de uma prática social nos possibilita concluir da sua importância para a continuidade da sociedade. O funcionalismo de Giddens (1977) ratifica a importância do consenso moral na manutenção da ordem e da estabilidade na sociedade.

Para Spengler (2017), os funcionalistas concebem a ordem e o equilíbrio como o estado normal da sociedade e tal equilíbrio social assenta na existência de consenso moral entre os membros que a integram.

A corrente que trabalha sob a perspectiva do conflito inadmite enfaticamente o consenso, muito embora admita a importância das estruturas nas sociedades, mas o fazem rejeitando o destaque dado ao consenso. Observa-se o quanto são importantes as divisões existentes na sociedade, no entanto, os conflitos existentes são analisados sob o viés de dominantes e dominados, no intuito de compreender como as relações de controle se estabilizam e, conseqüentemente, se perpetuam.

Quanto às teorias da ação social, diversamente do funcionalismo e das perspectivas de conflito, as quais desenvolvem padrões relativos ao funcionamento num todo da sociedade, estas dão atenção ao papel desempenhado pela ação e pela interação dos membros da sociedade na formação das estruturas. Assim, estão fundadas no modo como os atores sociais se comportam uns com os outros e para com a sociedade. Um dos primeiros defensores da teoria é Weber (1999), o qual afirma que tais estruturas são objeto de criação da ação social dos indivíduos, muito embora reconheça a existência das estruturas, tais como: as classes, partidos e demais grupos que compõem a estrutura da sociedade (SPENGLER, 2017).

É importante ressaltar que o conflito é fundamental para o incremento democrático das relações sociais, pois embora implique numa desarmonia e desequilíbrio momentâneo na sociedade, traz consigo mudanças, inovações que tendem a impedir a estagnação social. Conseqüentemente, como bem salienta Spengler (2016, p. 111), “o conflito não pode ser visto somente como uma patologia social. Conflito é, também, vitalidade”.

Logo, dada à importância do conflito, faz-se necessário observar sua imprescindibilidade, pois forçosa sua ocorrência. Entretanto, resta-nos encontrarmos mecanismos para utilizá-los e, principalmente, fugirmos da ideia de que ele seja um fenômeno patológico, pois não o é, dada a necessidade de sua existência para que a sociedade não se torne estática.

Seguindo esse fio condutor, as situações conflitivas têm origem na luta pela vida e a necessidade de perpetuar a espécie, pois os embates entre seres da mesma espécie e contra a natureza remontam a existência do homem, pois a “luta pela vida”, à qual Darwin se referiu, fez progredir a evolução. É decorrente de uma

concorrência de grupos próximos em que os descendentes dos vencedores se sobrepuseram aos congêneres vencidos (LORENZ, 2001).

Nesse contexto, como bem salienta Spengler (2016):

O conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais, possuindo a capacidade de constituir-se em um espaço em que o próprio confronto é um ato de reconhecimento, produzindo, simultaneamente, uma transformação nas relações daí resultantes. Desse modo, o conflito pode ser classificado como um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e qualifica novamente a outra. (SPENGLER, 2016, p. 114).

Quanto ao surgimento dos conflitos, observa-se que eles comumente decorrem do não desempenho dos papéis sociais em conformidade com as pretensões do grupo social, ou seja, quando suas expectativas não são atendidas. Posto isso, os conflitos são relações sociais, caracterizando-se como meios de interação e convivência dentro de uma sociedade.

Portanto, a discussão acerca da relevância sociológica dos conflitos pressupõe que sociedade alguma é de um todo homogênea dada a existência de desacordos, controvérsias, choques, agitações e desordens. Todavia, o desejo de uns de impor suas pretensões implica no surgimento de uma relação de forças que, ao final, objetivam estabilizar a ordem social ou desorganizá-la a pretexto de criação de uma ordem melhor.

Nesse sentido, o conflito é parte integrante das relações sociais a ponto de invariavelmente implicar no surgimento de mudanças e conseqüente inovações. Inclusive, Coser (1967) menciona o conflito como sendo um dos mais importantes meios de reconhecer as diferenças existentes entre as pessoas, possibilitando inclusive, em algumas situações, estabelecer uma identidade pessoal de determinado grupo.

Na mesma esteira, Simmel (1983, p. 123-124), ao tratar da importância sociológica do conflito, afirma que o universo, ao tempo em que necessita de “amor e ódio”, de forças de atração e forças de repulsão para obter determinada forma, não é diferente da sociedade, pois para obter uma determinada configuração, ela necessita de forças harmoniosas e desarmoniosas, associativas e competitivas, favoráveis e desfavoráveis. Portanto, a sociedade tal qual como conhecemos é resultado dessa interação de forças.

Com efeito, a dinâmica do conflito cria mecanismos que mantêm a vida social, determinam o seu futuro e, conseqüentemente, propiciam a mobilização e valorização de certas configurações em detrimento de outras. Logo, é possível observar se o conflito é positivo ou negativo e que a avaliação de suas causas resultará da legitimidade dos objetivos a que se pretende defender.

A eficácia transformadora dos conflitos modifica os indivíduos em relação a um com o outro ou consigo, trazendo conseqüências de ordem desfiguradoras e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras. Ademais, algumas mudanças e adaptações interiores implicam em conseqüências para os envolvidos indiretamente e até mesmo para o próprio grupo ao qual pertencem (SPENGLER, 2016). Entretanto, muito embora reconhecida a importância do conflito enquanto meio de coesão e sociação interna, é imprescindível atentar para a vinculação próxima existente entre conflito e poder, pois comumente os detentores do poder são os responsáveis pelo controle da situação conflitiva.

Desse modo, é importante ressaltar que a desigualdade de condições é algo inerente às sociedades, dado que uma sociedade na qual todos os homens possuem as mesmas prerrogativas e usufruam dos mesmos provimentos talvez seja desconhecida. Daí a razão da importância da sociedade, pois “pessoas diferentes têm que criar instituições comuns para sobreviver e melhorar a vida” (DAHRENDORF, 1992, p. 40).

Nesse sentido, Spengler (2016, p. 134) salienta que “a distribuição desigual das chances de vida é resultado das estruturas do poder. Alguns estão em uma posição em que podem estabelecer a lei pela qual a situação dos outros será mediada”. Portanto, quando do surgimento dos conflitos na sociedade, o Estado, detentor que é do controle do monopólio da força legítima, faz uso do Poder Judiciário objetivando a solução do conflito numa evidente utilização do contrato social.

Nessa senda, ao assim proceder, o Estado toma para si o monopólio da violência legítima, pois passa a decidir litígios que eventualmente ocorram, entretanto, fazendo uso de mecanismos diversos dos anteriormente utilizados, ou seja, não mais se utilizam sacrifícios religiosos ou sacrificiais e, sim, passa a se utilizar o denominado Sistema Judiciário.

Frente a isso, Spengler (2016) salienta que, ao Poder Judiciário, incumbe o direito de punir a violência, pois é detentor absoluto de tal poder, ou seja, ele o monopoliza. Nesse aspecto, o Judiciário se assemelha com o sistema sacrificial, pois possui funções idênticas, no entanto, o segundo demonstra-se mais eficaz, em especial, quando vinculado a um poder político forte. Todavia, muito embora o cidadão aufera vantagens decorrentes da não utilização da vingança e da violência privada, quando submetido à violência estatal, ele malogra ao não ter alternativas de tratar seus conflitos de forma mais autônoma e não violenta, fazendo uso de mecanismos alternativos.

Assim, analisada a importância do conflito, verifica-se que o contrato social surge como forma de garantir segurança aos homens, protegendo-os uns dos outros. Objetivando, destarte, evitar a discórdia original e a transgressão, superando-a mediante a utilização de mecanismos de deliberação consensuada entre os homens livres e autônomos.

Com efeito, o conflito teve importância fundamental na criação do Estado, pois fora criado em decorrência da existência de situações conflituosas e na consequente necessidade de que fosse gerada a pacificação social, pois os homens, de forma unânime e consensual, concluem pela necessidade da existência de um contrato social pactuados na força e no consenso.

2.2 Uma breve contextualização da história da justiça penal

A história da justiça penal entrelaça-se com a história da humanidade, pois o crime encontra-se intrinsecamente ligado ao homem e, infelizmente, dele nunca se afastou, o perseguindo desde os primórdios. Entretanto, o sistema orgânico penal contemporâneo, devidamente organizado e norteado por princípios, não o acompanha desde então, na verdade, esse é um resultado da civilização humana e data de bem menos tempo.

Assim, a história da justiça penal remonta os primórdios da civilização, pois mesmo antes da existência do Estado já se observa a existência da imposição de penas tanto no âmbito da estrutura familiar quanto tribal. Com efeito, salienta Estefam (2017, p. 31) “registram os historiadores que nas tribos, desde a Antiguidade, já se notava, incutida no espírito humano, a ideia do castigo por atos

lesivos a terceiros, muito embora em tempos remotos, era vingança privada que imperava”.

Nesse sentido, ao tratar do tema, é importante atentar quanto à origem da pena. A pena, nos primórdios civilizatórios, consistia unicamente na vingança, ou seja, o homem movido pelos seus instintos tinha no revide à agressão sofrida, o mecanismo de coibir eventuais ofensas que lhe fossem perpetradas. No entanto, inexistia proporcionalidade quanto a essa reação, pois era, muitas vezes, desproporcional, injusta e até mesmo fatal. Historicamente, a pena passa por várias fases: vingança privada, vingança divina, vingança pública e o período humanitário. No entanto, é oportuno ressaltar que tais períodos não se sucedem integralmente, pois o surgimento de um, notadamente, não leva à extinção do outro, na verdade, em algumas situações eles coexistem, por expressivo período de tempo.

Quanto ao período da vingança privada, a reação à agressão era a regra, ou seja, do indivíduo contra o indivíduo, posteriormente dele contra o seu grupo, até a junção desses em um conglomerado quando todos colocavam-se ao lado deste. No entanto, um problema significativo da reação consistia na ausência de proporcionalidade com a ofensa sofrida, o que implicou na ocorrência de lutas acirradas entre pessoas, grupos e famílias e, conseqüentemente, no enfraquecimento e extinção de diversos grupos familiares.

Em verdade, inexistia qualquer senso de justiça e a reação era unicamente instintiva, em regra desmedida, inexistindo qualquer métrica de proporcionalidade. Outro aspecto a se considerar era a ausência de pessoalidade quanto ao revide, bem como imperava a responsabilidade objetiva e a total ausência de princípios de extrema importância hodiernamente relacionados à pena, como: a proporcionalidade, a humanidade e a pessoalidade.

Diante de tão preocupante situação surge segundo Coelho (2009) o Talião, objetivando limitar o direito de desforra, ou seja, a vindita não seria mais arbitrária tampouco desproporcional. Logo, observa-se a sua presença nas legislações mais antigas, como o Código de Hamurabi, que vigorou no Oriente, por volta de (2.083 A.C), o qual era formulado no aforismo “olho por dente por dente”.

De acordo com o Código de Hamurabi (COELHO, 2009), se alguém tira um olho a outrem, perderá também um olho; se um osso quebrara igualmente um osso, e assim respectivamente. Notadamente havia uma preocupação significativa com a

justa retribuição, a ponto de prever que, se um construtor construísse uma casa e essa desabasse sobre o proprietário, matando-o, aquele morreria, mas, se ruísse sobre o filho do dono do prédio, o filho do construtor perderia a vida. Importante ainda mencionar que a adoção do talião não fora restringida aos babilônios, pois diversos povos antigos, tal como os hebreus, também passaram a adotar, inclusive como diversos registros bíblicos acerca de suas previsões.

Quanto à fase posterior da vingança divina, já se delineia a existência de um poder social que impõe aos homens algumas normas de conduta e castigo. Nessa modalidade, a satisfação da divindade é o que move a sua aplicação. É o direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, ou seja, passa a se fazer referência à purificação da alma mediante a utilização do castigo, como meio de alcançar a glória junto a Deus.

Quanto à vingança pública, essa tinha como pretensão a intimidação, pois com o surgimento das organizações sociais e seu incremento, verificou-se que as formas anteriores de punir se tornaram inadequadas, implicando numa consequente atuação do Estado como legitimado a impor sanções criminais. Entretanto, eram aplicadas no intuito de assegurar a proteção do soberano apenas de natureza severa e cruel.

Mesmo que a vingança pública tenha inovado com a efetiva atuação do Estado, as demais formas não deixaram de ser aplicadas, pois fora um período em que penas cruéis foram exaustivamente aplicadas, sempre com o objetivo de alcançar a proteção das classes dominantes. No mais, o Estado foi se fortalecendo e imiscuindo direito penal com religião, em especial, Roma, quando da adoção da Lei das XII Tábuas (COELHO, 2019).

Importante salientar que a preocupação maior era com a defesa do soberano e dos seus favorecidos, pois a predominância do arbítrio judicial era latente, a desigualdade de classes perante a punição, a desumanidade das penas, em especial, a de morte, profusamente difundida.

No que concerne ao direito penal dos povos salienta Bitencourt (1997), que direito e religião eram fortemente ligados. No Direito Romano prevalecia o *pater familias*, onde o pai detinha o poder de exercitar o direito de vida e de morte em relação a todos os seus dependentes, inclusive mulheres e escravos. Entretanto, com o advento da República em Roma, abolido o período de vingança ocorre uma

cisão entres os dois. Com a República Romana ocorreu a ruptura e o desmembramento destes dois alicerces e conseqüentemente ocorre o periodo de abolição das vinganças e crimes.

Logo, a partir desse momento, os ilícitos passam a ser definidos como públicos e privados. Os crimes de natureza pública eram todos aqueles que quando praticados, ofendia a sociedade e eram, conseqüentemente, punidos pelo Estado, em contrapartida os crimes privados eram aqueles praticados em face dos particulares, cuja responsabilidade de punição delegava-se aos próprios envolvidos, incumbindo ao Estado tão somente estabelecer qual a sanção em sendo necessário.

Ainda, para Bitencourt, (1997, p. 33) dentre as principais características do Direito Penal Romano podem ser apontadas:

A afirmação do caráter público e social do direito penal; o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de suas excludentes; a diferenciação do dolo como elemento subjetivo do crime. O dolo – *animus* -, que significava a vontade delituosa, que se aplicava a todo campo do direito, tinha, juridicamente, o sentido de astúcia – *dolus malus* –, reforçada, a maior parte das vezes, pelo adjetivo má, o velho *dolus malus*, que era enriquecido pelo requisito da consciência da injustiça; a previsão acerca da teoria da tentativa, a qual não foi devidamente completada, embora fosse aplicada nos crimes extraordinários; reconhecimento, de modo excepcional, das causas de excludentes de ilicitude (legítima defesa e estado de necessidade); a previsão quanto a pena constitua uma reação pública, incumbindo ao Estado a sua aplicação; e, por fim e não menos importante a previsão do concurso de pessoas e a conseqüente diferenciação entre autoria e participação.

Com efeito, a partir do momento em que estas características foram devidamente delineadas o Direito Romano passa a ter uma significativa contribuição com o Direito Penal brasileiro, sendo considerado inclusive um dos seus alicerces.

Quanto ao Direito Germânico, este possuía como uma das características principais a condição de consuetudinário, Portanto, consistia na necessidade de que fosse mantida a ordem e a paz e a eventual violação consistia em uma ruptura dessa paz, podendo ser pública ou privada, conforme a natureza do delito, e sujeita, portanto, à repressão.

Logo, a conseqüente ofensa a essa paz pública desejada implicava na chancela para que qualquer pessoa do povo matasse o transgressor, contudo, no caso de delito privado, o agente era entregue à família da vítima para que esta

exercesse o direito de vingança. Além disso, entre o povo germânico vigorava a “vingança de sangue”, que somente após o avanço da sociedade, com o fortalecimento do poder do Estado, foi sendo gradativamente substituída pela composição.

De acordo com Prado (2011, p. 82) esta composição consistia na:

Wergeld – composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária; *Busse* – soma que o delinquente pagava a vítima ou sua família, pela compra do direito de vingança; e *Friedgeld ou Fredus* – pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz.

Outra característica do Direito Penal Germânico que merece destaque, é a ausência de distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando-se a punição do autor do fato sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com o aspecto subjetivo de seu ato. Advindo dessa concepção a ideia de responsabilidade penal objetiva.

No mais, já era concebida uma ideia acerca da reparação do dano quando do cometimento de um delito, com características semelhantes à atualmente prevista no nosso ordenamento jurídico, numa pretensão clara que reparar o eventual dano oriundo da prática do crime. No processo, vigoravam as “ordálias” ou “juízos de Deus” (prova de água fervente, de ferro em brasa etc.) e os duelos judiciais com, com os quais se decidiam os litígios (FRAGOSO, 1980).

Acerca do Direito Canônico, observa-se que este se constituiu através das normas instituídas pelo poder pontifício, entre a época dos direitos romano e germânico e a do direito moderno, com uma influência decisiva do cristianismo na legislação penal. Assimilando-se o Direito Romano e adaptando-se este às novas condições sociais, a Igreja contribuiu de maneira relevante para a humanização do Direito Penal, embora politicamente sua luta metódica visasse obter o predomínio do Papado sobre o poder temporal para proteger os interesses religiosos de dominação.

Essa influência teve início com a declaração da liberdade de culto pelo imperador romano Constantino, acentuando-se quando o imperador Teodósio I a proclamou como a única religião do Estado. No entanto, com o governo de Clodoveu, rei dos francos emanou a conversão e o batismo fazendo com que a

religião cristã se firmasse na monarquia franca introduzindo uma verdadeira jurisdição eclesiástica.

Apesar da união da Igreja com o Estado, esta continuou independente e superior no âmbito religioso. Vale ressaltar, ainda, que inicialmente o Direito Penal Canônico detinha caráter meramente disciplinar, porém com o enfraquecimento do poder estatal este passou a regulamentar e aplicar punição em muitas situações.

Neste sentido, a jurisdição eclesiástica dividia-se em *rationare persona*, que levava em consideração a pessoa, assim o religioso era sempre julgado por um tribunal da Igreja, independentemente do tipo de delito cometido por ele, e *rationare matéria*, em razão da matéria, assim firmava-se a competência eclesiástica ainda que o agente do delito não fosse religioso.

Portanto, desta feita os delitos eram classificados em conformidade com o bem jurídico violado. Quando ofendiam o direito divino, eram chamados de *delicta eclesiástica*, estando sob a competência dos tribunais eclesiásticos e, portanto tendo como repressão as *penitentiae*. Quando violavam tão somente a ordem jurídica leiga, estavam sob a competência do Estado e eram punidos com penas comuns, eventualmente sofrendo punição eclesiástica, estes crimes eram conhecidos como *delicta mere secularia*. Ademais, nos casos em que a atividade delitativa transgredia tanto a ordem laica como a religiosa esta era julgada pelo tribunal que primeiro conhecesse o fato, eram os *delicta mixta*.

Para Heleno Cláudio Fragoso (1980) a influência do direito canônico foi benéfica porque trouxe a humanização das penas, conquanto politicamente a sua luta metódica se propusesse a obter a superioridade do papado sobre o poder estatal visando proteger os interesses religiosos de dominação.

O Direito Canônico apregoou a igualdade de todos os homens, enfatizando o aspecto subjetivo do crime, opondo-se, assim ao sentido puramente objetivo da ofensa, que prevalecia no direito germânico. Posicionava-se contrariamente à pena capital entendendo que o indivíduo precisava manter-se enclausurado para que se arrependesse do mal que cometeu e se convertesse. Além disso, o Direito Canônico também fez oposição às ordálias e aos duelos judiciais e buscou introduzir as penas privativas de liberdade, suprimindo as penas patrimoniais para permitir o arrependimento e a ressocialização do réu.

Entretanto, apesar dos benefícios advindos dessa concepção religiosa do direito, aspectos negativos também foram observados, em especial a Santa Inquisição. No período humanitário, observa-se que, diante de tal estado de coisa, algo necessitava ser feito, dada a necessidade de modificações e reformas no sistema repressivo, o que sabidamente fora feito, pois dois sistemas jurídicos se formaram na Europa durante a evolução histórica da humanidade e foram difundidos para outros continentes, ou seja, o *commow law* e a *civil law*.

Destarte, prevalece o entendimento de que a tradição brasileira guarda relação com direito romano-germânico, sistema esse em que a produção jurídica é baseada na produção em textos de lei oriundos do parlamento. Logo, nossos diplomas jurídicos, seja material ou processual, encontram-se assentados em leis, desde à época do período da colonização até a nossa independência e conseqüente elaboração de uma legislação penal genuína.

Desse modo, a história do direito penal encontra-se umbilicalmente relacionada à história da pena, a qual coincide com o ponto de partida da humanidade. Nesse contexto, a história da justiça penal fora esculpida lentamente, pois diversos foram os períodos históricos que a antecederam até o momento em que o Estado passa a monopolizar o direito de punir, mediante a edição de regras comportamentais e conseqüentes sanções a quem as desobedecesse.

2.3 A base principiológica do Direito Penal e Processual

Historicamente, a primeira distinção a que se tem notícia quanto aos ramos do direito é oriunda do direito romano, em que Ulpiano² faz alusão à distinção. Em Roma, “a ordem social baseada em laços consanguíneos é rompida” (ENGELS, 2019, p. 13) e fora substituída por uma ordem de Estado fundada na representação de classes sociais distinguidas pela riqueza e divisão territorial. Os interesses privados são notoriamente convertidos em interesses públicos, com o aval do

² “É direito público aquele a que se refere ao estado da coisa Romana (*ad statum rei Romanae spectat*); privado, aquele (aquele que se refere) à utilidade de cada indivíduo (*quo ad singularium utilitatem*); pois umas coisas são uteis públicas e outras privadamente. O direito público consiste nas coisas sagradas, as dos sacerdotes e as dos magistrados (*in sacerdotibus, in magistratibus consistit*). O direito privado é tripartido, pois está composto dos preceitos naturais, ou dos das gentes, ou dos civis (*ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus*)”. (BONFANTE, 1965, p. 13).

Estado. Posteriormente, com a dissolução do mundo feudal e a conseqüente ascensão da burguesia e a formação dos estados nacionais, novamente a discussão é vivenciada. Segundo Batista (2020, p. 53):

[...] a burguesia revolucionária destruirá o absolutismo, conferindo positividade jurídica aos direitos de seu imediato interesse econômicos e político, até então deduzidos da razão como "direitos naturais", e logo os instalará nos textos constitucionais, com direitos subjetivos públicos. A distinção direito privado-direito público novamente será chamada a proclamar como de utilidade geral aquilo que na véspera da proclamação legal era do interesse particular de uma classe social.

Após as revoluções socialistas, bem como alterações oriundas do capitalismo, é delegada ao Estado a função principal de vigilância, ou seja, assegurar a ordem pública de que trata o estado gendarme, bem como a defesa do *Welfare State*, o Estado assistencialista e intervencionista, fundado nos direitos sociais universais dos cidadãos. Com efeito, em decorrência dessa vigilância, o governo é incumbido da garantia do bem-estar social e da qualidade de vida da população, além da promoção da igualdade.

Nessa esteira, é oportuna que seja mais bem analisada a função ideológica que desempenha a diferença existente entre direito público e direito privado, pois merece reservas eventuais conjecturas que tenham como premissa "um Estado abstrato, a-histórico, neutro e igualitário guardião dos interesses de todos" (BATISTA, 2020, p. 53).

Portanto, é necessário atentarmos que o Estado promotor da "harmonia" e da estabilidade como, historiograficamente, demonstrou Engels, foi um produto de sociedades que, em certos graus de desenvolvimento, se enredam em contradições oriundas de antagonismos inconciliáveis e para que as classes com interesses econômicos colidentes não se entredevorassem estabeleceu-se dentro do espectro político, no qual podiam resolver-se tais contradições, um poder aparentemente acima da sociedade – mas dele originado – que é o Estado (BATISTA, 2020).

No mesmo sentido, Lyra Filho (1982, p. 3) comenta que:

A lei sempre emana do Estado e permanece, em última análise, ligada à classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção.

Portanto, após afirmar o caráter positivo do direito, o Estado se coloca na condição de soberano e, conseqüentemente, atrai para si a função de dizer o direito, no caso concreto, exercendo o monopólio da jurisdição (SPENGLER, 2017). A partir disso, o Estado passa a exercer o poder de legislar e de aplicar o direito, superando-se definitivamente o estágio da autorização da vindicta privada, bem como da composição entre a vítima ou seus familiares e o réu ou sua família, como meio de recomposição da paz social (REALE, JUNIOR, 2020).

Entretanto, embora seja delegada ao Estado a tutela dos bens jurídicos contra eventuais ataques que os afetem, a ideia do *jus puniendi* como direito subjetivo do Estado se desenvolve, doutrinariamente, com o objetivo de pôr-lhe um limite, que provêm de toda a ordem jurídica, ou seja, da existência de um espaço que não pode ser penetrado por nenhum direito democrático e, conseqüentemente, também pelo seu ramo penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2016).

Seguindo o mesmo fio, diverso também não é o entendimento de (MIR PUIG, 1988, p. 74) ao afirmar que:

O princípio de Estado de Direito impõe o postulado de submissão do poder punitivo ao Direito, o que dará lugar aos limites derivados do princípio de legalidade. A ideia do Estado social serve para legitimar a função de prevenção na medida em que seja necessária para proteger a sociedade. Isto implica já vários limites que giram em torno à exigência da necessidade social da intervenção penal. Por último, a concepção do Estado democrático obriga na medida do possível a pôr o Direito penal a serviço do cidadão, o que pode ver-se como fonte de certos limites que hoje se associam ao respeito de princípios como os de dignidade humana, igualdade e participação do cidadão.

Nessa senda, conforme Busato (2015) é oportuno que se observe sempre suas limitações e, principalmente, os efeitos advindos quando de sua aplicação, pois:

O Direito penal atua como o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para levar a cabo o controle social. É necessário reconhecer que sua intervenção constitui, por si só, uma violência. Com efeito, o ato de impor uma pena sempre consistirá em uma forma de agredir, independentemente dos objetivos que sejam projetados com esta agressão (prevenção, retribuição etc.); ao final, a intervenção penal é sempre um mal. Contudo, trata-se de uma violência institucionalizada, organizada, formalizada e socialmente aceita. Isso deriva do fato de que o Direito penal é um mecanismo de controle social. A referida gravidade cobra que miremos as manifestações do Direito penal com redobrados cuidados e reservas. Os limites resultam necessários. A referida gravidade cobra que miremos as manifestações do Direito penal com redobrados cuidados e reservas. Os limites resultam necessários. (BUSATO, 2015, p. 144).

Em razão disso, a doutrina majoritariamente propõe que a tutela do direito penal seja tão somente conferida a bens relevantes, ou seja, aqueles considerados de significativa monta, não somente sob o aspecto econômico, mas também político, e que não são devidamente protegidos pelos demais ramos do direito, restando-lhe tão somente uma atuação de natureza fragmentária.

Segundo Aníbal Bruno (2005, p. 5), o “direito penal se apresenta como o conjunto das normas jurídicas, pelas quais se exerce a função do Estado de prevenir e reprimir os crimes, por meios de sanções cominadas aos seus autores”.

Para Frederico Marques:

O Direito Penal é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena, como consequência, e disciplina também outras relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado. (MARQUES, 1997, p. 24).

Prado (2002) conceitua o direito penal sob duas perspectivas - formal e material - em consonância com a doutrina brasileira ao afirmar que:

[...] é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança (conceito formal) e “refere-se, também, a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso (conceito material)”. (PRADO, 2002, p. 34).

No entanto, tais conceituações não mais satisfazem, pois o direito penal não se atém unicamente ao crime e a pena, bem como não se pode somente falar da pena como consequência jurídica do crime. O seu conteúdo vai além do sentido primeiro que lhe assinala o sentido gramatical. O conceito de direito penal contemporâneo deve sempre relacioná-lo à Constituição, de modo que não pode ser mais analisado sem que se observe a necessária simbiose entre o texto Constitucional e as normas penais.

[...] sua perspectiva de hoje não se identifica com a de outrora, podendo-se conceituar Direito Penal como o conjunto de normas que estabelecem ações ou omissões delituosas, que lesionem ou exponham a perigo de lesão a um bem jurídico, de natureza constitucional, aplicando-se, pelo seu descumprimento, sanções penais – penas ou medidas de segurança - e contenham normas de natureza não incriminatória – regras ou princípios –

que se constituam em suporte para a aplicação das normas incriminadas do sistema penal. (COELHO, 2005, p. 17).

Nesse sentido, o direito penal contemporâneo tem incumbência primordial de tutelar os bens jurídicos, exclusivamente, inexistindo crime quando ausente ofensa a qualquer bem jurídico protegido dado a sua natureza fragmentária, pois essa é a “única função compatível com o direito penal em um Estado Democrático de Direito³” (COELHO, 2009, p. 21).

Desse modo, considerando as limitações e críticas, o conceito de bem jurídico, como critério de criminalização e como objeto de proteção, parece constituir garantia política a que o direito penal do Estado Democrático de Direito não pode renunciar, em especial, nas relações sociais estruturadas sobre o binômio capital/trabalho assalariado, em que se articulam as classes sociais fundamentais do neoliberalismo contemporâneo.

Ainda, no mesmo sentido, é exigível do direito penal, como mecanismo garantidor da tutela de bens jurídicos, que não se mantenha desatento ao perfil da sociedade de risco pós-industrial e as suas exigências de proteção de interesses emergentes. Isso porque não pode se afastar da sua vertente liberal que lhe garante feição e, conseqüentemente, reconhecidos pelos Estados Democráticos de Direito dentre eles, a exclusiva proteção a bens jurídicos (MINAHIM, 2005).

Atualmente, nota-se uma propagação de dispositivos penais, o que se convencionou chamar de direito penal moderno, objetivando a tutela de bens jurídicos que, há alguns anos, não eram assim considerados, a saber: meio ambiente, relações de consumo, sistemas econômicos, direitos sobre software etc. Assim, dizer que o objetivo do direito penal é assegurar a proteção de bens jurídicos

³ O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 75).

é garantista⁴, pois é possível reconhecer que o bem jurídico violado pela conduta é imprescindível para o desenvolvimento da sociedade (BUSATO, 2015).

Desse modo, resta manifesto que o direito penal contemporâneo deve se nortear, unicamente, pela pretensão de proteger os bens jurídicos, pois sabidamente é essa a única função ajustada com o direito penal em um Estado Democrático de Direito. No mais, o princípio do bem jurídico estabelece um limite material ao poder punitivo estatal, inviabilizando que se criem infrações penais e, conseqüentemente, se estabeleçam penas que não tenham como finalidade precípua a proteção de um bem jurídico.

No que concerne aos ramos do Direito, prevalece que esses são divididos em dois grupos fundamentais, em conformidade com sua destinação: “o direito Público e o direito Privado”. Nesse sentido, considera-se ramo do direito público aquele que possui em seu conteúdo normas imperativas e cogentes, pois são destinadas a regulamentar e garantir o interesse da coletividade (PEDROSO, 2000).

No mesmo sentido, o direito penal atende de maneira imediata e prevalecente ao interesse coletivo, pois situa o Estado em um plano superior e o indivíduo em plano inferior, o qual deve obrigatoriamente obedecer aos comandos imperativos daquele. Com efeito, resta evidente que a todos, indistintamente, é devida a submissão às normas oriundas do direito penal.

Desse modo, em razão do direito penal tutelar bens jurídicos, em face de condutas que os violam, e com isso atentem contra a segurança jurídica, o direito penal não pode deixar de ser um ramo do direito público, isto é, de um direito em que intervém diretamente o Estado como pessoa de direito público.

A inserção do direito penal como ramo do direito público é extraída através de uma perspectiva “conteudística”, de supostos objetivos sociais gerais de suas normas ou por uma perspectiva formalista da exclusividade e imperatividade com as quais o Estado as impõe (BATISTA, 2020).

⁴ Segundo um primeiro significado “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (FERRAJOLI, 2002, p. 84).

A essa primeira credita-se pertencer o direito penal ao direito público, pois violada a norma penal, efetiva-se o *jus puniendi* do Estado, pois esse, responsável pela harmonia e estabilidade sociais, é o condutor das atividades de todos os que integram à sociedade. Nessa esteira, os bens protegidos pelo direito penal não são de interesses individuais e, sim, coletivos. Afinal, em regra, quando do cometimento de uma conduta ilícita, há uma evidente ofensa à sociedade.

No mesmo sentido, filiando-se a segunda corrente, Garcia (1973, p. 75) salienta que “se só pode ser exercido pelo Estado, se a função de impor penas [...] é essencialmente pública, o direito penal constitui necessariamente um ramo do direito público interno”.

Oportuno ainda mencionar que Heleno Fragoso (1984) perfilha-se a ambas as correntes e, conseqüentemente, insere o direito penal no direito público aduzindo que este deve ser inserido não somente porque sua proteção “refere-se sempre a interesses da coletividade”, mas também em razão de que “o Estado detém o monopólio do magistério punitivo, mesmo quando a acusação é promovida pelo ofendido” (BATISTA, 2020, p. 50).

Ainda, tais perspectivas fundamentadoras implicam na existência de três linhas críticas: crítica da distinção a-histórica entre direito público e direito privado; a crítica do Estado como abstração a-histórica e a crítica do positivismo jurídico penal. A distinção entre direito público e direito privado era algo que se desconhecia quando da aplicação das práticas penais primitivas, ou seja, não havia qualquer distinção entre a natureza pública ou privada do direito.

O direito penal não deve constituir um sistema fatigante de ilicitudes ou de proteção de bens, pois sua atuação pressupõe a ineficácia das demais formas de controle. E nessa senda, lhe incumbe tipificar tão somente condutas relevantes, ou seja, aquelas efetivamente intoleráveis e atendendo sempre a relevância do bem jurídico ofendido.

Portanto, muito embora a previsão, aplicação e conseqüente execução decorrente do direito penal constituam um poder do Estado, no intuito de assegurar a harmonia social, a qual não deve se eximir de sempre exercê-lo, embora sempre vigilante no que concerne aos limites do poder do Estado e sempre atento para que a todos, indistintamente, sejam asseguradas as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

2.3.1 Princípios constitucionais norteadores do direito penal

De acordo com a concepção positivista, o julgador não encontrando no ordenamento jurídico eventuais regras ou precedentes jurisprudenciais que solucionem uma determinada questão objeto de análise, tende a solucioná-la de maneira discricionária, ou seja, a seu modo fazendo uso de sua concepção de valores e justiça, ou até mesmo em conformidade com sua orientação política.

Assim, o que se verifica são decisões com carga discricionária expressiva onde é fomentada a insegurança jurídica e a conseqüente necessidade da reforma de tais decisões por instâncias superiores.

Entretanto, Dworkin (2002) defende o reconhecimento dos princípios, como sendo mais um padrão normativo a ser observado, juntamente com as regras, os quais compõe o ordenamento jurídico. Nessa esteira, reconhecer a força normativa dos princípios possibilita ao julgador diante de um caso de difícil exame a utilização dos princípios, como espécie de norma jurídica, integradas ao ordenamento jurídico.

Segundo Kaufmann (1976, p. 48), “toda legislação positiva pressupõe sempre certos princípios gerais do direito”. Em se tratando do direito penal, seus limites e fins são os limites e fins do próprio Estado Constitucional de Direito, ou seja, a interpretação dos conceitos e institutos do direito penal deve sempre iniciar da Constituição, pois ela estabelece os comandos necessários para a sua criação, vigência e execução, convertendo-se em elemento único.

Com efeito, Carneiro (2009) salienta que os princípios aplicáveis ao direito penal podem ser divididos em duas espécies: os princípios constitucionais penais e os princípios penais constitucionais. Os primeiros são aplicáveis ao direito penal e são princípios gerais, não exclusivos do direito penal, mas pertencentes ao sistema jurídico em sua totalidade. Os segundos são aqueles aplicáveis unicamente ao direito penal, oriundo do texto constitucional, de modo explícito ou implícito, mas sempre de natureza estritamente penal.

2.3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Conforme salienta Estefam (2017, p. 138), “a ideia de dignidade da pessoa humana, se faz presente, ainda que modo embrionário, desde a Antiguidade, embora não seja possível delimitar o exato instante de seu surgimento [...]”.

A significância da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, embora presente desde a Revolução Francesa, somente fora efetivamente positivada constitucionalmente com a primeira Constituição da Alemanha, após a segunda Guerra Mundial, numa precisa demonstração de repúdio às práticas nazistas durante o período, no qual sabidamente diversas pessoas foram aniquiladas em decorrência do nazismo.

No mesmo sentido, Canotilho (1998) salienta que, após experiências históricas de aniquilação, escravidão, nazismo, stalinismo, genocídios étnicos, o homem passou a despontar como o fundamento da República em um manifesto reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

Entre nós, o princípio supra encontra previsão no artigo 1º, III, da Constituição Federal, o qual estabelece ser a dignidade da pessoa humana fundamento da República Federativa do Brasil. Logo, constitui-se princípio de natureza constitucional, o qual se espargue pela totalidade do ordenamento jurídico com força vinculante.

Nesse sentido, Estefam (2017) salienta que:

a dignidade da pessoa humana configura, portanto, valor transcendental e verdadeiro sobreprincípio, orientador de toda a interpretação normativa, apta a influenciar a aplicação do ordenamento jurídico e nortear a atuação estatal em todos os seus setores. (ESTEFAM, 2017, p. 138).

Desse modo, em conformidade com o mandamento constitucional, o Estado Brasileiro deve ser erigido sob o conceito de dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Carneiro (2019, p. 79) “deve ser a condição primacial a ser observada para a elaboração das normas jurídicas.” Por conseguinte, aludido princípio implica no necessário respeito à pessoa humana, sublimando o ser humano como um fim em si mesmo.

No mais, a dignidade da pessoa humana é característica intrínseca ao homem, pois nasce com ele e lhe é inerente por toda sua existência, ou seja, possui natureza absoluta não se admitindo falar de relativização ou eventual negação, sob pena de se atentar contra um dos fundamentos da República.

De outro modo, o princípio também possui características de extrema importância a serem observadas, entre elas, frear as ações estatais, bem como impedir que as pessoas não respeitassem à dignidade das demais, exigindo que, na hipótese da ocorrência de eventual conflito entre a dignidade de uma pessoa em face de outra, seja a proporcionalidade utilizada na ponderação de a quem se deve proteger.

No que diz respeito aos reflexos penais oriundos do princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se levar em consideração a evidente limitação do legislador, no sentido que somente criminalize comportamentos socialmente ofensivos; quanto à pena não lhe é admitido a previsão de penas de caráter vexatório, degradantes ou cruéis. Numa evidente correlação com a norma constitucional disposta no artigo 5º, XLVII da Constituição Federal.

2.3.3 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade também conhecido como princípio da reserva legal, constitui a pedra angular do direito penal moderno (QUEIROZ, 2013), pois atribui exclusivamente ao legislador a definição de crimes e penas desde a Revolução Francesa. Portanto, oriundo da revolução burguesa, é considerado uma resposta dos abusos do absolutismo, bem como a afirmação de uma nova ordem na qual garante o indivíduo perante o poder estatal, bem como o limita.

No mesmo sentido, Batista (2020) salienta que:

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire a segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado” que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula “Zaffaroni”. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei. Está o princípio da legalidade inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. (BATISTA, 2020, p. 67).

Na mesma esteira, Schmidt (2021) entende que:

O princípio da legalidade material é uma garantia limitadora do poder punitivo estatal dirigida tanto ao poder legislativo quanto aos poderes executivo e judiciário que possui como abrangência a capacidade de vincular não só a forma como o Direito Penal é criado e aplicado, mas também o conteúdo de sua criação e sua aplicação. (SCHMIDT, 2001, p. 273).

Entre nós, aludido princípio encontra previsão no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, ao prever que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; bem como no artigo 1º do Código Penal, o qual prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina não há pena sem prévia cominação legal”.

Desse modo, fica evidente que o princípio da legalidade é fundamental para a concepção de um sistema penal, dadas as garantias que deve ofertar, pois “de seu conteúdo material se retira a condição afirmativa de que a referência à conduta, enquanto estrutura lógico-objetiva, coaduna-se com a perspectiva garantista de tipicidade” (CARNEIRO, 2009, p. 89).

Seguindo o mesmo fio condutor Hungria (1955, p. 12) ao tratar da importância do aludido princípio, salienta que “antes de ser um critério jurídico-Penal, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é um princípio político (político-liberal), pois representa um anteparo e liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado”.

Segundo Batista (2020), é possível que, quando da análise do princípio da legalidade sob o prisma da garantia da liberdade individual, esse seja decomposto em quatro funções, a saber:

Primeira: (proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*). Temos aqui a função “histórica” do princípio da legalidade, que surgiu exatamente para reagir contra leis *ex post facto*. (...)
Segunda: proibir a criação de crimes e penas pelo costume (*nullum crime nulla poena sine lege scriptio*). Só a lei escrita, isto é, promulgada de acordo com as previsões constitucionais, pode criar crimes e penas: não o costume. (...)
Terceira: proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimes nulla poena sine lege*) (...)
Quarta: proibir a incriminação vagas e indeterminadas (*nullum crime nulla poena sine lege certa*). A função da garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligíveis por todos os cidadãos. (BATISTA, 2020, p. 66-75).

Ainda, Junqueira (2013) afirma que o princípio da legalidade possui funções de natureza política e jurídica:

Política: a faceta política do princípio da legalidade é justamente a de garantia, ou seja, a de proteger o cidadão contra a violência estatal. Na verdade, o combate ao poder das monarquias absolutistas, como se viu, está na própria origem histórica da ideia de legalidade. (...) Jurídica: do ponto de vista da funcionalidade do sistema jurídico, o princípio da legalidade tem enorme relevância, na medida em que se assume, como função principal do Direito Penal e da pena, a prevenção geral de delitos. (JUNQUEIRA, 2013, p, 33).

Com efeito, indubitável que o princípio da legalidade possui “especial e significativa influência na concepção de um sistema penal” (CARNEIRO, 2009, p. 89), em especial, no que se refere às garantias a serem asseguradas aos cidadãos, objetivando-se sempre que seu conteúdo guarde relação com a perspectiva garantista da tipicidade.

2.3.4 Princípio da culpabilidade

Desde os mais remotos tempos, a responsabilidade penal esteve atrelada tão somente a um fato objetivo, ou seja, era uma responsabilidade objetiva e difusa (BATISTA, 2020). Desse modo, na Idade Média ainda se observava a utilização da *versare in re ilícita*, a qual implica na responsabilização pelo resultado independente de que fosse previsível ou desejado pelo agente.

No entanto, com o advento de legislações modernas, a responsabilização criminal passou a vincular a responsabilidade à noção de dolo ou culpa, conforme se extrai da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da nossa Constituição Federal. Nelas, verifica-se que as bases da responsabilidade penal foram significativamente alteradas passando a vincular a responsabilidade penal ao agir com dolo ou culpa.

Esse processo histórico resultou no surgimento do princípio da culpabilidade, *nulla poena sine culpa*, o qual, em nosso ordenamento jurídico, possui origem constitucional. Tal princípio consagra a responsabilidade penal subjetiva, não admitindo o direito penal a responsabilidade penal oriunda do evento causa e resultado.

A doutrina o analisa sob três enfoques e, conseqüentemente, estabelece os seus desdobramentos, ou seja: a vedação da responsabilidade penal sem dolo ou culpa; vedação da aplicação da pena sem culpabilidade, ou seja, sem imputabilidade; a gravidade da pena deve guardar proporcionalidade com o fato cometido.

Ao tratar do tema da culpabilidade, Batista (2020) salienta que:

Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de uma lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. (...) A responsabilidade penal é sempre subjetiva. Em segundo lugar, temos a personalidade da responsabilidade penal, da qual derivam duas conseqüências: a intranscendência e a individualização da pena. A intranscendência impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime (ou, mais analiticamente, dos autores e partícipes do crime). A responsabilidade penal é sempre pessoal. (...). Por individualização se entende aqui especialmente a individualização judicial, ou seja, a exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa a qual se destina. (BATISTA, 2020, p. 101).

Nesse sentido, acerca do tema nesse campo o tema mais atual é a chamada coculpabilidade. Que consiste em considerar, no juízo de reprovabilidade que é dado como essência da culpabilidade, a concreta existência experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua responsabilidade penal a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhes a pena; pois em certa medida, a coculpabilidade faz sentar-se no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu (BATISTA, 2020).

Ainda no mesmo sentido diverso não é o entendimento de Zaffaroni (1986, p. 158), ao afirmar que:

reprovar com a mesma intensidade a pessoas que ocupam situações de privilégio e a outras que se acham em situação de extrema penúria é uma clara violação ao princípio da igualdade corretamente entendido.

No Brasil, o legislador ordinário incorporou o princípio da culpabilidade em nosso ordenamento jurídico, conforme se observa de diversas disposições contidas em nosso Código Penal, em especial, a vedação da responsabilidade penal objetiva; a imposição de pena sem culpabilidade e a fixação da pena em conformidade com a gravidade do ilícito praticado.

2.3.5 Princípio da proporcionalidade

Implicitamente previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, com origem na teoria constitucional germânica, é constituído por três princípios parciais: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também denominado por alguns autores como o princípio da avaliação (SANTOS, 2006).

Com efeito, o princípio da proporcionalidade proíbe a aplicação de penas excessivas ou desproporcionais em face do desvalor da ação ou do desvalor de resultado do fato punível, lesivas da função de retribuição equivalente do crime atribuído às penas criminais nas sociedades capitalistas.

Ao tratar do princípio da proporcionalidade, Santos (2006) menciona que este se desdobra em duas dimensões: abstrata e concreta. Tais dimensões implicam nas seguintes consequências:

O princípio da proporcionalidade abstrata limita a criminalização primária as hipóteses de graves violações de direitos humanos – ou seja, lesões insignificantes de bens jurídicos são excluídas, também, pelo princípio da proporcionalidade – e delimita a cominação de penas criminais conforme a natureza e a extensão do dano social produzido pelo crime. (...) Por outro lado, o princípio da proporcionalidade concreta permite equacionar os custos individuais e sociais da criminalização secundária, em relação à aplicação e execução da pena criminal. Assim, para usar um jargão econômico, a aplicação e execução das penas criminais mostram a enorme desproporção da relação custo / benefício entre crime e pena, além dos imensos custos sociais específicos para o condenado, para a família do condenado e para a sociedade. (SANTOS, 2006, p. 28).

Destarte, aludido princípio exerce funções fundamentais, pois além de legitimar e limitar o poder de punir do Estado, nortear o julgador, quando da aplicação da sanção em concreto; também o faz em relação ao legislador quando da previsão da sanção em abstrato cominadas quando da elaboração dos tipos penais incriminadores.

2.3.6 Princípio da intervenção mínima

Decorrente do princípio da dignidade humana, o presente princípio tem como fundamento que somente se deve recorrer à intervenção do direito penal em

situações últimas (*ultima ratio*), pois a finalidade precípua do direito penal é a proteção de bens significantes, ou seja, necessários para convívio em sociedade. A incumbência de proteger os demais bens jurídicos deve ser delegada a outros ramos do direito.

Aludido princípio estabelece que somente mereçam proteção Penal os bens jurídicos fundamentais ao Estado Democrático de Direito, ou seja, não se inserem no rol dos bens jurídicos dignos de tutela penal quaisquer bens jurídicos, apenas aqueles sabidamente de importância mais vultosa para a sociedade.

Nas palavras de Greco (2006, p. 73), “a seleção de bens jurídicos varia de sociedade para sociedade, o critério de seleção será valorativo-cultural, de acordo com a necessidade de cada época, de cada sociedade”. Desse modo, existem crimes previstos na legislação penal que revelam um inequívoco desejo da coletividade quanto a sua previsão legal, entretanto, existem outros que simplesmente expressam um desejo particular de uma determinada organização, política, social ou econômica.

No mais, quando da empreitada da proteção de bens jurídicos, objeto de guarda pelo direito penal, o legislador deve atentar sempre para os princípios que norteiam a atividade legislativa penal, em especial, à intervenção mínima. Isso porque dada a natureza subsidiária do direito penal, a significância da lesividade e a inadequação social do comportamento a que se objetiva proibir e, conseqüentemente, a sanção a ele ser imposta quando de sua violação, tais critérios devem ser obrigatoriamente observados. Com efeito, bem ressalta Gomes ao afirmar que:

É pressuposto lógico de todo o discurso garantista supor que o legislador, apesar da margem de liberdade (com que conta) no exercício de sua atribuição de selecionar os bens jurídicos, margem essa que deriva da sua posição constitucional e, em última instância, de sua específica legitimidade democrática (...), está vinculado à Constituição e aos princípios políticos-criminais que emanam dela. (GOMES, 2020, p. 69).

No mesmo sentido salienta Carneiro:

O princípio da intervenção mínima reflete uma orientação político-criminal de restrição da intervenção estatal, na esfera da liberdade humana, sem que se reconheça a força vinculante do princípio da intervenção Penal mínima, operando na direção de pronta limitação da intervenção punitiva com a diminuição da carga de violência que esta contém. (CARNEIRO, 2009, p. 104).

Inobstante tal princípio não ser objeto de discordância no âmbito doutrinário, pois unânime a sua aplicação quando da seleção dos bens jurídicos a ser objeto de proteção do direito penal, o que se vislumbra é que o legislador não tem quando da elaboração da legislação penal atentado para o seu conteúdo, implicando na promoção de uma inflação legislativa e, por consequência, em descrédito para o sistema penal.

2.3.7 Princípio da lesividade

Tal princípio se exprime na máxima de que não haverá crime, se não ocorrer lesão ou exposição a perigo de lesão de um bem jurídico determinado tutelado pela norma penal. Segundo Roxin, “o direito penal só tem por finalidade evitar lesões a outros” (ROXIN, 2012, p. 40).

No mesmo sentido, Batista alude que “à conduta puramente interna ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal” (BATISTA, 2020, p. 89).

Ainda nesse sentido, Batista (2020) vai além ao evidenciar as principais funções do princípio da lesividade, ao afirmar que são:

Primeira: proibir a incriminação de uma atitude interna. As ideias e as convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientem para a prática de um crime: o projeto mental do cometimento de um crime (cogitação) não é punível (cogitationis poenam nemo patitur); Segunda: proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Os atos preparatórios para o cometimento de um crime cuja execução, entretanto, não é iniciada (art. 14, inc. II CP) não são punidos. (...) O mesmo fundamento veda a punibilidade da autolesão, ou seja. A conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor, como por exemplo, o suicídio, a automutilação e o uso de drogas. Terceira: proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais. Como diz Zaffaroni, “um direito que reconheça e ao mesmo tempo respeite a autonomia moral da pessoa jamais pode punir o ser, senão fazer dessa pessoa, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta”. Quarta: proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem a qualquer bem jurídico. A expressão desviada foi aqui empregada na concepção de Clinard, como conduta orientada em direção fortemente desaprovada pela coletividade. (BATISTA, 2020, p. 90-91).

Com efeito, seguindo o mesmo fio condutor, Junqueira (2013, p. 45) aduz que “a assunção do princípio da ofensividade implica dizer que o legislador está, desde

logo, proibido, de criar tipos que incriminam condutas desprovidas por completo de ofensividade (...)"'. Em nosso ordenamento jurídico, um exemplo a ser citado de aplicação do princípio da lesividade é o advento da Lei nº 11.983/09, a qual revogou o art. 60 do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), descriminalizando a contravenção penal da mendicância, pois admitiu a inexistência de qualquer lesividade da conduta, sendo considerada para alguns, simplesmente imoral.

2.3.8 Princípio da adequação social

De formulação atribuída ao professor alemão Hans Welzel (1993), tal princípio norteia o legislador quando da criminalização de condutas atentatórias aos bens jurídicos, bem como de suas revogações. Ao tratar acerca do tema, Welzel (1993) assim salienta:

Na função dos tipos de apresentar o 'modelo' de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de conduta selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, quer dizer, estão referidas a vida social, mas, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se faz patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: assinalam as formas de conduta que se apartam gravemente das ordenações históricas da vida social. Isso repercute na compreensão e interpretação dos tipos, que por influência da doutrina da ação casual eram demasiado restritas, enquanto se via a essência do tipo em lesões causais dos bens jurídicos. (WELZEL, 1993, p. 66).

Com efeito, o legislador não pode agir de modo arbitrário, incriminando toda e qualquer conduta sem critério algum. Desse modo, a tipificação, de fato, socialmente admitido, não pode ser em hipótese alguma, criminalizada, pois notório seu antagonismo com o princípio da dignidade da pessoa humana e, por consequência, inconstitucional.

No mesmo sentido, Greco (2006) salienta que:

Merece destaque, ainda, o fato de que ao princípio da adequação inicial se atribui, também, uma função interpretadora dos tipos penais, os costumes, intimamente ligados ao princípio em estudo, que traduzem o comportamento da sociedade em determinada época, servirão de norte, também, para o exegeta quando da interpretação típica, a fim de que os modelos de conduta aparentemente proibidas ou impostas pela lei penal estejam em perfeita sintonia com o sentimento social. (GRECO, 2006, p. 91).

No mais, tal princípio é de expressiva importância na proporção que possibilita ao legislador não criminalizar ou manter a criminalização de condutas que estejam em consonância com o admitido pela coletividade, não possibilitando que seja ultrapassado sequer limite da tipicidade e, conseqüentemente, adentrando a ilicitude ou culpabilidade.

No entanto, resta imperioso, como bem enfatiza Estefam (2017, p. 53) que: “é importante, todavia, não confundir adequação social com mera leniência ou indulgência. Aquilo que pode ser tolerado por um setor da sociedade jamais será, só por isso, socialmente adequado”.

2.3.9 Princípio da insignificância

Corolário do princípio da intervenção mínima estabelece que nem toda a agressão eventualmente sofrida merece a intervenção do direito penal, tão somente aquela que afetar os bens jurídicos de forma suficiente a justificar a intervenção do direito penal.

Logo, o princípio da insignificância tem como objetivo excluir aquelas agressões que não tragam consigo lesividade, ou seja, condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos relevantes protegidos.

A sua origem é creditada à Claus Roxin (2012), festejado doutrinador alemão, o qual propôs a introdução de um princípio no sistema penal para fins de determinação do injusto, com finalidade precípua de auxiliar na interpretação daquilo que possa ser considerado de somenos importância e, conseqüentemente, excluir do alcance do direito penal condutas consideradas minimamente ofensivas ao bem jurídico protegido.

Na atualidade, a aplicação do princípio é amplamente admitida pela doutrina e jurisprudência, muito embora inexista previsão legal expressa, o princípio da insignificância estabelece que somente as condutas atentatórias praticadas em face dos bens jurídicos mais importantes merecem atenção do direito penal.

Nesse sentido, Carneiro (2009) afirma que o princípio da insignificância trata-se de princípio implícito, construído pela doutrina em decorrência da necessidade de coibir a aplicação de pena em casos de lesões a bens jurídicos de pequena monta,

ou seja, que não tenham o condão de causar lesão significativa a bens jurídicos protegidos e que não impliquem em mínima ou nenhuma perturbação social.

Ainda, observa que o princípio da insignificância jurídica é característica de um direito penal minimamente democrático, resultando daí, conforme preciso ensinamento de Cezar Bitencourt (2007) a necessidade de ‘uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal’.

Seguindo o mesmo fio, Greco (2006) afirma que:

O princípio da insignificância, portanto, servirá de instrumento de utilização obrigatória nas mãos do intérprete, a fim de realizar a perfeita adaptação do comportamento do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, com sua atenção voltada para a importância do bem ofendido, raciocínio que é levado a efeito considerando-se a chamada tipicidade material. (GRECO, 2006, p. 100).

Segundo Roxin (2002, p. 47), o princípio da insignificância “permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos”. Portanto, em regra tal princípio é aplicável à significativa parcela de delitos, incumbindo a aferição quanto à possibilidade de sua aplicação à situação fática concreta, sempre levando em consideração a perspectiva teleológica do sistema, de perseguição de fins do sistema, conforme bem expressa Carneiro (2019).

Desta forma, entende-se o princípio da insignificância ou bagatela como um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por meio do qual é possível alcançar, pela via judicial sem mácula a segurança jurídica do pensamento sistemático, a eventual necessidade de descriminalização de condutas que, muito embora sejam típicas, não ofendem de forma os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (MANÃS, 1997).

Com efeito, a jurisprudência dos Tribunais Superiores o admite, em especial a do STF, o qual estabelece vetores a serem observados cumulativamente para sua aplicação, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade da ação social; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada, vejamos⁵:

⁵ <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur205949/false>

HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida. (HC n. 110475/SC, relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, DJe de 15/03/2012).

Destarte, a lesividade da conduta não pode ser simplesmente desprezada nos delitos de pouca significância, sob pena de se concretizar uma intervenção jurídico penal desnecessária, e antagônica aos instrumentos de proteção dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal.

2.3.10 Princípio da humanidade

Decorrente do princípio da dignidade humana, tal princípio estabelece que “por mais grave que seja o crime cometido, o seu autor não perde a condição jurídica de sujeito de direito, razão pela qual a pena que lhe for eventualmente imposta não poderá acarretar-lhe a destruição ou inutilização” (QUEIROZ, 2013, p. 95).

Com efeito, o princípio da humanidade, em consonância com o princípio da dignidade humana, inadmite no ordenamento jurídico brasileiro a cominação, a aplicação e execução de penas: de morte; perpétuas; trabalhos forçados; banimento; cruéis, tal como: castrações, mutilações, esterilizações; ou qualquer outra pena infamante ou degradante ao ser humano, de acordo com o disposto na Constituição Federal, respectivamente em seus artigos 1º, III e artigo 5º, XLVII, da CF.

No mais, o princípio da humanidade objetiva a garantia da integridade física e moral do ser humano encarcerado, pois assegura a todos os presos os direitos que

não lhe foram tolhidos pela sentença ou pela lei, num evidente contrassenso ao sistema prisional brasileiro, que sabidamente viola os mais básicos direitos das pessoas reclusas.

Quanto aos princípios do contraditório e da ampla defesa, dada a natureza desses de corolários do princípio do devido processo legal, inclusive com previsão constitucional de acordo com o disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal é oportuno ressaltar que exige o princípio do contraditório uma participação efetiva das partes, ou seja, que cada ato praticado nos autos do processo decorra de uma participação ativa das partes, não bastando a mera comunicação ou cientificação da prática dos atos processuais.

No que concerne a ampla defesa esta se fundamenta no direito das partes de apresentar argumentos em seu favor e demonstrá-los, nos limites da legalidade e sempre no tempo processual assegurado na legislação.

Importa ressaltar, ainda, que a ampla defesa possibilita tanto a autodefesa quanto a defesa técnica, possuindo esta natureza indisponível. Na hipótese do réu não contratar advogado, será lhe nomeado um defensor público, ou um advogado dativo para que assuma sua defesa, sob pena de não seguimento do processo.

No entanto, dada a complexidade de tais princípios suas análises serão objeto do capítulo seguinte no qual se buscará analisá-los não somente pelos vieses constitucional e processual, mas também de suas importâncias no âmbito do acesso à justiça penal no Brasil.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

De início, antes de adentrar a questão do acesso à justiça no âmbito do processo penal, é oportuno traçar uma linha evolutiva existente entre o período correspondente a autotutela e a jurisdição estatal como mecanismo de solução de conflitos, pois assim é possível melhor compreender a sua condição de direito fundamental.

Nos grupos sociais primitivos, onde praticamente inexistiam organizações sociais, predominava a autotutela como um sistema de natureza privada. Portanto, dada a inexistência de um Estado forte que pudesse frear os ímpetos dos homens e conseqüentemente impor o direito acima da vontade dos particulares, dada a inexistência inclusive de leis, a sobreposição do mais forte em face do mais fraco prevalecia.

No entanto, em razão da evolução histórica do Estado, a insegurança gerada com a autotutela perde espaço para uma nova forma de solução de conflitos na qual o Estado passa a ser o detentor do poder de resolver os eventuais conflitos oriundos das relações sociais. Nesse contexto, a partir do momento em que o Estado passa a proibir a justiça pelas próprias mãos, e o poder de punir passa a ser por este monopolizado, surge a necessidade de assegurar a todos indistintamente mecanismos que possam possibilitar o acesso à justiça.

Desse modo, com o surgimento do Estado Moderno, ocorre uma quebra do padrão, até então em vigor, e o homem passa a ser o centro do universo, onde se busca construir uma ordem social justa e racional do mundo. Essa época influenciou e interferiu em todas as áreas do conhecimento científico, não sendo diferente para o discurso jurídico, principalmente, na seara criminal onde a preocupação com o devido processo legal torna-se regra.

3.1 Princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no âmbito do acesso à justiça penal no Brasil

Como anteriormente observado, o homem em seus primórdios não despendia nenhuma atenção quanto à necessidade de um devido processo legal quando da

imposição de uma sanção em seu desfavor, garantias fundamentais não eram sequer ventiladas.

Entretanto, com o decorrer dos anos e a conseqüente existência do direito o homem passou a converter as necessidades sociais em leis, ou seja, fora deixada para trás a força física e o ardil. Nesse contexto advém a noção do justo e do equitativo no espírito humano, aquilo que é denominado como a passagem do primitivo para o racional.

Nessa esteira, Grinover (1977), ressalta que:

A passagem da justiça privada à Justiça Pública fez-se através de quatro fases, como ensinam Wlassack e Alcalá Zamora: a) a primeira fase corresponde à autotutela (com o sacrifício de interesse alheio ao interesse próprio) e à autocomposição (com sacrifícios mútuos dos interessados); b) a segunda fase através da arbitragem voluntária, quando as partes preferiam a seu critério, confiar a terceiros a solução de suas lides (tratando-se em geral de sacerdotes ou anciãos), permanecendo, porém as duas primeiras formas; c) a terceira fase, quando, já surgida a legislação, a arbitragem se tornou obrigatória, eliminando-se, salvo casos excepcionais, a autotutela e a autodefesa (como exemplo, o *ordo iudiciorum privatorum* do sistema romano, em que o magistrado nomeava o *arbiter*, para funcionar na fase *in iudicio*); d) e, enfim, como quarta fase a, a que corresponde ao direito moderno, ao exercício da função jurisdicional única e exclusiva do Estado, que reservou para si o poder de solucionar as lides, mediante a atuação do direito objetivo, ditando para cada caso concreto a norma específica a valer entre as partes. (GRINOVER, 1977, p. 45).

Desse modo, o caminho percorrido até os dias atuais onde na democracia impera o devido processo legal é assegurado a todos os cidadãos indistintamente o sagrado direito de não ser segregado ou sofrer qualquer sanção, sem que antes lhe seja assegurado o efetivo acesso à Justiça em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nessa senda, é possível fazer um esforço histórico desses avanços aduzindo que o devido processo legal remonta à Magna Carta Libertatum, assinada em 1215, por João Sem-Terra, como assim era conhecido o monarca inglês subscritor do documento que limitava os poderes do rei, bem como estabelecia que “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, ou de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 65).

Posteriormente, de igual forma, com o advento da Constituição Estadunidense, em especial com a inclusão da 5ª e 14ª emenda, respectivamente:

Nenhuma pessoa poderá responder por um crime capital, ou outro crime infame, a menos que em uma apresentação ou acusação de um Grande Júri, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço real a tempo de Guerra ou perigo público; nem qualquer pessoa estará sujeita à mesma ofensa e por duas vezes com risco de vida ou integridade física; nem será obrigado em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privado da vida, da liberdade ou dos bens, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será levada ao uso público, sem justa compensação.

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

No mais, também a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo XI, nº 1º, também estabeleceu que:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Entre nós, prevalece o princípio do devido processo legal, o qual fora erigido à condição de garantia fundamental conforme previsão inserta no art. 5º, LIV, da Constituição Federal ao dispor que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Com efeito, o legislador constituinte assegurou o direito de a pessoa não ser privada de sua liberdade sem garantia que supõe o trâmite de um processo de acordo com o que define a lei.

Com efeito, o devido processo legal guarda relação com uma série de direitos e garantias fundamentais que devem ser observadas, como a presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de qualquer decisão proferida que comportem a interposição de recurso, ampla defesa, contraditório, publicidade, juiz natural, imparcialidade do julgador, o direito de recorrer, o respeito à coisa julgada, proibição do uso de provas ilícitas, dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade (TOURINHO FILHO, 2009).

Dessa feita, a noção de estado democrático e de guarida aos direitos individuais está diretamente relacionada à premissa de que o direito penal e o processo penal devem garantir o mínimo de proteção ao cidadão, independente deste acusado ou condenado pela prática de um crime. Nesse contexto, Schaefer (1995) afirma que a qualidade da civilização de uma nação pode ser largamente medida pelos que se utiliza na aplicação de sua lei penal. É importante ressaltar que a proteção à integridade física, a vida, a proibição da tortura encontra previsão constitucional em diversos ordenamentos jurídicos. Há regras e princípios que dão proteção ao acusado ou condenado, vedando a utilização de penas cruéis, estabelecendo a individualização da pena, a humanização das penas.

O contraditório é princípio constitucional e direito humano, do qual é titular o acusado. O processo penal funda-se numa relação conflitiva desigual, na qual o Estado-poder intervém na esfera do indivíduo, do outro, o acusado, podendo ter privada a sua liberdade. Destarte, os fatos construídos no processo penal sob uma ótica protetiva e garantista tendem a funcionar como limitador punitivo estatal.

Para Brener (2019):

Para além de princípio constitucional, o contraditório é verdadeiro direito fundamental. Essa natureza se justifica por sua aplicação direta que repercute no processo pela conformação de inúmeras garantias para que seja assegurada sua plenitude e efetividade. Para além da função negativa de proibição de intervenção, [...] assume o contraditório uma concreta função preceptiva e dirigente, apontando a direção da tutela jurídica, no sentido de obrigar o Estado à sua observância e execução. Consiste o princípio em questão em um imperativo de tutela, cuja eficácia se densifica pela “obrigação, imposta ao Estado de adotar uma postura ativa na sua efetivação”. Essa conformação do contraditório enquanto direito humano é resultado de um longo processo de construção e desenvolvimento do conceito e da eficácia dos direitos fundamentais. A sua compreensão, portanto, perpassa antes do mais, uma análise sobre o desenvolvimento, para então alcançarmos a compreensão atual do contraditório. (BRENER, 2019, p. 18).

Desse modo, no processo penal de índole acusatória, deve vigorar o princípio do contraditório em face de quem é proposta uma ação penal. O acusado goza do direito absoluto de que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa. Logo, deve conhecer o teor da acusação que lhe é imputada para fim de poder refutá-la, evitando assim que venha a ser condenado sem que conheça o teor da acusação.

Aludido princípio traduz-se no direito assegurado a defesa de se pronunciar acerca do que for produzido em juízo pela parte contrária, o texto constitucional é

enfático ao afirmar que a defesa não pode sofrer restrições que não sejam extensivas a acusação.

Salienta Tourinho Filho (2009) que o contraditório implica o direito de contestar a acusação, a qualquer momento, seja após a denúncia, seja em alegações finais, o direito de formular perguntas às pessoas que intervierem no processo para esclarecimento dos fatos.

O princípio do contraditório é um dos pilares do processo penal de natureza acusatória. Canotilho (1993) ressalta com propriedade que advém do princípio do contraditório no mínimo dois outros direitos do acusado, quais sejam o de ser ouvido pela autoridade judicial e poder intervir no processo.

No mais, Portanova (2001) salienta que o devido processo legal é uma garantia do cidadão. Garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual em conformidade com as normas legais previamente estabelecidas.

Dessa forma, é oportuno salientar que tais preceitos são considerados garantias mínimas de trato digno à pessoa humana, inadmitindo destarte a sua relativização, pois estes tendem a influenciar as demais normas que compõem o ordenamento jurídico e estas conseqüentemente devem ser editadas em consonância com aquelas, em especial as normas de natureza processual penal, que podem ser considerados complemento necessário do princípio do contraditório.

Nesse sentido Bonato (2003) observa que:

Uma análise da amplitude, significado e efetividade do princípio do devido processo legal demonstra a sua inaplicabilidade na prática jurídica cotidiana, sendo necessário a uma mudança substancial na estrutura do processo penal brasileiro, para que este possa então estar em consonância com a Constituição da República, de estruturação acusatória. Há que se concluir que a prática desdiz a formulação constitucional e deforma a lógica do sistema, o que impõe a necessidade imediata de mudanças profundas não só nas leis, mas também no pensamento dos operadores do direito, para que possa ser criada e implementada uma visão constitucional do processo deixando de lado o legalismo e o formalismo que tem imperado nos fóruns e tribunais. (BONATO, 2003, p. 191).

No mais, a doutrina aponta como características essenciais do princípio do contraditório a sua plenitude e exequibilidade, pois enquanto imperativo que assegura e viabiliza a participação do indivíduo, deve desenvolver toda a sua

eficácia durante o trâmite processual, viabilizando, portanto, a utilização de todos os meios necessários para efetivar a sua aplicação.

Ademais, o processo penal tem como marca a priori a desigualdade entre as partes, exigindo essa desigualdade muitas das vezes a ampliação da participação do acusado para além da legalidade para que assim possa se equiparar ao Ministério Público de forma paritária. Assim, a efetividade da participação do acusado nem sempre se restringira às disposições legais.

Importa ressaltar, ainda, que Órgão Ministerial ao exercer sua função no processo o faz fundado na legalidade. Entretanto, ao assim atuar dispõe de aparatos estatais que o colocam numa situação de sobreposição, pois é detentor do domínio das investigações criminais, possuindo poderes para requerer o cerceamento da liberdade do acusado, para a produção probatória por meio da quebra de sigilo de dados, quebra do sigilo bancário, interceptação telefônica dentre outros.

Logo, o princípio do contraditório é o princípio que tem como finalidade precípua fazer frente ao aparato estatal e a disparidade intrínseca ao processo penal. Portanto, como direito que assegura a participação do acusado no processo, deve desenvolver uma eficácia elevando o indivíduo a uma situação de paridade, na proporção em que impulsiona sua atuação para além da legalidade.

Entretanto, esse atuar além da legalidade ora aduzido não deve pressupor a utilização de comportamentos ilícitos, ilegais, ou antijurídico por parte do acusado. Em verdade, conforme Brener (2019):

Não se está aqui a legitimar, por exemplo que um réu possa subornar um agente público no decorrer do processo. Afirmar que o contraditório legitima a atuação do acusado para além da legalidade no processo significa apenas que não se aplicam a ele, de forma absoluta, os limites formais do processo penal que regulam o seu procedimento quando estiver em jogo a efetividade de sua participação. Sob esse prisma “o princípio do contraditório implica na prevalência do direito de defesa em face das formalidades, dos ritos e das demais regras do ordenamento jurídico. Trata-se de permitir que o acusado utilize de todos os meios legítimos para assegurar uma verdadeira e relevante participação na construção do provimento final do processo. (BRENER, 2019, p. 12)

Nessa esteira, as normas processuais penais referenciam aspectos que claramente objetivam minorar o desequilíbrio havido entre as partes, tal como estabelecer que a última palavra no processo, em sede de alegações finais, pertença a defesa do acusado. Desta feita, resta evidente que o legislador observando a

ausência de paridade entre as partes já cria mecanismos que compensem ao acusado a sua desvantagem processual em face do poder estatal.

No entanto, nem sempre a estrutura dialética normativa tende a ser suficiente para que a participação do acusado no processo seja efetiva, conseqüentemente ante tal situação os direitos humanos e os princípios constitucionais exercerão sua eficácia, e de tal sorte viabilizarão a participação do acusado, o impulsionando para além das formalidades legais, por conseguinte, influenciando na decisão do magistrado e o conseqüente provimento final do processo.

Importa ressaltar, igualmente, que as normas que compõem o método do processo são essenciais para o controle do poder e para a sua contenção. Por outro lado, a adoção a uma estrutura normativa de forma rígida, minoraria as garantias fundamentais e conseqüentemente lhe supriria a efetividade de sua tutela. Ante tal controvérsia surgem os direitos fundamentais positivados, na condição de princípios, como elementos de modulação do ordenamento.

No mais, para que se busque a real paridade de armas no processo penal é imprescindível que sejam igualados os desiguais, pois sabido que no processo o contraditório não se manifesta com a exata igualdade de oportunidades previstas na legislação. Logo, é importante mencionar o importante papel do magistrado em um sistema processual penal adequado quando, embora deva guardar equidistância e imparcialidade entre as partes, este assume a função central de assegurar que os princípios, direitos e garantias fundamentais sejam observados e respeitados. Pois, não somente a ele incumbe o dever legal de velar pela regularidade processual, mas também garantir a eficácia positiva dos direitos fundamentais do acusado.

Portanto, é de fundamental importância que o juiz assegure uma participação paritária no processo, deferindo, em especial, os pleitos defensivos quanto a meios de produção de prova, logicamente isso não pressupõe que não deve o magistrado deixar de atentar para os limites que a legislação lhe impõe.

Dessa forma, o princípio do contraditório não pode ser considerado um mero elemento responsável pela estruturação do processo, não devendo ser reduzido a um simples silogismo, mas deve ser compreendido como um direito fundamental que se destina a tutela do acusado como destinatário beneficiado pelos princípios, proteção essa que não deve ter uma limitação fundamentada em um princípio contraposto.

Portanto, como direito fundamental, é o contraditório oponível unidirecionalmente ao Estado no processo penal, apresentando tanto uma dimensão negativa, no sentido de limitação do Estado-poder, como uma dimensão positiva, como imperativo da tutela. Enquanto imperativo da tutela, exerce eficácia impulsionando a atuação do acusado para além da legalidade, de modo a viabilizar a sua participação efetiva no processo, equilibrando a posição de paridade em relação ao Ministério Público (BRENER, 2019).

No mais, o contraditório é pressuposto da legitimidade e validade dos atos de poder produzidos no processo e do próprio Poder Jurisdicional, a ponto de que a decisão que não o atenda ou que reduza sua efetividade não possui validade jurídica em conformidade com a Constituição Federal de 1988.

Quanto ao princípio da ampla defesa, muito embora a existência de posicionamentos acerca de ausência de qualquer distinção em relação ao princípio do contraditório (GRINOVER, 1992, p. 63) ressalta que:

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

Ainda Lopes Jr. (2016) aduz que o contraditório é detentor de importante papel na democratização do processo penal, na proporção em que desloca o núcleo imantador, não mais a jurisdição, mas o efetivo contraditório entre as partes. A sentença deve sempre ser constituída com fundamento no contraditório e por ele legitimada. Não sendo possível ser concebida como simples ato de poder e dever, a decisão deve se originar do contraditório real, de uma efetiva e igualitária participação efetiva das partes no processo.

Destarte, o contraditório deve ser visto em dupla dimensão, ou seja, é o direito de informação, conhecimento acerca do teor da acusação; e a efetiva e igualitária participação das partes. De igual forma, observa-se que o contraditório tende a assegurar a bilateralidade da relação processual, na proporção em que possibilita uma participação dialética no processo. As partes devem estar em condição de paridade que as permitam ter conhecimento de todos os atos processuais, bem como o inequívoco direito de se manifestar acerca de cada um deles.

No que concerne a assistência jurídica integral e gratuita, o Brasil assegura no artigo 5º, inciso LXXIV, que incumbe ao Estado prestar assistência judiciária e gratuita a todos aqueles que comprovarem a insuficiência de recursos, disposição semelhante a contida no Pacto de San José da Costa Rica. Aludida previsão constitucional assegura ao cidadão hipossuficiente o acesso amplo à Justiça, por meio de profissional habilitado para assisti-lo, no intuito de que lhe sejam resguardados na integralidade os direitos e garantias fundamentais.

Cappelletti e Garth (1998, p. 12) reiteram que ao Estado incumbe o dever de assegurar aos cidadãos o amplo acesso à Justiça e o “acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”.

É nesse contexto que se insere a Assistência Judiciária Gratuita, pois são justamente os mais pobres, que tanto necessitam de um efetivo acesso à justiça, os excluídos por seu alto custo. Portanto, no contexto do processo penal é imprescindível que as garantias constitucionais sejam observadas para que uma defesa técnica competente seja efetivada, principalmente nos dias atuais nos quais vivenciamos um estado de crise da jurisdição penal brasileira. Resta necessário que os direitos e prerrogativas dos acusados sejam devidamente preservados, assegurado o direito a um processo justo, a uma defesa técnica, ao contraditório e as demais franquias constitucionais.

Logo, o princípio do contraditório é imprescindível para a sua própria existência de estrutura dialética do processo, pois o processo não poderá ser considerado devido e justo senão assegurada a efetiva igualdade de condições entre as partes.

Destarte, segundo Oliveira (2008, p. 28) “o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado”.

Ainda, o contraditório deve ser observado como o direito de participar, de se contrapor a acusação e de ter ciência de todos os atos processuais praticados durante o trâmite processual. É um direito fundamental disponível ao cidadão submetido à *persecutio criminis*.

No contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), ratificada pelo Brasil em 25 de Fevereiro de 1992, verifica-se que as garantias processuais do direito ao contraditório e a ampla defesa também se encontram devidamente previstas, que inclui o direito ao defensor proporcionado pelo Estado (artigo 8º, 2, e), o de ser assistido por tradutor ou intérprete senão compreende o idioma do juízo ou tribunal (art. 8º, 2, a) e o direito de recorrer a um tribunal superior (art. 8º 2, h).

Inclusive é oportuno ressaltar que o Supremo Tribunal Federal em consonância com a Corte Americana dos Direitos Humanos quando do julgamento da ADPF 378 MC/DF, da Relatoria do Ministro Roberto Barroso, à luz do que dispõe a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos ao tratar acerca da natureza do *impeachment* e dos limites do controle jurisdicional sobre o procedimento entendeu que:

[...] 3. Restringe-se a atuação judicial, na hipótese, à garantia do devido processo legal. A forma do procedimento de impeachment deve observância aos direitos e garantias do acusado, especialmente aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos pela Constituição da República e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Destarte, aludida convalida preceitos fundamentais contidos na Constituição Federal, bem como na Convenção Americana de Direitos Humanos.

No mais, no âmbito internacional a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, também reconheceu a violação do devido processo legal ao submeter à Corte Interamericana uma demanda em face do Estado do Chile, objeto da denúncia nº 12.057 (COSTA RICA. Corte Interamericana, Almonacid Arellano Vs. Chile, 2006).

Na oportunidade os artigos 8 e 25, da Convenção, foram violados e tratam sobre as garantias judiciais, ao devido processo legal, bem como a proteção judicial, na garantia da preservação aos direito humanos.

3.2 O estado de crise da jurisdição penal brasileira

No Brasil, com a retomada da democracia, o acirramento da crise econômica e o descompasso entre os projetos jurídicos constitucionais e os projetos sociais de governo, em muito solidificou a importância do Poder Judiciário como instância

decisória para defender a democracia e o projeto constitucional, bem como para solucionar o significativo número de demandas judiciais (LUCAS, 2014).

Desta forma, o Poder Judiciário passa ser provocado de forma contínua, sem, no entanto, possuir as condições estruturais adequadas para responder a essa explosão de litigiosidade, situação que revelou suas limitações e fragilidades no atendimento da conflituosidade nacional.

O Judiciário brasileiro tem sido objeto de calorosos debates nos últimos anos, em decorrência das crises por ele vivenciadas. Para Spengler (2011), as crises de jurisdição nascem de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, e se transferem para todas as demais instituições que o compõem, conseqüentemente deve se discutir a crise de jurisdição ora vivenciada como uma crise de Estado, na qual se percebe a sua perda de soberania e as condições necessárias para a solução de conflitos.

Nesse sentido, como detentor do monopólio da jurisdição, determinando o Direito ao caso concreto e o fazendo de forma impositiva, o Estado trata o conflito mediante a utilização do Direito positivo. Segundo (SPENGLER, 2016), a jurisdição surge como uma atividade na qual o Estado substitui as partes num modelo baseado em princípios contidos na lei e universalmente reconhecidos.

Entretanto, com o surgimento da complexa litigiosidade, fomentada que é pelas intrincadas contradições social, o que se passa a observar é que o Judiciário brasileiro passa a marginalizar e excluir parte daqueles que o procuram, implicando na conseqüente perda gradual de sua legitimidade de único responsável para dirimir os conflitos.

Logo, sua atividade encontra-se demasiadamente comprometida e sem a devida solução de continuidade ante o panorama atual, pois o Estado perde sua autonomia decisória, e conseqüentemente novas formas de solução de litígios tendem a surgir.

Para Spengler (2016), a crise do Poder Judiciário pode ser identificada, ainda:

como uma crise de identidade e eficiência. Enquanto crise de identidade, pode-se vislumbrá-la por um certo embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a capacidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço. Não se pode perder de vista, também que o aparato judicial, para tratar os conflitos atuais, serve-se de instrumentos e códigos muitas vezes ultrapassados, ainda que formalmente

em vigor, com acanhado alcance e eficácia reduzida. Tal eficácia e alcance muitas vezes atingem somente os conflitos interindividuais, não extrapolando o domínio privado das partes, encontrando dificuldades quando instado a tratar de direitos difusos e coletivos. (SPENGLER, 2016, p. 43).

No que concerne à crise de eficiência Spengler (2016) salienta que:

Intimamente ligada à crise de identidade encontra-se a crise de eficiência, uma vez que, impossibilitado de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa diante da qual se depara, o Judiciário sucumbe perante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas. Evidencia-se, então “o flagrante descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais, em termos qualitativos quanto quantitativos”. Esse descompasso entre a oferta e a procura gera uma frustração geral, decorrente da morosidade e da pouca eficiência dos serviços judiciais, quando não da sua simples negação aos segmentos desfavorecidos da população que precisam lidar com a diferença entre a singela concepção de justiça que possuem e a complexidade burocrática/formal dos ritos processuais. A conjugação dessas duas circunstâncias acaba provocando o desprezo e o descrédito do cidadão comum pela justiça, afastando-o dela muitas vezes. (SPENGLER, 2016, p. 44).

Importa ressaltar, ainda, que no contexto atual o Estado tem demonstrado total incapacidade para monopolizar o processo de regulação e resolução de conflitos, o que na visão Roth (1996) produz um “direito reflexivo, ou seja, um direito procedente de negociações, de mesas redondas, etc.”, ainda:

A teoria do direito reflexivo integra a incapacidade atual do Estado de “dirigir” a sociedade e legitima a multiplicação de instâncias negociais entre atores sociais [...] O papel do Estado se limita, por um lado, a dar indicações e promover incitações (não coativas) quanto ao conteúdo das regras, e por outro lado, a controlar a conformidade dos procedimentos negociais. (ROTH, 1996, p. 22).

Nessa senda, o que se observa é uma total desconexão entre o aparato judicial e o sistema político e social, implicando num notório distanciamento da lei da sociedade na qual se encontra inserida, não satisfazendo conseqüentemente à pretensão adequada ao tratamento dos conflitos.

Nesse sentido (LUCAS, 2004) salienta que na inexistência de um poder que centralize o processo de produção e aplicação do direito no contexto de várias e complexas racionalidades, a sociedade atual cede espaços para que surjam instâncias alternativas de regulação e solução de conflitos, processo que se dá inclusive em âmbito internacional.

No âmbito internacional surge um direito paralelo ao dos Estados, oriundo da integração econômica e da formação de blocos entre as nações, ou mesmo objeto da proliferação dos foros de negociação descentralizados e estabelecidos pelos conglomerados empresariais.

Essas novas tendências explicam parcialmente a expansão dos procedimentos jurisdicionais alternativos como a arbitragem, a negociação, adequados que são para atender à lógica da celeridade, da informalização, da pragmaticidade, próprias da racionalidade mercadológica/pragmática contemporânea (LUCAS, 2024).

Todavia, tal utilitarismo processual quando não preocupado com as garantias constitucionais democráticas demonstram o compromisso da Jurisdição/administração com a eficiência e a celeridade definidas pelo mercado. Logo, garantias constitucionais são atropeladas para se ajustar a um tempo imediato que seja capaz de produzir respostas imediatas e esquecem que o direito deve ser instrumento de garantia. Destarte, a consequência dessa produção em série no intuito de responder aos padrões/metras de eficiência colocam a prova a realização do direito.

De outra banda, também não se pode negar que outros aspectos merecem atenção quanto a crise de eficiência vivenciada pelo Poder Judiciário brasileiro, pois se denota também que tal crise é consequência de outros aspectos dentre eles: crise estrutural evidenciada pelas dificuldades quantos as instalações, pessoal, equipamentos, custos, bem como uma crise objetiva que guarda relação com a utilização da linguagem técnico-formal utilizada nos procedimentos e rituais forenses, a burocratização, a morosidade e principalmente o acúmulo de demandas. No mais, verifica-se a incapacidade dos operadores de lidarem com novas realidades fáticas, que exigem mudança cultural e de mentalidade objetivando dar as respostas devidas aos litígios contemporâneos.

Permeada por todos esses pontos de ruptura, a crise de identidade aponta para três outros graves problemas, que embora em menor magnitude, tendem a influenciar sobremaneira a crise de eficiência e que podem, se sintetizados na desconexão entre a realidade social, econômica e cultural da qual advém os conflitos e a realidade legal ultrapassada.

Importa ressaltar que a legislação moderna assim denominada em decorrência de ser editada em consonância com concepções contemporâneas do Direito, apta a lidar também com conflitos coletivos de natureza distributiva e social encontra obstáculo para sua aplicação em uma cultura profissional dos operadores do Direito sofrendo de excesso de formalismo e individualismo.

Nesse sentido, Spengler (2016, p. 25) salienta que:

Assim, a capacidade do Poder Judiciário de absorver e decidir conflitos, estando intimamente vinculada a sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, pode ser equacionada partindo de dois dados fundamentais: a profundidade das mencionadas mudanças projetadas pelos conflitos e a velocidades em que se processam na esfera social. É nesse sentido, que o Judiciário (enquanto sistema) depende do próprio reconhecimento do meio social quanto a sua eficiência, a qual é medida por sua capacidade (em termos estruturais e temporais) de absorver e tratar conflitos. A perda dessa capacidade contribui para fragilizar o papel judicial institucional e até mesmo o político. A dúvida que se instala é quanto ao futuro do Poder Judiciário: Está ele propenso a desaparecer?

No mesmo sentido, Lucas (2024, p. 32) aduz que:

Pode-se afirmar que a crise funcional da Jurisdição decorre de um conjunto de várias crises que afetam o modelo moderno de direito como um modelo de regulação e produção social. O descompasso entre a realidade e a jurisdição não é novo, e resulta de um conjunto de desajuste nos planos estrutural, epistemológico, operacional, operacional, teórico, representados, por sua vez, pela formação extremamente positivista dos operadores jurídicos, pela burocracia judicial ultrapassada, pelos déficits instrumentais do Poder Judiciário, pela falta de recursos humanos, pelos índices elevados de corrupção, pela legislação processual excessivamente desarticulada, etc.

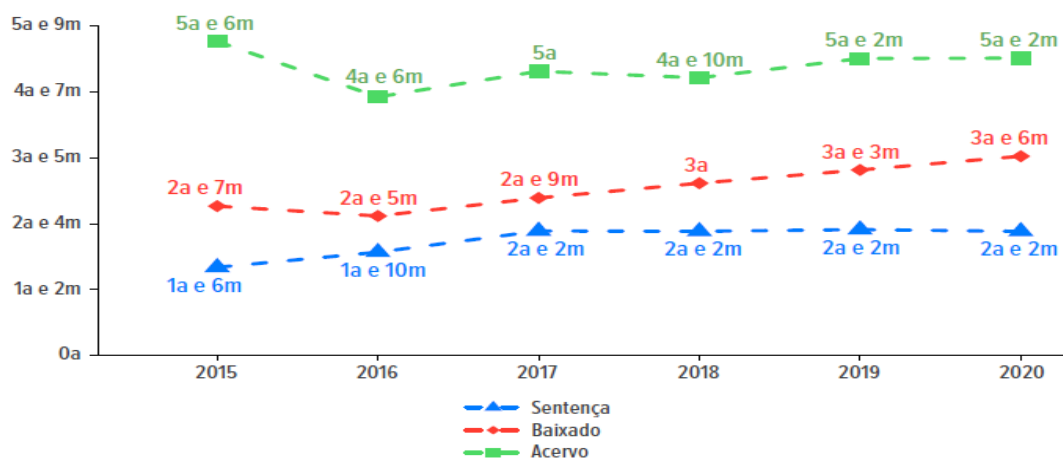
Os reflexos imediatos das transformações sociais inclinam-se para um esfacelamento do Estado e o seu conseqüente enfraquecimento, e para uma intervenção estatal mínima no campo social, consolidando-se desta forma um Estado fortemente repressivo, do ponto de vista do controle e da punição, e da legislação penal.

Nessa senda, impossível que a justiça penal brasileira passasse incólume a crise do judiciário brasileiro, pois dele faz parte e conseqüentemente também vive suas agruras. A crise ora vivenciada muito é creditada a ineficácia da base principiológica da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois o processo penal brasileiro necessita ser constitucionalizado e democratizado efetivamente, passando a convencionalizar o contido na legislação, pois na prática o caminho trilhado é diverso (LOPES JR., 2018).

Oportuno, ainda, salientar que o Poder Judiciário já não suporta o contingente de demandas propostas e de conflitos sociais sob sua responsabilidade. A crise de legitimidade do sistema de justiça criminal contemporânea, em especial, há muito ultrapassa o mero plano da abstração teórica para se tornar visível em todos os aspectos da vida cotidiana. Consequência dessa constatação é que o direito penal real, ou seja, aquele praticado diariamente tanto por meio da política criminal, no Congresso Nacional, quanto na prática diuturna do foro, já se encontra muito afastado daquele direito penal racional, pensado pela dogmática crítica, com todas as garantias e prerrogativas a ele inerentes.

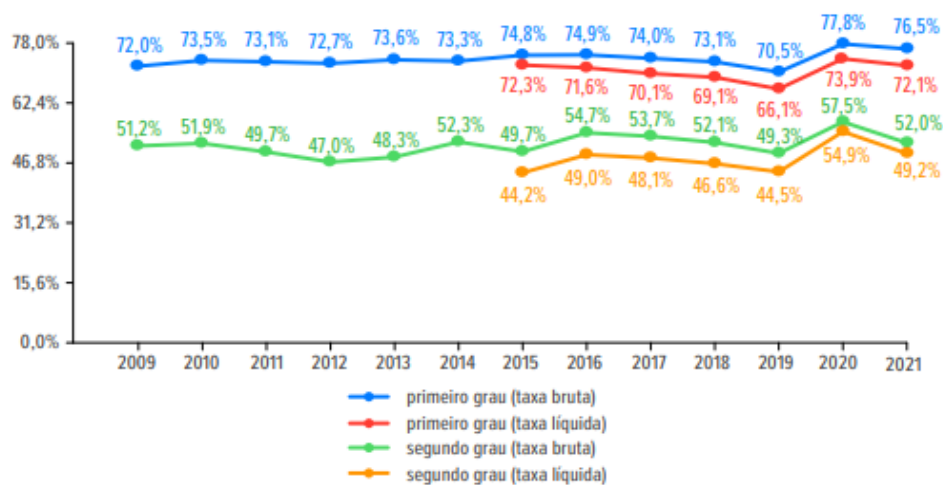
A implicação primeva desta crise da jurisdição pode ser comprovada mediante os números apresentados pelo relatório Justiça em Números, produzido anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo que, no ano de 2022, os dados demonstraram um congestionamento de 75% na Justiça Estadual:

Figura 1 - Tempo médio de duração de processos no Brasil



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

Figura 2 – Série histórica de taxa de congestionamento



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

É sabido que a partir do momento em que o Estado assume a incumbência de dirimir os litígios, em especial na seara penal, estes em regra se dão através da instauração de um processo. E na jurisdição penal a demanda é originada em fluxo contrário, ou seja, o cidadão forçosamente passa a figurar na condição de investigado ou acusado, não se observa um ato livre e orientado de buscar o Poder Judiciário.

O acesso à justiça penal não pode ser observado como um ato livre e auto-orientado de procurar o Poder Judiciário. Trata de uma demanda originada em fluxo contrário, que direciona/compete o cidadão à posição jurídica de investigado ou acusado. Conseqüentemente, após o surgimento o conflito já é acionada a autoridade policial e segue seu trâmite junto aos órgãos estatais encarregado de propor e julgar as ações penais.

Lopes Jr. (2018) salienta que a grave crise hoje enfrentada no processo penal brasileiro deve ser analisada a partir de três dimensões: a crise existencial do processo penal; a crise identitária da justiça penal; e a crise da (in) eficiência do regime de liberdade no processo penal, tão somente a partir da exata compreensão desses três aspectos será possível minorar os danos que implicarão na evolução do processo penal e sua conformação constitucional e convencional. Logo, ao analisar cada uma dessas dimensões no intuito de melhor compreender a situação de crise

da jurisdição penal brasileira e as consequentes medidas que podem minorar os danos e viabilizar a evolução do processo penal brasileiro.

De início é oportuno atentar que a jurisdição penal, mais especificamente o processo penal tem sua existência fundada no princípio da necessidade, ou seja, resta impossível a imposição de qualquer sanção de natureza penal sem a existência prévia de um processo penal. Diga-se de passagem, significativo avanço civilizatório.

Entretanto, percebe-se que um ou outro mecanismo de resolução de conflitos penais vem sendo utilizado, ou seja, a justiça negocial. Conforme aduz (LOPES JR., 2018) a justiça negocial é um gênero, no qual se inserem como espécies as formas de negociação sobre a pena (transação penal), acordos sobre a abreviação do rito com diminuição da pena e também a delação/colaboração premiada.

Tais mecanismos de negociação ou espaços de consenso guardam proximidade entre si na proporção em que permitem a aplicação de uma sanção de natureza penal sem que haja a necessidade da tramitação de um processo até final prolação de uma sentença de mérito, ou seja, o rito processual é abreviado, implicando consequentemente num rompimento com o modelo do confronto tão característico da jurisdição penal.

É oportuno ressaltar que os mecanismos negociais ora utilizados no processo penal tendem a se fortalecerem, pois paulatinamente tem se observado a legislação processual penal voltada a solidificar ainda mais tais práticas com a criação de novos institutos desta jaez.

Lopes Jr. (2018) ao analisar a justiça negocial salienta que:

Vivemos em uma sociedade hiperacelerada, regida pela velocidade, vão dizer, com algumas variações conceituais, mas com um mesmo núcleo fundante, Bauman, Virillo, Morin, Pascal Bruckner, Comte-Sponville e os principais pensadores contemporâneos. Estamos imersos numa narcose dromológica, sedados pelo instantâneo e o imediato, onde qualquer demora, por menor que seja, nos causa um imenso sofrimento. François Ost vai mostrar a dicotomia entre o tempo social e o tempo do direito, mas também entre o tempo na sociedade e o tempo no direito. Nessa perspectiva de hiperaceleração, é claro que o processo penal “também” é filho da flecha do tempo, ou seja, também sofre esse influxo, ainda que o tempo do processo ainda seja muito mais lento e demorado que o tempo da sociedade. (LOPES JR., 2018, p. 24).

No mesmo sentido, Sica (2011) afirma que:

Passada a primeira década do terceiro milênio, não é mais razoável continuar acreditando que um fenômeno complexo, multifatorial e dinâmico como o crime possa ser encaminhado por uma via de mão única, oferecida pelo modelo “crime-pena” de regulação social. Problemas complexos exigem respostas variadas. Punir (só) é uma resposta monolítica, obsoleta, insuficiente. As demandas para mediar existem e encontrarão espaço para fluir: espaço privados e à sombra da lei ou arenas públicas, sob a insígnia da lei. É uma questão de escolha, compromisso e projeto coletivo que cada sociedade deve fazer. O modelo tradicional de justiça penal padece de defeitos e anacronismos notáveis, dentre os quais destaca-se sua incapacidade de comunicar aos cidadãos os valores protegidos pelas normas. Essa função não é cumprida em razão do déficit comunicativo que o sistema patrocina, em dois níveis: a linguagem inacessível dos tribunais e o estímulo da mensagem normativa exclusivamente pelo mecanismo da pena, ou seja, utiliza-se só uma parte (sanção) para comunicar a validade do todo (preceito), ao redor do qual se desenvolve o diálogo entre as partes. (SICA, 2011, p. 45).

No entanto, tal aceleração exige que seja observado um equilíbrio, pois muito embora se busque a tramitação processual célere, sem uma demora excessiva, resta primordial a não violação e restrição de direitos e garantias fundamentais. Faz-se necessário que seja criada uma efetiva estrutura de consenso em detrimento de estruturas de conflito funcionalmente orientada (FIGUEIREDO DIAS, 2011).

No mais, há que se observar que o Brasil possuiu uma cultura da banalização do direito penal, situação a qual alguns denominam de pampenalização, ou seja, o direito penal é utilizado de forma desmedida, conseqüentemente a carga de processos penais é excessiva, impedindo o bom funcionamento das unidades judiciárias.

Tal situação segundo Lopes Jr. (2018) leva a crise de credibilidade do processo e da jurisdição, conduzindo a ampliação dos casos de prisão preventiva, menos liberdade no processo, menos direitos e garantias processuais e mais eficiência (leia-se: atropelo procedimental).

No mundo contemporâneo, barreiras de toda ordem tem sido superadas implicando na necessidade emergente do Judiciário modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus mecanismos de funcionamento objetivando sua sobrevivência como poder autônomo que é.

Logo, muito embora o Poder Judiciário possua toda uma organização estrutural fundada na legislação, resta necessário sua adequação a um mundo onde a simultaneidade passou a ser regra. Não mais se pode permitir que possua um

tempo diferido quando da solução dos litígios que lhe são apresentados, muito embora se tenha conhecimento da ausência de meios materiais e a ausência de condições técnicas que o possibilitem alcançar a celeridade almejada.

Oportuno ainda ressaltar que existe uma distância considerável entre a função real do Judiciário e as demandas sociais emergentes, Zaffaroni (1995) as denomina de “reclamações”, que se originam nos seguintes aspectos: a concretização de demandas constantes no papel atribuído ao Judiciário, estabelecendo quais delas são razoáveis e quais constituem lutas políticas de deslocamento de conflitos indissolúveis, ou seja, definir de modo não ingênuo os limites de sua função manifesta; e estabelecer os possíveis modelos de reformas estruturais que possam dotar o judiciário de idoneidade o possibilitando cumprir suas funções, revertendo o que se denomina “crise do judiciário”.

Nesse contexto, Sica (2011) salienta que embora dentro do Direito, o Direito Penal criou um mundo alheio ao seu redor, afastado dos demais ramos do direito. O que no seu entender o tornou mais “penal” e menos “direito”. O que o levou a substituir qualquer forma de mediação de conflitos pela imposição da pena. “Criou-se para nós, um nó a desatar: como legitimar, ou melhor, relegitimar a mediação como resposta penal? Como recuperar aquela noção de construção de Justiça e produção do Direito por meio do diálogo?”.

A doutrina, em especial a de Dieter Rössner (2000, p.211) ressalta que não observa dificuldades na superação em tal entrave, pelo contrário. Segundo o autor a “mediação é um elemento básico do controle do crime”, a teoria criminal tenta se autoimunizar contra a realidade social, ignorando a complexidade do conflito entre a vítima e ofensor, decidindo-o de acordo com padrões e negando-se a compreendê-los.

Importante ressaltar, ainda, que ao longo da História os homens elaboraram inúmeras modalidades de gestão de conflitos, algumas fundadas na força, ou seja, utilizando-se de supremacia real ou presumida, outras fundadas no reconhecimento de uma posição paridade.

Sica (2011) salienta que todas as formas de gestão de conflitos, seja baseada na força ou no consenso, guardam em comum a pretensão de resolver um problema que criou um conflito entre as parte e o sistema normativo. Logo, a resolução não violenta de um conflito não impede que um terceiro, neutro, integre esse conflito e

possa solucioná-lo, pois comumente a presença de um terceiro garante essa discussão em um nível de civilidade apto a solucionar o problema.

Nesse contexto, a arbitragem, a conciliação, e a mediação, podem perfeitamente funcionar como técnicas adequadas de solução de conflitos, em contraponto ao recurso à autoridade judiciária e ao processo adversarial.

Com efeito, um dos instrumentos viabilizadores da minoração da crise da jurisdição pode ser a utilização da Justiça Restaurativa, pois pode ser aplicada em diversos âmbitos, bastando lembrar-se da mediação penitenciária, adotada no âmbito das instituições carcerárias, com o propósito de melhorar as condições do cumprimento da pena e viabilizar benefícios ao condenado.

Zehr (2012), em síntese, define o modelo restaurativo como um processo voltado a restaurar, dentro dos limites possíveis, todos que tenham interesse em uma ofensa particular, e identificar e atender coletivamente aos danos, necessidades e obrigações derivados de determinado conflito, com o propósito de curar e repará-los da melhor maneira possível.

No mesmo sentido, Spengler e Gimenez (2018) salientam que há necessidade da mudança de paradigma a partir da construção de uma Justiça Restaurativa, baseada no diálogo e consenso, posto que o sistema punitivo atual consiste em propagador das dimensões da seletividade social. Destarte, nada obsta que o mecanismo restaurativo seja observado como um novo modelo de justiça penal onde o foco e modo tratar o ilícito devam ser observados de forma diversa da atual, pois em sendo em muito contribuirá para mitigar a crise da jurisdição.

3.3 As políticas públicas de acesso a uma justiça penal de qualidade

Dentre as inúmeras atribuições do Estado uma delas é a de promover políticas que priorizem a convivência entre os cidadãos, de forma tal que sejam multiplicados os espaços públicos de cooperação e participação, pois cumpre ao Estado atender às necessidades públicas, e este, atua através da administração para que possa assim desenvolver suas atividades e alcançar os fins a que se incumbe.

Desse modo, esta atividade, que é pensada como atividade administrativa do Estado, constitui conteúdo de deveres funcionais específicos. Nesse sentido, um dos

mecanismos comumente utilizados para efetivar tais pretensões é a utilização das políticas públicas.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), dedicou integralmente um capítulo acerca da Administração Pública, artigo 37 e seguintes, fazendo referência aos princípios fundamentais que a norteiam, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade probabilidade e eficiência.⁶

Nesse sentido, as políticas públicas consistem num conjunto de ações ou programas voltados para a consecução do bem ou interesse comum. A doutrina salienta que o conceito guarda relação direta com a expressão “política” originária da palavra grega *polis*, ou seja, aquilo que no dizer de Rodrigues (2010) “ao que é urbano, público, civil e social”.

Ainda, Schmidt (2018) aduz que “políticas públicas são respostas do poder público a problemas políticos [...] as políticas designam iniciativas do Estado (governos e poderes públicos) para atender demandas sociais referentes a problemas políticos de ordem pública ou coletiva”. Salienta, ainda, que em sociedades desiguais, comuns na maior parte do planeta, no passado e no presente, o poder público raramente adota iniciativas que beneficiam a todos por igual. A maior parte das decisões públicas, beneficia diferentemente os setores sociais e atende aos interesses de certos setores em detrimento de outros.

No mais, salienta que as respostas do poder público aos problemas políticos não são necessariamente soluções adequadas ao afirmar que:

Nas democracias, a lógica política impõe que os governos respondam rapidamente às demandas sociais sob pena de se inviabilizarem. As demandas sociais levam a constantes ajustes nas políticas existentes e à criação de novas políticas. As respostas, todavia, não necessariamente atendem as expectativas da maioria da população, nem as das principais forças políticas. Medidas para impulsionar o crescimento econômico ou para combater a inflação, por exemplo, são frequentemente inócuas ou produzem efeitos colaterais indesejados. É comum que o crescimento econômico esteja associado a níveis elevados de inflação e que a redução da inflação esteja acompanhada por elevados índices de desemprego. O senso comum tende a atribuir os fracassos das políticas a fatores como a incompetência, a falta de vontade e a corrupção dos governantes. Sem deixar de levar em conta esses fatores, os estudos científicos reportam inúmeros outros aspectos, como: a) consequências negativas derivadas de

⁶ [...] Título III – Da Organização do Estado – Capítulo VII – Da Administração Pública – Seção I – Disposições Gerais – Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estado, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, [...]

um estilo de gestão excessivamente centralizado ou desarticulado; b) a falta de uma visão sistêmica no planejamento (de modo que os efeitos positivos de uma política são anulados pelos efeitos negativos de outra); c) a supremacia de interesses particulares poderosos (muitas vezes invisíveis) sobre os interesses da maioria; d) o predomínio de valores e crenças na sociedade que obstaculizam a implementação de políticas (como o atendimento humanizado ao abortamento, preconizado pelo Ministério da Saúde); e) os limites (insuperáveis) da inteligência humana na tomada Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas 126 Revista do Direito [ISSN 1982-9957]. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018. <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index> de decisão pública; f) recursos escassos para atender demandas sociais crescentes⁷ ; g) a interferência de forças macrosociais que estão além do controle dos gestores. (SCHMIDT, 2018, p. 124).

Com efeito, a necessidade de dar respostas às demandas sociais é tão premente para os governantes que por vezes as respostas não passam de simulacros ou jogos de cena. Sem capacidade real para resolver um problema, são adotadas medidas paliativas ou de desvio de atenção.

Inobstante as variadas definições de políticas públicas, de acordo com Schmidt (2008), estas:

[...] configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades. (SCHMIDT, 2008, p. 2310).

Nesse sentido, comumente as políticas públicas são elaboradas quando da ocorrência de situações de dificuldades ou em razão de algum problema, que necessita de uma intervenção estatal, envolvendo todos os atores de forma ampla, e que passa a ser inserida na agenda política.

Segundo Spengler (2012) os elementos conceituais das políticas públicas envolvem três dimensões: a institucional, também denominada de *polity*, ordenada pelo sistema político e descrita pelo sistema jurídico; a processual, *politics*, resultado da dinâmica da política e da competição de poder; e, por fim a material, *policy*, que envolve o conteúdo concreto dito como o “Estado em ação”. Importa ressaltar que as esferas são permanentes e guardam reciprocidade. Logo, diante da situação a ser solucionada são formuladas políticas públicas objetivando solucionar o problema político em pauta e as conseqüentes formas de solução a serem utilizadas. O passo

seguinte consiste na forma da sua implementação e da concretização da formulação, por meio de mecanismos que materializem as diretrizes programas e projetos, por conseguinte sob responsabilidade da administração pública. Por fim, ultrapassadas as fases anteriores analisam-se os seus resultados, custos e aceitação por parte dos cidadãos. As fases de uma política pública podem ser mais bem compreendidas em conformidade com a Figura 3, abaixo:

Figura 3 – Fases das políticas públicas



FONTE: FREY, K. (2000)

Vale ressaltar, ainda, que como estratégia, a política pública tende a incorporar elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. Ante essas observações, constata-se que a participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas é de fundamental influência.

Nessa esteira, as políticas públicas inegavelmente vêm trazendo efetivas contribuições para que se possa melhor compreender as instituições e a complexidade que envolve a vida cotidiana, pois são programas de ação governamental que resultam de um processo visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, tendo em vista a realização de objetivos relevantes na esfera social e determinados politicamente.

No que concerne ao acesso à justiça no Brasil, vislumbra-se sem esforço que este possui entraves, inclusive (CARVALHO, 2011) aduz que o acesso à justiça de forma igualitária é ainda limitado, por fatores que englobam vários aspectos políticos, sociais e econômicos, pois apenas uma parcela da população é detentora desse direito social plenamente reconhecido.

Logo, é possível verificar a existência de uma oposição entre o ideal de cidadania e a democratização do acesso à justiça. Carvalho Filho (2009) leciona que nas últimas décadas fora constatado no Brasil uma valorização dos direitos difusos e coletivos, dentre os quais: o meio ambiente, a defesa dos consumidores, no entanto crítica que o mesmo não ocorreu em se tratando da efetividade dos direitos civis, em especial, os relacionados às liberdades individuais contidos na Constituição Federal de 1988.

No entanto, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário, traduzindo-se no direito de acesso a uma justiça organizada de forma adequada, cujos instrumentos processuais sejam aptos a realizar efetivamente os direitos assegurados ao cidadão. É por isso que não basta “garantir o acesso aos tribunais, mas principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos através de um *acto juridictio*” (SPENGLER, 2008, p. 50)

No mais, a implementação da política pública pelo efetivo acesso à justiça busca de plano corrigir o processo judicial, visando à fidelidade aos seus fundamentos democráticos. O acesso à justiça possibilita, de acordo com Cappelletti e Garth (1988), o mais basilar dentre os direitos do homem, pois viabiliza dentro de um sistema jurídico moderno e igualitário garantir e não apenas proclamar, sob o aspecto formal, o direito de todos.

No ano de 2015, a Organização das Nações Unidas, propôs aos seus países membros uma nova agenda de desenvolvimento sustentável para os próximos 15 anos, a Agenda 2030, a qual é composta pelos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) ⁷. A propositura desse esforço coletivo, de países, empresas, instituições e sociedade civil, através dos ODS objetivam assegurar os direitos humanos, acabar com a pobreza, lutar contra a desigualdade e a injustiça, alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de mulheres e meninas, agir contra as

⁷ Fonte: (<https://www.pactoglobal.org.br/>).

mudanças climáticas, bem como enfrentar outros dos maiores desafios de nossos tempos. O setor privado tem um papel essencial nesse processo como grande detentor do poder econômico, propulsor de inovações e tecnologias influenciador e engajador dos mais diversos públicos – governos, fornecedores, colaboradores e consumidores.

Dentre tais objetivos, o Objetivo 16 chama atenção pelo objetivo a que se propõe e conseqüentemente pela possibilidade de minorar a crise do Poder Judiciário, pois tem como finalidade “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”⁸.

A origem dos ODS guarda relação com os ODMS (Objetivos de Desenvolvimento do Milênio), os quais tinham como finalidade também atender problemas sociais, ambientais e econômicos, os quais advieram em decorrência da necessidade de minorar problemas globais relativos às mudanças climáticas, desmatamento, poluição, desigualdade social, dentre outros.

A propositura desse esforço coletivo entre países, empresas, instituições e sociedade civil, através dos ODS, objetivam assegurar os direitos humanos, acabar com a pobreza, lutar contra a desigualdade e a injustiça, alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de mulheres e meninas, agir contra as mudanças climáticas, bem como enfrentar outros dos maiores desafios de nossos tempos.

O setor privado tem um papel essencial nesse processo como grande detentor do poder econômico, propulsor de inovações e tecnologias influenciador e engajador dos mais diversos públicos – governos, fornecedores, colaboradores e consumidores.

Dentre tais objetivos, o Objetivo 16 chama a atenção porque se propõe a minorar a crise do Poder Judiciário, pois tem como finalidade “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”⁹.

Importa ressaltar, igualmente, que o ODS 16.3 tem como objetivo promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso

⁸ Fonte: (<https://www.pactoglobal.org.br/>).

⁹ Fonte: (<https://www.ipea.gov.br/>).

à justiça para todos. Nesse contexto, o Brasil se comprometeu a fortalecer o Estado de Direito acesso à justiça a todos, em especial aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade¹⁰.

Destarte, a pretensão é tornar a meta de acesso à justiça mais próxima à realidade brasileira. Pesquisa do IPEA aponta que, em 2010, apenas 40% das pessoas em conflito buscavam um meio estatal de solução. Um levantamento do Departamento Penitenciário Nacional (MJ), em junho de 2016, aponta que cerca de 40% das pessoas privadas de liberdade aguardavam julgamento àquela data, em explícito descumprimento do direito de acesso à justiça e dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência¹¹.

No mais, além disso, não faz sentido tratar de justiça de forma tão genérica, uma vez que o acesso à justiça não é, de fato, um problema para todos. Logo, a agenda de Estado deve se concentrar, sobretudo, em garantir o acesso à justiça aos segmentos mais vulneráveis.

De outra banda, constata-se que dado o compromisso internacional do Brasil têm-se observado a atuação de todos os Poderes da República Federativa do Brasil e a participação do Supremo Tribunal Federal (STF) é fundamental para a efetivação de medidas para este desafio mundial tendo em vista a possibilidade de se empreender no âmbito da Corte políticas e ações concretas.

Dentre as iniciativas do Supremo Tribunal Federal (STF), verifica-se que todos os processos de controle de constitucionalidade e com repercussão geral reconhecida, indicados pelo Presidente para a pauta de julgamento restaram classificados com o respectivo objetivo de desenvolvimento sustentável¹².

Portanto, neste amplo projeto de aproximação do STF com a Agenda 2030, está programada para as próximas etapas a identificação de processos de controle concentrado e com repercussão geral reconhecida ainda em tramitação, mesmo sem indicação de julgamento próximo.

¹⁰ Fonte: (<https://www.ipea.gov.br/ods/ods16.html>).

¹¹ Fonte: (<https://www.gov.br/depen/pt-br>).

¹² Fonte: (<https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>).

4 AS POSSIBILIDADES E LIMITES DA AUDIÊNCIA VIDEOCONFERÊNCIA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO PENAL

Dentre as alterações havidas com a implementação do modelo de Justiça Digital no Brasil, a mais perceptível é a possibilidade de realização de atos processuais virtuais, em especial, audiências criminais por meio de videoconferência, amplamente utilizadas desde o surgimento da pandemia da COVID-19.

No entanto, inobstante os benefícios decorrentes de uma tramitação processual mais célere, redução de custos, possibilidade de gravação *ipsis literis* do teor dos depoimentos prestados. Contudo, é importante salientar da necessidade de infraestrutura adequada para prática de tais atos e, principalmente, de que seja observado o exercício e proteção das garantias individuais.

4.1 O acesso à *internet* como direito humano fundamental

As relações entre os seres humanos sempre foram marcadas por conflitos, os quais sempre exigiram soluções no intuito de pacificar a vida em sociedade. A doutrina salienta que a evolução desses conflitos implicou por gerar, no século XVIII, as positavações legais *Bill of Rights* (1776) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), as quais ratificaram o reconhecimento dos direitos fundamentais como essência do Estado Moderno Constitucional (RODRIGUES; MENEZES, 2022).

A doutrina moderna e de destaque não diferencia as expressões, direitos humanos e direitos fundamentais, inclusive, em regra, as têm como sinônimas, pois ambas tendem a assegurar e promover a dignidade da pessoa humana, implicando admitir que quanto a finalidade as expressões se assemelhem. Entretanto, Pérez Luño (2013) afirma que enquanto os direitos humanos resultam de tratados internacionais e visam proteger a pessoa independentemente da sua origem e vinculação territorial, os direitos fundamentais são os direitos humanos que foram positivados pelos Estados em suas Constituições.

No mesmo sentido, Sarlet (2006) afirma que em que pese sejam ambos os termos comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que:

[...] “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2006, p. 95).

Com efeito, os direitos fundamentais são direitos contidos na ordem jurídica, ou seja, muito embora se origem do direito natural, não se reduzem a ele. Tal assertiva é perfeitamente constatada quando são conferidos direitos a grupos ou coletivos, direitos esses criados e positivados pelo legislador, em consonância com opções legítimas e em conformidade com a ordem legal. Nessa esteira, ao conceituar direitos fundamentais Silva (2011, p. 178) salienta que:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Seguindo o fio condutor, Cunha Junior (2013, p. 548) afirma que direitos fundamentais “são posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas”.

No mesmo sentido, Ferrajoli (2004, p. 37) salienta que “são direitos subjetivos que correspondem universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir”.

Ainda, Perez Luño (1995, p. 48) os conceitua como:

um conjunto de facultades y instituciones que em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos à nível nacional y internacional

Na mesma senda, “os direitos humanos são valores superiores que existem no mundo axiológico, enquanto os direitos fundamentais, nomenclatura do mundo jurídico, são os direitos humanos positivados, trazidos para o mundo real” (GORCZEVSKI, 2009, p. 24).

No mesmo sentido, Rodrigues e Menezes (2020) afirmam que se deve entender a expressão direito fundamental como um conjunto de direitos e garantia intrínsecos à natureza do ser humano, ou seja, a partir do momento em que o indivíduo nasce com vida, passa a ser possuidor deste conglomerado de direitos e garantias e, por conseguinte, potencial usufruidor deste patrimônio ao longo de sua existência.

No que concerne às origens dos direitos fundamentais, é sabido que a expressão surgiu na França quando do movimento político que originou a Declaração dos Direitos Universais do Homem e do Cidadão, em 1789. No entanto, é necessário salientar que eles são consequências da própria humanidade.

Desse modo, salienta Gorczewski (2009), a noção de proteção ao homem remota as mais primeiras eras, perdendo-se no tempo, possuindo como marco de surgimento as normas de cunho religioso, que são a gênese da civilização, iniciando com os hominídeos, possuindo, portanto, caráter universal.

Entretanto, da forma como atualmente concebidos, ou seja, como princípios jurídicos constitucionais especiais que ratificam o devido respeito a dignidade da pessoa humana, estes surgem com a criação do Estado Constitucional, o que pode se observar da previsão destes em normas de âmbito constitucional.

É importante ressaltar que a doutrina entende como imprescindível a intervenção legislativa para possibilitar a devida operatividade aos preceitos constitucionais garantidores de tais direitos, dada a complexidade do conteúdo de que delas se extraem, tanto do viés filosófico quanto doutrinário, assim como sua localização topográfica nos preâmbulos das constituições.

Acerca da classificação dos direitos fundamentais, a doutrina ao tempo que faz menção à expressão “dimensões” dos direitos fundamentais, também o faz utilizando-se da expressão “gerações”. No entanto, não há consenso por parte da doutrina quanto à terminologia para definir evento de evolução histórica dos direitos

fundamentais e isso é mais comum ocorrer por aqueles que fazem uso das expressões gerações e dimensões.

Leciona Bonavides (2006, p. 503), ao fazer referência expressa ao termo gerações dos direitos fundamentais para explicar a inserção histórica deles nas constituições dos países, afirma que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]”.

Entretanto, parte da doutrina têm se levantado contra o posicionamento acima firmado, uma vez que, para eles, o termo “gerações” é impróprio para definir esta evolução dos direitos fundamentais. Fundamentam seus argumentos no fato de que o termo gerações poderia desencadear a falsa ideia no seguinte sentido: conforme fossem evoluindo, ocorreria uma substituição de uma geração por outra, o que como sabemos, jamais poderá acontecer. Tal posicionamento doutrinário defende que o mais correto seria a expressão “dimensão”, e não geração.

Nesse contexto, Sarlet (2013, p. 45) ao tratar do tema destaca que:

a conceituação de gerações é bastante problemática, uma vez que remete à ideia de substituição de cada geração pela posterior, porém, observa-se que não houve supressão dos direitos das anteriores gerações, como pode-se verificar na própria Constituição Federal de 1988, que inclui os direitos de todas as gerações. Por isso, muitos autores optam pela denominação de “dimensões” dos direitos fundamentais, com a finalidade de evitar essa falsa impressão de substituição gradativa.

Todavia, ao utilizar-se da expressão “gerações”, Bonavides (2006) salienta que a primeira geração trata das liberdades negativas clássicas, que dizem respeito ao princípio da liberdade, configurando-se os direitos civis e políticos. Remontam ao século XVIII e representam uma resposta do Estado Liberal ao Estado Absolutista, correspondem à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. Dentre estes direitos, se incluem à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, etc.

Quanto à segunda geração, estes guardam relação com as liberdades positivas, reais ou concretas, assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano. Historicamente, o surgimento destes tem como marco mais significativo a Revolução Industrial. Os direitos de segunda geração, ao invés de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste políticas públicas, tratando-se,

portanto, de direitos positivos os quais impõe ao Estado uma obrigação de fazer, diz respeito aos direito à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, entre outros.

No que concerne aos de terceira geração, estes consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo os interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo específico ou Estado. É oriundo da revolução tecnocientífica (terceira revolução industrial), revolução dos meios de comunicação e de transportes. Dentre os direitos de terceira geração, podemos mencionar o direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente a autodeterminação dos povos, direito à comunicação, de propriedade, ou seja, cuida-se de direitos transindividuais.

Quanto os de quarta geração, trata-se dos direitos relacionados a globalização política, à democracia, à globalização, à informação e ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para qual parece caminhar o mundo.

Nas palavras de Novelino (2016):

tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compreendem o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política. (NOVELINO, 2016, p. 229)

Quanto aos direitos de quinta geração, alude se tratar como o sistema de direitos a ainda a incorporar os anseios e necessidades humanas que se apresentam com o tempo, ou seja, aqueles que ainda a serem articulados e desenvolvidos. São os direitos oriundos de respostas à dominação biofísica que se impões uma única visão do predicado “animal” do homem, conduzindo os “clássicos” direitos econômicos, culturais e sociais a todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania do estereótipo de beleza e medidas que acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos.

Inobstante a controvérsia quanto à classificação trazida pelo autor, é oportuno mencionar que os direitos fundamentais tratam, segundo Silva (2011, p. 44), de “prerrogativas e instituições que se concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

No que concerne à evolução dos direitos fundamentais, é inequívoco que esta acompanha o processo histórico decorrente das lutas sociais, diferenças culturais, regimes políticos e, sobretudo, o progresso científico, técnico e econômico (CUNHA JUNIOR, 2013). No entanto, historicamente, vislumbra-se que muito embora os homens possuam suas diferenças, em especial biológicas e culturais, nenhum indivíduo, grupo ou nação, pode ser considerada superior as demais.

Desse modo, é sabido que esse processo histórico evolutivo é doloroso, pois objeto de intensas controvérsias, e em especial sofrimento físico e moral dos seres humanos. No dizer de (COMPARATO, 2004, p. 38):

A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados à vista da ignominia que ao final se abre claramente diante dos seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes fazer nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida digna para todos.

No mesmo sentido, Bobbio (2004, p. 9) salienta que:

Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado.

Com efeito, o processo de evolução dos direitos fundamentais dá-se de forma gradual, a ponto de perfeitamente admitir-se a inclusão de novos direitos decorrentes das alterações vivenciadas pela sociedade, sempre objetivando assegurar a liberdade, pois os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, conforme a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

No mesmo sentido, das diversas declarações de direitos do homem, extrai-se tanto no aspecto filosófico quanto jurídico que estas sempre têm como finalidade

precípua instituir uma sociedade democrática e consensual, objetivando que o homem seja o vetor central para o qual convergem todos os interesses estatais. E mais, que a ele sejam assegurados todos os direitos imprescindíveis para o exercício de sua cidadania plena.

Ainda no ano de 1968, Bobbio (2004, p. 53) anunciara que:

Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes.

Nesse sentido, o direito ao acesso à informação tem a aplicação imediata, pois é plenamente capaz de produzir efeitos na sociedade dinâmica, adaptando-se às suas emergentes alterações. No mais, numa análise das classificações doutrinárias acerca das liberdades fundamentais é possível inclui-lo no rol de direitos fundamentais de terceira ou quarta geração.

No mundo contemporâneo a proliferação do acesso digital implicou em mudanças complexas na sociedade, pois são visíveis as alterações de natureza econômica, social e comportamental vivenciadas com a sua utilização.

Importa ressaltar que fora cunhado inclusive o termo Sociedade da Informação, o qual surge no final do século XX em decorrência da globalização, estabelecendo-a como um novo modelo de organização social no qual a informação, principal fonte de conhecimento, é que determina a produção e consequente distribuição de riqueza, implicando, outrossim, nas condições de bem-estar social, pois tais acessos passam a ser imprescindíveis para o desenvolvimento da pessoa humana, pois todas as informações são decorrentes de um fluxo informacional e dependentes de dispositivos tecnológicos. (SILVA; TEIXEIRA, 2019).

Nesse sentido, Siqueira Junior (2012), aduz que:

A sociedade da informação é constituída em tecnologias de informação e comunicação que envolvem a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição de informação por meios eletrônicos, como rádio, televisão, telefone e computadores, entre outros. Essas tecnologias não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, econômicos e políticos, criando uma nova

estrutura social, que tem reflexos na sociedade da informação. (SIQUEIRA JUNIOR, 2012, p. 236)

Destarte, a partir do instante em que a tecnologia passa a ser utilizada pela pessoa como uma espécie de potencializador de qualquer atividade de natureza humana, o que observa-se é a sua influência no comportamento humano. Entretanto, é oportuno salientar que tão somente a invenção tecnológica não é apta a desenvolver ou interferir no comportamento, pois necessário que o ser humano a ela tenha acesso.

Nessa senda, a internet pode ser considerada como o núcleo de todo o movimento em direção a Sociedade da Informação, pois sem ela não resta possível o desenvolvimento tecnológico e as consequentes alterações de ordem social e econômica que criaram um novo paradigma social.

No mais, é possível admitir que a criação de novas tecnologias adicionam valores ao desenvolvimento humano e suas potencialidades, pois é possível afirmar que a sociedade da informação tende a fomentar as potencialidades humanas, tanto para o bem quanto para o mal, de forma que podem possibilitar a emancipação do cidadão e até mesmo a limitar o poder do Estado.

No entanto, em que pese os avanços trazidos pela *internet*, e por subsequentes tecnologias de informação e conhecimento, o espectro de inovações e desenvolvimento foi, radicalmente, ampliado, possibilitando, de um lado, o fortalecimento de direitos, como o da liberdade de expressão e opinião, e, por outro, a discussão de novos direitos, como o de acesso à *internet*.

Desse modo, inobstante os avanços tecnológicos e as benesses oriundas do mundo digital, as barreiras superadas, em especial os limites geográficos, é notório que parcela significativa da população mundial não possui acesso à *internet*, o que implicou na preocupação e consequente atuação da Organização das Nações Unidas (ONU) reconhecendo ainda no ano de 2011, o acesso à *internet* como direito humano.

Ainda nesse sentido, a importância da *internet* e das novas tecnologias de informação foram reconhecidas pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), pela União Internacional de Telecomunicações (ITU) e pelo Conselho da Europa, como mecanismos viabilizadores do desenvolvimento

humano, pois habilitam os cidadãos a participação econômica, obtenção de informações que podem lhes proporcionar melhoras na qualidade de vida, e principalmente no exercício da cidadania plena, pois com sua utilização é perfeitamente possível uma mais efetiva participação na vida comunitária (PNUD, 2022).

No Brasil, ante a desigualdade social latente, e outros problemas de natureza estrutural, não é diversa a preocupação em minorar os problemas oriundos da exclusão digital, pois, ainda, em 2010 fora proposta a Emenda Constitucional 479/2010, a qual objetivava a inserção do acesso à *internet* no rol dos direitos fundamentais. Todavia, aludida proposta fora arquivada nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no início do ano de 2015 (JESUS; MILAGRE, 2014, p. 79). Entretanto, dada a relevância do tema, fora apresentada no ano de 2020, a proposta de Emenda à Constituição Nº 8/2020, a qual propõe a alteração do artigo 5º da Constituição Federal, fazendo incluir o acesso à *internet* no rol dos direitos fundamentais (AGÊNCIA SENADO, 2022).

A proposta de Emenda à Constituição, ora em trâmite junto ao Senado Federal, faz alusão em sua justificativa aos benefícios oriundos do acesso digital, seja quanto a informações, ferramentas educacionais, econômico-sociais e uma infinidade de benefícios que dele pode advir, e que sua eventual ausência implica em prejuízos para o exercício pleno da cidadania. Por conseguinte, a análise da possibilidade de inclusão do acesso à *internet* no elenco dos direitos fundamentais e sua importância para efetivação da criação de políticas públicas que possam assegurar o acesso à justiça e consequentemente viabilizar a preservação de garantias fundamentais, em especial aos hipossuficientes.

Desse modo, o advento da *internet* é um marco para a sociedade moderna, pois indubitável que seu surgimento implicou em modificações de toda ordem no cotidiano da população mundial. Das mais simples às mais complexas atividade realizada pelo ser humano é perceptível a sua utilização, o que implicou em inúmeras transformações em nossas vidas, até mesmo no que se refere às relações interpessoais.

No mais, essa passou a desempenhar relevante papel quanto às formas de comunicação, acesso às informações, modelos de consumo, virtualização de

processos judiciais, trabalho remoto, implicando conseqüentemente em uma verdadeira guinada nas formas de relacionamento entre agentes públicos e a sociedade.

Entretanto, muito embora a sua utilização seja inequivocamente um mecanismo imprescindível para a vida moderna, o seu acesso ainda não alcança a uma parcela desejável da população mundial. Tal assertiva encontra guarida no reconhecimento pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2011, do direito ao acesso à *internet* como um direito humano. (Resolução A/HRC/17/27).

O reconhecimento decorre de que segundo o Organismo Internacional a exclusão digital é uma violação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, especificamente ao seu artigo 19, o qual assegura a todos os seres humanos o direito à informação, e a ausência desse direito implica na facilitação a inúmeras oportunidades e facilidades, em especial no desenvolvimento social, bem como ainda assegura a liberdade de expressão e comunicação, alicerces para o exercício da cidadania plena.

Nesse sentido, como assinala Silva e Oliveira (2014, p. 6):

Cabe lembrar que este documento internacional foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro [...], e de acordo com o seu conteúdo todo cidadão possui direito à liberdade de expressão e de acesso à informação por qualquer tipo de veículo, incluindo o meio virtual.

Logo, na condição de subscritor deste documento internacional o Brasil tem como obrigação legal o cumprimento do nele consignado, em conformidade com a previsão contida no § 2º, do artigo 5º da Constituição Federal, pois ao se utilizar do princípio da complementariedade incondicionada, o qual verbera que direitos e garantias fundamentais contidos na nossa Lei Magna não repele outros oriundos de tratados internacionais do qual o Brasil seja signatário, o Estado brasileiro é compelido a admiti-lo.

Importa ainda ressaltar que de acordo com Canotilho (1993, p. 528):

em virtude de as normas que os reconhecem e os protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados de direitos materialmente fundamentais. Por outro lado, trata-se de uma “norma de *fattispecie* aberta”, de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de “direitos” que se propõem no horizonte da acção humana.

Com efeito, os direitos tidos como materialmente fundamentais sujeitam-se a idêntico tratamento dado aos direitos fundamentais formais, pois mesmo implícitos estes são direitos fundamentais com todas as consequências jurídicas decorrentes e consequentemente merecem a devida proteção constitucional.

Ainda, Cunha Junior (2013) aduz que os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais possuem aplicabilidade imediata, vinculando de pronto os poderes públicos e funcionam como limites materiais ao poder de reforma constitucional, não se admitindo consequentemente a possibilidade de que estes sejam abolidos por meio de emendas constitucionais.

Portanto, aduz-se que nada obsta o ingresso do acesso à *internet* no rol de direitos fundamentais, pois resta claro que a Constituição Federal já o tem como direito fundamental material, e encontra-se devidamente aberta para o ingresso de novos direitos decorrentes da ordem constitucional. E como bem salientam Silva e Oliveira (2014, p. 9) “só tem sentido discutir os direitos fundamentais nesta quadra histórica considerando, como Perez Luño (2005), o seu status positivo e social”.

Desta feita, resta evidente que o acesso universal à *internet* deve ser analisado sob o prisma de uma sociedade complexa e dinâmica, que necessita que direitos sociais sejam efetivados, e nesse contexto o acesso digital tem papel fundamental, pois já se demonstrou extremamente relevante não somente no exercício dos direitos de defesa dos cidadãos, bem como nos direitos a prestações que lhes são constitucionalmente assegurados.

Ainda, no contexto da legislação infraconstitucional brasileira a Lei do Marco Civil da *Internet*, Lei nº 12.965/14 (BRASIL, 2014) passou a disciplinar o uso da *internet* no Brasil, e em seu artigo 2º, tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, direito esse consagrado no artigo 5º, VI, da Constituição Federal, bem como ao exercício da cidadania em meios digitais. Portanto, tal previsão também aponta a percepção do legislador da importância do acesso digital para a fruição de direitos fundamentais.

No mais, a Lei do Marco Civil da *Internet* (BRASIL, 2014) também faz alusão em outros dispositivos, em especial o artigo 3º, a preocupação com a proteção do acesso, objetivando a existência de ingerências de qualquer natureza, o que

notadamente implica na garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, em conformidade com a Constituição Federal.

Com efeito, tais princípios que buscam impedir intervenções capazes de tolher o exercício de direitos fundamentais na Rede e garantir que sempre haja um acesso livre e desimpedido. Nesse sentido, também há uma consonância de interesses com a mais recente evolução do assunto no seio da ONU e da Comissão Europeia.

No mesmo sentido, o artigo 4º do mencionado diploma legal descreve a importância do uso da rede mundial de computadores para a sociedade brasileira, pois garante o direito de acesso à *internet* a todos; viabiliza o acesso à informação. Ao conhecimento e à participação na vida social cultural e condução dos assuntos públicos; inova e fomenta à ampla difusão de novas tecnologias; e, ainda, permite a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Destarte, muito embora o acesso digital não esteja elencado, ainda, no rol dos direitos fundamentais tal condição não implica na omissão do Estado brasileiro em concretizar o direito, pois se extrai do artigo 7º, caput, da mencionada lei que o acesso à *internet* é essencial ao exercício da cidadania.

Portanto, o direito de acesso à *internet* inequivocamente possui relevância para a sociedade moderna, conservando sua natureza relação direta com os direitos fundamentais formais, já positivados. E, ainda, dada a previsão contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, trata-se de um direito materialmente fundamental.

Dessa forma, a positivação constitucional de tal direito implicaria que este direito tão importante passasse a ser normativamente reconhecido e respeitado, e principalmente legitimando a criação de políticas viabilizadoras do acesso digital.

4.1.2 Da importância da universalização do acesso digital

Inobstante a quantidade expressiva de cidadãos alijados no Brasil do acesso à *internet*, resta imperioso destacar que, nas duas últimas décadas, em muito

avançou o acesso digital no país, principalmente mediante a criação de projetos de inclusão digital.

Tais avanços podem perfeitamente ser destacados com a criação de projetos do Governo Federal, tal como o ProInfo – Programa Nacional de Tecnologia Educacional, o qual fora criado pelo Ministério da Educação, ainda no ano de 1997, e objetiva promover o uso da tecnologia como instrumento pedagógico no ensino fundamental público. Este projeto fora reestruturado no ano de 2007, através da edição do Decreto 6.300/07, e passou a ter o objetivo de promover o uso pedagógico das tecnologias de informação e comunicação nas redes públicas de educação básica¹³.

Outra medida importante fora a criação do Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac) - o qual tem como foco, direcionado, prioritariamente, para atender as comunidades em estado de vulnerabilidade social, que não têm outro meio de inserção no mundo das tecnologias da informação e comunicação. Tal programa, de acordo com dados obtidos junto ao site do Ministério da Economia, conta com cerca de 11.000 pontos de presença em funcionamento, instalados em entidades da sociedade civil, sem fins lucrativos; e instituições públicas de ensino, saúde, segurança e unidades de serviço público localizadas em áreas remotas, de fronteira ou de interesse estratégico. E o mais importante: sem custos para a população¹⁴.

Vale ressaltar, ainda, a criação do Programa Cidades Digitais, o qual busca a modernização da gestão, ampliação do acesso aos serviços públicos e promoção do desenvolvimento dos municípios brasileiros por meio da tecnologia¹⁵.

No mesmo sentido, o Marco Civil da *Internet* (BRASIL, 2014), o qual condiciona o exercício pleno da cidadania ao acesso à *internet*. Como aqui já anteriormente mencionado, é uma verdadeira baliza quanto ao tema no Brasil, pois

¹³ Fonte: portal.mec.gov.br (2021)

¹⁴ O programa Governo Eletrônico - Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac) é um programa do Governo Federal, coordenado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações - MCTIC, que oferece gratuitamente conexão à internet em banda larga - por via terrestre e satélite, com o objetivo de promover a inclusão digital em todo o território brasileiro. (<https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/comunicacao/SETEL/gesac/gesac.html>)

¹⁵ O Programa Cidades Digitais promove a inclusão dos órgãos públicos das prefeituras municipais no mundo das tecnologias da informação e da comunicação (TIC), com os objetivos de modernizar a gestão, ampliar o acesso aos serviços públicos e promover o desenvolvimento dos municípios brasileiros por meio da tecnologia. (<https://www.gov.br/mcom/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/cidades-digitais>).

além de demonstrar o quão é importante o acesso digital, a previsão em lei possibilita assegurar a universalização do acesso ao serviço no país.

É necessário também pontuar o advento do Marco Legal das Telecomunicações (BRASIL, 1997), a qual objetiva permitir que as empresas de telefonia pudessem migrar da modalidade de outorga de serviços de telecomunicações para contratos de autorização e conseqüentemente deixando de permanecer sob o controle estatal. No entanto, sob o compromisso de investimentos que viabilizem as prioridades definidas pelo Poder Executivo, dentre elas a implantação de infraestrutura de rede de alta capacidade de comunicação de dados em locais sem competição adequada, bem como a redução das desigualdades, em conformidade com a agência regulatória do serviço.

Do mesmo modo, no âmbito do Poder Judiciário verifica-se que nas últimas décadas as inovações oriundas do mundo digital obtiveram uma velocidade extraordinária, pois notório que criação do processo judicial virtual implicou na utilização da tecnologia como meio de prestação jurisdicional aos cidadãos (SPENGLER; JAQUES, 2018). Inclusive tal virtualização é objeto da Lei 11.419/2016, a qual dispõe sobre a informatização do processo judicial (SPENGLER; PINHO, 2018).

A importância da virtualização dos processos judiciais restou extremamente evidenciada quando da recente crise de saúde pública na qual a Organização Mundial de Saúde – OMS declarou o estado pandêmico decorrente do novo Covid-19, pois a necessidade do fechamento dos prédios públicos e do distanciamento implicou na obrigatória utilização dos meios virtuais para a manutenção dos serviços e a necessidade assegurarem no mínimo a prestação de serviços essenciais (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2021).

Atualmente, inclusive, a virtualização do processual judicial já é mais que uma realidade experimentada pela população brasileira, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, já intenciona implementar o acesso à justiça 5.0, o qual guarda paralelo com a ideia de sociedade 5.0, oriunda do Japão, política essa que objetiva a resolução dos desafios humanos e a reconciliação do ser humano com a máquina, usando a favor dele sua criatividade (ENGINE, 2018).

No entanto, inobstante os avanços, seja através das ações governamentais, seja através de inovações legislativas, vislumbra-se que a quantidade de pessoas que não possuem acesso à *internet* no Brasil é expressiva e que muito há de se fazer, principalmente no que concerne ao Poder Judiciário, pois fundamental que seja assegurado a todos, indistintamente, medidas que viabilizem o acesso digital.

Portanto, o acesso universal à *internet* como direito fundamental que é deve ser viabilizado a todos, pois o acesso digital equitativo implica em garantir aos cidadãos oportunidades de ordem econômica, desenvolvimento cultural, social, direito à educação acessível e inclusiva e, principalmente, o acesso à justiça.

No mais, as tecnologias digitais estão presentes de forma contínua em todos os aspectos da sociedade, o que exige uma atenção primordial para as tecnologias de informação e comunicação, e principalmente para estimular o desenvolvimento socioeconômico.

De acordo com a pesquisa TIC domicílios 2019, o Brasil conta com 134 milhões de usuários de Internet, o que representa 74% da população com 10 anos ou mais. Apesar do aumento significativo nos últimos anos na proporção da população brasileira que usa a *Internet*, cerca de um quarto dos indivíduos (47 milhões de pessoas) seguem desconectados. Desta forma, é preciso minorar os efeitos decorrentes da pesquisa TIC domicílios 2019, a qual estabeleceu que: “01 (um) em cada 04 (quatro) brasileiros não usa a *internet*, bem como possuímos 47 milhões de não usuários, é o que aponta o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI,br)”.

Logo, tal condição implica numa condição de vulnerabilidade digital, pois congrega impactos negativos suportados pelos cidadãos na sociedade em rede, cada vez mais influenciada pelos avanços tecnológicos, pela economia de dados e pelo uso constante da *internet* como fonte imprescindível de informação e comunicação.

Conceitualmente, a vulnerabilidade digital (AZEVEDO, 2022) pode ser compreendida como o estado de predisposição ao risco nos cyberspaços, que favorece a aparição de iniquidades, assimetrias de poder, diminuições de cidadania, além de violação à privacidade, à intimidade e a autodeterminação afirmativa.

Nesse sentido, por não se tratar de uma vulnerabilidade inata ao homem ou a uma comunidade em particular, as vulnerabilidades socioespaciais favorecem sobremaneira a universalização dos estados de susceptibilidade, quanto a situações de particularização e agravamento e entrecruzamento de vulnerabilidades, capazes de tornar determinados segmentos ainda mais vulneráveis que os outros nos espaços coletivos.

Desse modo, é imprescindível sua inserção sob o ponto de vista formal em nossa Constituição Federal, em que pese os argumentos anteriormente alinhavados, pois certamente legitimariam enfaticamente a criação de políticas públicas voltadas a sua universalização e conseqüente minoração do ainda significativo número de excluídos digitais no Brasil, além do que atualmente a *internet* integra o rol de necessidades básicas à inserção de uma pessoa na sociedade de informação.

4.2 Os avanços tecnológicos e o direito processual penal

A sociedade pós-moderna é apontada como a sociedade da informação. Nesse sentido, o direito, em especial o processual penal, não vem se esquivando quanto a essa realidade, pois se denota nos últimos anos mudanças significativas no intuito de aproximar tal modelo aos avanços tecnológicos.

Conforme salienta Alencar (2014), a novidade se contrapõe ao estado atual de coisas. Na seara jurídica, o ortodoxo é a regra. As mudanças sofrem resistência. É uma resistência natural, eis que cria um desconforto para os que habitualmente trabalham com instrumentos muito conhecidos, notadamente o papel e as formas construídas a partir desse paradigma. Os textos legislativos, a exemplo do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), contêm regras que pressupõem o processo tradicional, a exemplo de intimações através da imprensa ou por carta precatória em forma de ofício físico.

Nos dias atuais, diversos atos processuais são praticados por meio do uso de recursos tecnológicos. Entretanto, inobstante a inegável importância dos recursos tecnológicos para o desempenho do sistema de justiça penal, é necessário garantir que essa inserção tecnológica respeite os limites da administração da justiça e de todo o rito judicial exigido pelo processo criminal, a fim de não exacerbar dos limites

estatais impostos pelo próprio *jus puniendi*, conferindo plena obediência às normas expressas na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O uso de recursos tecnológicos nos processos judiciais tem se tornado cada vez mais recorrente. Os instrumentos que se adéquam à expressão tecnologia vão desde o meio eletrônico consistente em hardwares e softwares, consistindo, de forma global no processo judicial eletrônico, até as sofisticadas técnicas de produção de prova, tais como videoconferência, perícias técnicas e identificação criminal.

Na linha da prática do processo judicial eletrônico em matéria criminal, é adequado pensar em linguagem informatizada apropriada para o trâmite do processo criminal, com o apoio das formas lógicas, para otimizar seus resultados, com o uso da tecnologia à disposição. Logo, é possível observar as vantagens que podem advir para a prestação jurisdicional com a implementação da virtualização desde a investigação preliminar até o trâmite processual de conhecimento e de execução (SAMPAIO, 2013).

Desse modo, a legislação processual brasileira com o advento da Lei nº 11.419/06 (BRASIL, 2016) sofreu substanciais mudanças, pois passou a traçar dinâmicas e estruturar o registro dos atos processuais por meio da utilização recursos de gravação audiovisual, no intuito de assegurar uma maior precisão, eficiência, segurança e celeridade quando da prática dos atos.

Dentre as alterações mais relevantes oriundas desse dispositivo legal fora o de que suas regras são aplicáveis a processos de qualquer natureza, inclusive os criminais, implicando no surgimento de novas expressões antes desconhecidas no processo penal.

O cerne desse diploma normativo é aliar celeridade à segurança na transmissão de dados. Dentre as inserções de maior relevância no sistema jurídico brasileiro, a nova lei realçou que suas regras se aplicam a qualquer tipo de processo, inclusive ao criminal, destacando a admissão do uso de meios eletrônicos na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais. Para tanto, novos termos e expressões foram introduzidos na linguagem do direito processual penal, dentre elas (ALENCAR, 2014, p. 4-6):

a) Meio eletrônico: qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais. b) Transmissão eletrônica: toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação,

preferencialmente a rede mundial de computadores, por intermédio da qual podem ser enviadas petições recursais. c) Assinatura eletrônica: as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário, mediante uso de login e senha: a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica; b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos. d) Diário da Justiça eletrônico: não se trata de comunicação eletrônica de ato processual, porém de Diário Oficial que substitui a versão impressa, eis que disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral. e) Cadastro de usuário: o usuário do sistema de comunicações de atos processuais eletrônicos necessita se cadastrar, para ser credenciado. Será, assim, atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações. O cadastro pode ser de magistrado, servidor da Justiça ou de partes. As partes, através de seus procuradores ou membros do MP, têm login e senha para acessar suas respectivas caixas de intimações. Uma vez aceito o sistema, o envio de comunicações processuais por intermédio do sistema dispensa as demais. A caixa do usuário não se confunde com o e-mail, que é um plus para garantir a segurança das comunicações eletrônicas. f) Publicação eletrônica: é a que se dá no Diário de Justiça eletrônico e substitui a versão impressa. É mister que não implique mitigação ao direito fundamental de ampla defesa e do contraditório. A publicação eletrônica no Diário de Justiça eletrônico não se confunde com o envio de intimações pelo sistema através do uso de cadastro de usuário com acesso à respectiva caixa de intimações. A publicação eletrônica substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, salvo as hipóteses que a lei exige intimação ou vista pessoal. g) Intimação ou notificação via sistema eletrônico: o acesso ao sistema pelo usuário implica a ciência dos atos processuais, de forma equivalente à intimação pessoal. A Lei 11.419/2006, nesse sentido, aduz que "as citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais" (art. 9.º, § 1.º). Considera-se realizado o ato de comunicação no dia do seu envio pela forma eletrônica, conforme o registro do protocolo eletrônico. A intimação será completada com o acesso ou com o decurso do prazo legal para tal. A caixa do usuário, acessível com certificado digital, contém a quantidade de processos pendentes de intimação ou de notificação de atos processuais, bem como é possível o acesso aos autos eletrônicos por aquele meio, quando se tratar de processo judicial eletrônico. h) Citação eletrônica: a citação eletrônica seria, em tese, possível. Isto segundo a Lei 11.419/2006. Para tanto, seria necessário imaginar o cadastro eletrônico dos indiciados em inquérito policial, bem como que tal sistema fosse acessível facilmente por eles. Trata-se de possibilidade de veras difícil. A citação do acusado, como meio de dar-lhe ciência da imputação de fato definido como crime, viabiliza a apresentação de sua resposta e de todos os atos de defesa disponíveis. No processo penal, ela é pessoal, por intermédio de oficial de justiça, ou, no âmbito dos juizados especiais criminais, quando se tratar de processamento de delito de menor potencial ofensivo, na forma prevista na Lei 9.099/1995. Não há citação eletrônica em processo penal, portanto. i) E-mail: o e-mail enviado para comunicar a efetivação de comunicação de ato processual via sistema não se confunde com intimação ou notificação eletrônica deste ato processual. A intimação eletrônica ocorre com o envio da comunicação para a caixa do usuário cadastrado (defensor ou advogado) e se consuma quando o usuário acessa o sistema ou após o decurso do prazo de 10 dias sem acesso, dispensando a publicação em Diário Oficial

impresso ou eletrônico. O e-mail, por seu turno, é um acréscimo à segurança que o sistema requer: um plus que, em sua falta, não inquina de nulidade processual o ato de comunicação processual eletrônico. j) Documentos digitalizados: o documento digitalizado é, por força da Lei 11.419/2006, considerado original, uma vez que o caput, do seu art. 11, preconiza que "os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais".

Na mesma senda, outra mudança não menos significativa fora a edição da Lei nº 11.719/08 (BRASIL, 2008), a qual alterou o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) em seu artigo 405, estabelecendo a dinâmica e estrutura para a realização quando possível dos registros dos depoimentos das partes, investigado, indiciado, autor do fato, ofendido testemunhas pelos meios ou recursos de gravação digital audiovisual.

Com efeito, observa-se desde já que a adoção processo eletrônico no sistema de justiça penal pode ser considerado útil, pois implicou em processos com documentação menos vasta, a possibilidade de manuseio dos autos de forma mais eficaz pelo meio digital, maior celeridade processual. Cuida-se de uso adequado de técnicas e de tecnologia que potencializaram os resultados, por meio de um processo de informatização que atentou para as mais diversas situações características do sistema penal.

Ainda, é fundamental mencionar o avanço relativo ao cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão por meio de monitoração eletrônica. O sistema de monitoração eletrônica foi introduzido no Brasil com advento da Lei nº 12.258/2010 (BRASIL, 2010), entretanto este era limitado somente ao âmbito da execução penal, ou seja, deveria ser utilizado apenas aos condenados do regime aberto, penas restritivas de direito, livramento condicional e suspensão condicional da pena. Ocorre que com os vetos sofridos sua utilização se restringiu apenas aos beneficiários com saída temporárias no regime semiaberto e aos que estão em prisão domiciliar.

Com a entrada em vigor da lei 12.403/11 (BRASIL, 2011), a monitoração deixa de ser exclusivamente utilizada pela execução penal, e passa a ser utilizada como medida cautelar diversa da prisão artigo 319, IX, do Código de Processo Penal, BRASIL, 1941), podendo ser aplicada a qualquer tempo, seja durante o curso

do inquérito policial, seja durante o trâmite da ação penal, desde que presente os requisitos necessários.

De acordo com Lima (2011), o monitoramento eletrônico tende a possuir tripla função, ou seja, detenção, restrição e vigilância. A detenção tem o objetivo de: a manutenção do acusado em determinado lugar, em regra sua residência; a restrição em não permitir ao acusado/ indiciado de frequentar determinados lugares, ou de aproximação a pessoas relacionadas ao processo com a vítima, testemunhas e coautores; a vigilância, por fim, objetiva vigiar continuamente o acusado/indiciado, sem que este perca sua mobilidade.

A qual pode ser concretizada com a utilização de tornozeleiras eletrônicas cuja finalidade é constatar os cumprimentos das imposições que foram previamente estabelecidas como medidas cautelares diversas da prisão. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assinala que:

Conforme Rangel (2011, p. 874) a finalidade do monitoramento eletrônico é:

A descarcerização para criminosos que podem permanecer em liberdade, mas ainda têm contas a acertar com o estado. Alivia o sistema carcerário; contribui com a gradual reinserção do condenado à sociedade de forma, ainda, vigiada e diminui o custo do estado na sua tutela.

Com a aplicação do monitoramento eletrônico cumulativamente ou não com outra medida de natureza cautelar, o sistema carcerário tende a desafogar, possibilitando dessa forma gastos exorbitantes com números cada vez maiores de pessoas encarceradas. De outra banda, também é importante destacar que se trata de uma medida anterior à prisão definitiva e conseqüentemente não pode ser utilizada sem que preencha os requisitos e pressupostos de ordem legal para que seja aplicada.

Quanto à sua aplicação, cabe ao juiz analisar minuciosamente todos os fatos e determiná-la como última medida anterior à prisão preventiva, evitando a banalização e uso ilegítimo do controle penal, pois dada a sua natureza de medida que ofende a restrição da liberdade corporal sua utilização indevida ofende os direitos fundamentais. Nesse sentido, quanto ao posicionamento da doutrina acerca da sua utilização é importante mencionar o entendimento de Lopes Jr. (2018, p. 45) ao lecionar que:

Seu uso, por ser dos mais gravosos, deve ser reservado para situações em que efetivamente se faça necessário tal nível de controle e, em geral, vem associado ao emprego de outra medida cautelar diversa (como a proibição de ausentar-se da comarca, art. 319, IV). Em geral é utilizado para tutela do risco de fuga, mas também poderá contribuir para a efetivação de outras medidas cautelares de tutela de prova, tais como a proibição de manter contato com pessoa determinada (exemplo típico da ameaça a testemunhas, vítimas, etc.), ou mesmo de tutela da ordem pública, quando concebida no viés de reiteração.

É oportuno ressaltar, ainda, que a monitoração eletrônica inclusive fora objeto de discussão recente no Superior Tribunal de Justiça quando julgamento do Recurso Especial 1.977.135, selecionado como representativo da controvérsia objeto do Tema 1.155, em julgamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos, na Terceira Seção do Tribunal de Justiça no intuito de definir se o período em que apenas cumpriu medida cautelar de recolhimento domiciliar deve ser computado para fins de detração da pena, bem como se há necessidade de fiscalização eletrônica para que o tempo de cumprimento de medida cautelar recolhimento domiciliar noturno seja computado para fins de detração.

Na aludida oportunidade a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observando o caráter repetitivo da controvérsia, se posicionou no sentido que:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA. DETRAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR. RECOLHIMENTO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA. POSSIBILIDADE. COMPROMETIMENTO DO STATUS LIBERTATIS DO ACUSADO. INTERPRETAÇÃO DADA AO ART. 42 DO CÓDIGO PENAL - CP. EXTENSIVA E BONAM PARTEM. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E NON BIS IN IDEM. IN DUBIO PRO REO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DESNECESSIDADE DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO ASSOCIADO. MEDIDA POUCO UTILIZADA NO PAÍS. PRECARIÉDADE. ALTO CUSTO. DÚVIDAS QUANTO À EFETIVIDADE. PREVALECE NAS FASES DE EXECUÇÃO DA PENA. DUPLA RESTRIÇÃO AO APENADO. IMPOSSIBILIDADE. TRATAMENTO ISONÔMICO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. CONTAGEM. HORAS CONVERTIDAS EM DIAS. REMANESCENDO PERÍODO MENOR QUE 24 HORAS, A FRAÇÃO SERÁ DESPREZADA. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. FIXAÇÃO DAS TESES.

[...] 2. Quanto à necessidade do monitoramento eletrônico estar associado à medida de recolhimento noturno e nos dias de folga para fins da detração da pena de que aqui se cuida, tem-se que o monitoramento eletrônico (ME) é medida de vigilância, que afeta os direitos fundamentais, destacadamente a intangibilidade corporal do acusado.

É possível sua aplicação isolada ou cumulativamente com outra medida. Essa medida é pouco difundida no Brasil, em razão do alto custo ou, ainda, de dúvidas quanto à sua efetividade. Outro aspecto importante é o fato de

que seu emprego prevalece em fases de execução da pena (80%), ou seja, não se destina primordialmente à substituição da prisão preventiva.

2.1. Assim, levando em conta a precária utilização do ME como medida cautelar e, considerando que o recolhimento noturno já priva a liberdade de quem a ele se submete, não se vislumbra a necessidade de dupla restrição para que se possa chegar ao grau de certeza do cumprimento efetivo do tempo de custódia cautelar, notadamente tendo em conta que o monitoramento eletrônico é atribuição do Estado.

Nesse cenário, não se justifica o investigado que não dispõe do monitoramento receber tratamento não isonômico em relação àquele que cumpre a mesma medida restritiva de liberdade monitorado pelo equipamento.

[...] 4.2. O monitoramento eletrônico associado, atribuição do Estado, não é condição indeclinável para a detração dos períodos de submissão a essas medidas cautelares, não se justificando distinção de tratamento ao investigado ao qual não é determinado e disponibilizado o aparelhamento.

5. Recurso especial provido para que o período de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga obrigatório da recorrente seja detraído da pena que lhe foi imposta, nos moldes delineados. (Resp. n. 1.977.135/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 23/11/2022, DJe de 28/11/2022.)

TEMA 1155.

1. O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, por comprometer o status libertatis do acusado deve ser reconhecido como período a ser detraído da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem.

2. O monitoramento eletrônico associado, atribuição do Estado, não é condição indeclinável para a detração dos períodos de submissão a essas medidas cautelares, não se justificando distinção de tratamento ao investigado ao qual não é determinado e disponibilizado o aparelhamento.

3. A soma das horas de recolhimento domiciliar a que o réu foi submetido devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada.

De outra banda, a legislação também dispõe sobre o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança, Lei nº 12.714/12 (BRASIL, 2012) ao alterar o diploma processual penal estabelecendo que as comunicações prisionais possam ser feitas por qualquer meio, inclusive por telefone, e-mail, fax ou outros meios digitais disponíveis, incumbindo a autoridade atentar quanto a autenticidade da ordem. No mais, previu também o procedimento para registro dos mandados de prisão em banco de dados do Conselho Nacional de Justiça objetivando viabilizar a segurança nas informações relativas aos mandados de prisão expedidos.

No mesmo sentido, também fora alcançado pelos avanços tecnológicos o processo de execução penal, Com efeito, fora instituído o sistema unificado de acompanhamento de execução das penas, da prisão cautelar e das medidas de segurança, no intuito de melhor controlar através do uso da informática o processo de execução objetivando que direitos não sejam violados e que se tenha um melhor controle quando do cumprimento das penas.

Entretanto, inobstante os elogiosos avanços tecnológicos apontados, é imperioso observar da necessidade de que seja assegurada a devida proteção aos direitos e garantias constitucionais. E como bem salienta Alencar (2014, p. 7):

Sem esta análise, qualquer avanço técnico seria um retrocesso jurídico eivado de vício de constitucionalidade, na medida em que, não obstante os novos riscos da pós-modernidade, em que o processo penal serve como “ordenamento de segurança”, deve ser considerado, primordialmente como “ordenamento de liberdade”. O que precisamos e buscamos são avanços na proteção do ser humano por isso a criação de qualquer subterfúgio técnico ou tecnológico deve agregar ao crescimento substancial de resguardo àqueles envolvidos na discussão processual.

No mesmo sentido Sampaio (2013, p. 3) aduz que:

Porém, não podemos nos afastar de uma necessária reflexão constitucional ao processo penal, em que a proteção de todos os envolvidos nessa seara deverá ser séria e a partir da leitura da contextualização de uma Constituição Republicana, o que gera uma diálogo, em muitos aspectos não amistoso, entre as inovações tecnológicas e “densificação e a expansão da área de tutela dos direitos fundamentais pré-existentes”. Por isso que, qualquer fatos de interpretação do tempo processual dever seguir (e seguirá) um parâmetro democrático, minimizando – e não descartando – um aporte utilitário da discussão processual. Podemos afirmar, portanto, que nossa análise parte de um tempo democrático. Por conseguinte, “será ele rico em potencialidades diversas, mas também em ambiguidades, senão em perigos. É simplesmente o tempo dos humanos que vivem em conjunto, com suas capacidades, mas também com suas fraquezas”.

Segundo Borges e Weber (2019), a razoabilidade processual deverá ser pautada no tempo necessário para a prestação jurisdicional correta, precisa e eficiente. Não tardia, para que não proporcione insegurança ao jurisdicionado, respeitando os direitos fundamentais. A maneira que o magistrado se porta em razão da complexidade é diretamente proporcional ao tempo da presteza jurisdicional.

Portanto, o seguimento deve se dar numa maior relação de tempo do que a aceleração de atividades virtualizadas. No processo a urgência da resposta e a imediatividade das informações jamais poderá suplantar as garantas legais concedidas ao cidadão, senão o utilitarismo processual indicaria uma teórica e veloz inconstitucionalidade.

No mais, o Estado Democrático de Direito hodierno é o Estado de Direito do ser humano, ou seja, o que preceitua uma ordem jurídico-política, na qual se reconhecem e proclamam direitos da pessoa humana, mas, simultaneamente, se estabelecem instrumentos que lhe assegure a satisfação desses direitos e de quantos mais se forem revelando inerentes à dignidade da pessoa humana (SILVA, 2020).

Desse modo, o direito processual penal deve se amoldar as mudanças advindas com a sociedade moderna, mas sempre atentando para o devido processo legal, ou seja, devem ser acolhidas as mudanças tecnológicas sem que abale a solidez da proteção constitucional asseguradas aos indivíduos.

4.3 Os limites e possibilidades da audiência de videoconferência como política pública de acesso à justiça

A Justiça Digital por meio da videoconferência e a assistência jurídica online podem possibilitar a melhoria do acesso à justiça no Brasil, e conseqüentemente ser uma grande aliada no intuito de minorar a desigualdade de distribuição de recursos e espaços físicos de jurisdição.

Entretanto, o acesso à justiça não pode se limitar unicamente a melhoria do acesso às estruturas físicas, prédios e locais de atendimento, ou pela simples possibilidade de participação em procedimento digital consistente em uma audiência de videoconferência, dada notórias vantagens decorrentes da modernidade e da comodidade que lhe é inerente, pois é condição democrática imprescindível a participação efetiva das populações hipossuficientes no processo de tomada de decisões acerca do fenômeno da Justiça Digital, incluindo-se até mesmo a questão do consenso prévio para a participação em atos judiciais como medida salutar apta a

adequar ou incentivar o poder público na redução da desigualdade digital entre os cidadãos (CASTRO, 2022).

Logo, tais mudanças, tendem a impactar diretamente o exercício da defesa merecendo, destarte, um amplo destaque nos planos acadêmicos, científicos e profissionais, em especial ante a constatação de que algumas alterações procedimentais estão sendo implementadas de forma unilateral ou com uma insignificante participação daqueles que serão mais impactados por elas.

Neste sentido, observa-se que surge uma relação de busca constante pela aceleração da tramitação processual dos processos judiciais, a qual se vale do conceito de eficiência, cuja definição encontra-se intimamente relacionada com o exercício do trabalho defensivo.

Segundo Castro (2022), efetivar a justiça em tempo razoável, é uma preocupação legítima para os poderes constituídos e se encontra em razoável adequação aos valores e anseios de uma sociedade contemporânea, cujo dinamismo das relações sociais e profissionais nem sempre encontra a mesma ressonância quando se vê inserida em alguma questão de competência do sistema judicial.

Entretanto, é oportuno ressaltar que as determinações de eficiência e produtividade dos tribunais não passam pelo crivo de considerações de valores substanciais, mais precisamente a participação da população e a razoabilidade, pois não se afere previamente o grau de conhecimentos dos cidadãos acerca do tipo e qualidade de participação no processo digital, em especial de pessoas acusadas em processos criminais.

Logo, tem-se como relevante o posicionamento teórico fundamentado em avaliações e experiências profissionais, nacionais e internacionais, com vistas a firmar o lugar e orientação da defesa pública, constitucionalmente guardiã dos vulneráveis, permitindo o funcionamento adequado do sistema de justiça com o respeito as garantias fundamentais (CASTRO, 2022).

Nesse sentido, Castro (2022, p. 183) aduz que:

O alcance da justiça processual ocorre na presença de confiança, estabilidade e neutralidade. Estes três elementos exigem trocas que apoiem a dignidade humana, demonstrem respeito pelo direito e necessidades

individuais e considerem o ponto de vista das partes, proferindo-se decisões imparciais, honestas e baseadas nos fatos.

Importa ressaltar que as audiências por videoconferência, inobstante as demais mudanças decorrentes da Justiça Digital, podem ser consideradas umas das mudanças mais perceptíveis, em especial diante da situação de excepcionalidade decorrente da pandemia que abruptamente suspendeu a realização de atendimentos físicos e a consequente designação de atos presencias.

Vale ressaltar, que no plano internacional sua utilização em larga escala precede os idos de 2019 (CASTRO, 2022), inclusive no Reino Unido já vislumbravam o procedimento de audiências virtuais sendo o Ato de Crime e Desordem e o Ato de Coroners em 2009. Salienta, ainda, que o primeiro ato estabelecia a necessidade de consentimento do acusado como condição para realização do ato por videoconferência, o que foi revogado pelo segundo.

Nos Estados Unidos as professoras Exon e Lee (2019) pesquisadoras do curso de Direito e Ciência Política da Universidade de La Verne, na Califórnia, realizaram um estudo em 2019 quanto aos meios de resolução online de litígios, ou, na sigla em inglês, Online Dispute Resolution (ODR). Estas apontaram que o marco inicial das sessões de mediação por videoconferência surgiu nos Estados Unidos nos anos de 1990 e que sua precursora foi uma empresa norte-americana de comércio eletrônico.

Com efeito, percebeu-se que vários conflitos poderiam ser resolvidos no âmbito interno das próprias organizações e de forma online e que isso evitaria que fossem ajuizadas inúmeras ações pelos consumidores insatisfeitos (EXON; LEE, 2019).

Exon e Lee (2019) salientam ainda que a partir dessa experiência foi possível observar que diversas controvérsias poderiam ser solucionadas de forma não presencial a partir da utilização de ferramentas disponibilizadas pela internet, tais como e-mail, chat, videoconferência, bem como plataformas digitais voltadas a esse fim, desde que o aparelho utilizado (celular, computador, etc.) dispusesse de recursos de áudio e vídeo.

No mais, referidas autoras constataram que mediação por videoconferência não estava limitada aos conflitos online, mas também aos conflitos da vida cotidiana, tais como questões de vizinhança, de divórcio e demais litígios judiciais.

No plano acadêmico, ainda, Castro (2022, p. 191), explicita que “há evidências sugerindo que alguns acusados preferem a conveniência da videoconferência como meio de evitar a dilação do tempo e a agitação associadas as viagens de ida e volta aos fóruns”. No entanto, ao tempo, em que há manifesta pretensão pela utilização de tal meio inexistem estudos que revelem com qualidade o grau de compreensão dos indivíduos acerca do processo criminal e da capacidade de produção de provas relacionadas à alteração do procedimento.

Entre nós, a Justiça brasileira deu início a virtualização da prestação jurisdicional por meio da legitimação do processo judicial eletrônico nos idos de 2010, após o advento da Lei 11.419/06 (BRASIL, 2006), em substituição ao processo judicial físico.

Logo, a partir desse momento os tribunais orientados pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 185/2003, BRASIL 2003) passaram a aderir a virtualização, tal iniciativa fora considerada como uma grande inovação no âmbito das políticas judiciárias, pois a Justiça Digital promoveria o acesso à justiça com maior aproximação do cidadão ao Poder Judiciário e com a conseqüente maior redução de despesas por meio da adoção de juízos totalmente digitais, balcões virtuais de atendimento e automação do processo eletrônico por meio do uso da inteligência virtual.

Logo após, com a entrada em vigor da Lei nº 11.719/08 (BRASIL, 2008), a qual alterou o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) em seu artigo 405, estabeleceu a lei a dinâmica e estrutura para a realização quando possível dos registros dos depoimentos das partes, investigado, indiciado, autor do fato, ofendido testemunhas pelos meios ou recursos de gravação digital audiovisual.

Com o período pandêmico e a suspensão das atividades judiciais num primeiro momento, e a conseqüente necessidade de dar prosseguimento as atividades do Poder Judiciário, o modelo virtual de justiça foi visto como a solução para a questão da implementação dos protocolos de segurança que mitigaram a disseminação do vírus, pois permitia o trabalho remoto a todos os atores do sistema

de justiça, e, assim, possibilitaria o andamento dos processos judiciais com a garantia de maior segurança sanitária (JUSTIÇA VIRTUAL E DIREITO DE DEFESA, IDDD, 2021).

Durante o mencionado período, o Conselho Nacional de Justiça passou a permitir a realização de audiências por videoconferência, intimações por aplicativos de mensagens, atendimento jurídicos on-line, em conformidade com a Resolução nº 329/20 do CNJ (BRASIL, 2022).

A sobredita resolução regulamentou e estabeleceu critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19, considerando as dificuldades de notificação das partes e testemunhas, realizando-se esses atos só quando a sua participação for possível. Previu, ainda, ser proibida a atribuição aos advogados da responsabilidade pelo comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário, para participação em atos por videoconferência (Resolução nº 329/20 do CNJ, BRASIL, 2020).

O alcance desta Resolução nº 329/2020 do CNJ era amplo, pois estabeleceu aos tribunais superiores e todas as unidades jurisdicionais de primeira e segunda instância da Justiça Estadual, Federal, do Trabalho, Militar e Eleitoral, que regulamentassem a aplicação da norma no âmbito de sua competência, a exceção do Supremo Tribunal Federal (JUSTIÇA VIRTUAL E DIREITO DE DEFESA, IDDD, 2021, p. 8).

De acordo com Casagrande (2020), embora surgissem críticas sobre a utilização da tecnologia, alguns operadores de direito já defendiam este novo método. A paralisação dos processos por conta da pandemia do Covid-19 apresentou consequências graves que poderiam ser revestidas com o fim do isolamento e distanciamento social.

Ainda de acordo com o autor acima citado, mesmo com os posicionamentos distintos dos operadores do Direito, a Resolução nº 345/20 do CNJ (BRASIL, 2020), autorizou inclusive aos tribunais a criação do Juízo 100% digital:

Art. 1º Autorizar a adoção, pelos tribunais, das medidas necessárias à implementação do Juízo 100% Digital no Poder Judiciário.

Parágrafo único. No âmbito do Juízo 100% Digital, todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores.

Art. 2º As unidades jurisdicionais de que tratam este ato normativo não terão a sua competência alterada em razão da adoção do Juízo 100% Digital.

Parágrafo único. No ato do ajuizamento do feito, a parte e seu advogado deverão fornecer endereço eletrônico e linha telefônica móvel celular, sendo admitida a citação, a notificação e a intimação por qualquer meio eletrônico, nos termos dos arts. 193 e 246, V, do Código de Processo Civil.

Art. 3º A escolha pelo Juízo 100% Digital é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação.

Posteriormente à referida resolução, pode-se entender que uma decisão originada pelo Conselho Nacional de Justiça apresentou mais segurança aos processos e profissionais da área jurídica, visto que foi o instante em que observaram que a tramitação do processo por meio virtual representaria idêntica segurança que caso fosse físico, apesar de o processo já tramitar por tais vias.

A introdução dos atos de forma digital representou uma grande e significativa novidade, especialmente no que se refere à elaboração das audiências criminais por videoconferência. Entretanto, mesmo com a normatização, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal se posicionou sobre a cautela necessária que os juristas deveriam ter com a utilização das novas tecnologias disponíveis.

No entanto, para Casagrande (2020) estabelecer obstáculos para impedir a realização de audiências de réus soltos para postergar o processo, ou mesmo de réus presos para postular a soltura, não representa algo que se apresente de acordo com a conduta esperada pelos juristas. O autor salienta que o momento exigiu espírito público, para que as instituições jurídicas construíssem algo a serviço do interesse da sociedade, das prerrogativas das partes e do direito dos envolvidos.

Entre o dogmatismo que camufla a realidade e as propostas de inovação, deve-se dar lugar à ética do discurso, em que argumentos, teses, contrapontos e ajustes devem ser propostos de forma clara, para buscar um sistema que permita a realização das audiências e das sessões de julgamento pelo júri em tempos de pandemia e que garanta as prerrogativas das partes, a qualidade dos atos processuais e a segurança de todos (CASAGRANDE, 2020).

No mais, a audiência por videoconferência, em especial a de instrução e julgamento e a audiência de custódia, são atos complexos, pois vários fatores devem ser levados em consideração tais como: quantidade de participantes; produção de prova oral; a comunicação com o advogado em lugares diversos; interação entre juiz e partes.

Nesse sentido, é oportuno observarmos dada a complexidade de tais atos processuais se a realização destes de forma virtual implicou em restrições às garantias do procedimento probatório, em especial aos princípios da imediação e do contraditório.

Vale ressaltar que a Resolução nº 329/2020 do CNJ, quando editada previu que os atos processuais deveriam obrigatoriamente atentar para a devida observância aos princípios constitucionais do devido processo legal e garantia dos direitos das partes, em especial quanto a paridade das armas, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa; participação do acusado na integralidade da audiência ou ato processual; oralidade e imediação, publicidade; segurança da informação e da conexão, com adoção de medidas preventivas e falhas técnicas.

No que concerne, as audiências de custódia, introduzidas no Brasil por meio da Resolução nº 213/15 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2015), e incorporadas ao Código de Processo Penal Brasileiro com a Lei 13.964/19 (BRASIL, 2019), estas objetivam o magistrado avaliar a legalidade da prisão, a necessidade da decretação de prisão preventiva e possibilidade de substituição por medidas cautelares, e especialmente a verificação de eventual ocorrência de tortura, de agressões físicas e de outras violações e direitos humanos no momento da prisão.

Nesse sentido, Spengler e Wermuth (2017) salientam que as audiências de custódia, criaram um mecanismo viabilizador do controle jurisdicional das prisões e também da violência policial, de modo a enfrentar a forma estritamente burocrática que tais temas são encarados na seara do processo penal. As audiências de custódia exigem desde quando da sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro, a presença física da pessoa detida, em especial em decorrência das finalidades a que se destina.

No entanto, no primeiro semestre de 2020, não restou outra alternativa dado o período pandêmico que não a determinação da suspensão das audiências de

custódia por videoconferência, pois os tribunais brasileiros se viram obrigados a suspender os serviços presenciais, em conformidade com a Resolução nº 313/2020 do CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA) e estabelecer a realização das audiências por meio videoconferência.

Inobstante tal medida, em março de 2020 foram registradas 11,9 mil audiências de custódia, com 1.0334 casos de tortura apontados (8,67% do total). Já entre abril e maio de 2020 foram realizadas 10,5 mil audiências de custódia, com indicação de tortura e maus-tratos em apenas 150 casos (1,42% do total). Ao se comparar dados de abril 2019 com abril de 2020, a queda de relatos foi de 66% do total (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, ESTATÍSTICAS SOBRE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NACIONAL, JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2021).

Tal medida implicou na impetração de alguns habeas corpus junto ao Supremo Tribunal Federal objetivando fosse concedida a ordem em habeas corpus para fins de realização de audiência de custódia no modo presencial.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, entendeu que muito embora o paciente tivesse assegurado o direito à audiência de custódia, o atual estado pandêmico não a indicava nos termos da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, motivo pelo qual inexistia, no momento, ilegalidade manifesta na ausência da referida audiência, salvo se for possível a sua realização por videoconferência, pois a recomendação trata-se de medida destinada a minimizar os riscos de contaminação dos suspeitos, membros do Ministério Público, magistrados, defensores e servidores, razão por que, neste momento, o atual estado de guerra viral sugere cautela e prudência a fim de evitar seu agravamento.

A G.REG. NO HABEAS CORPUS 198.399 - BAHIA

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S) : LUIS ALBERTO SANTANA DA LUZ

ADV.(A / S) : CAROLINA ADORNO PERGENTINO E OUTRO (A / S)

AGDO.(A / S) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Agravo regimental no habeas corpus.

2. Direito à audiência de custódia na pandemia.

3. Suspensão dos serviços presenciais nos Juízos e Tribunais do País. A Recomendação 62/2020 do CNJ não aconselha a realização de audiência de custódia na forma presencial. Realização por videoconferência. Medida destinada a minimizar os riscos de contaminação dos suspeitos, membros do Ministério Público, magistrados, defensores e servidores. O atual estado de guerra viral sugere cautela e prudência a fim de evitar seu agravamento.

4. Agravante reincidente, preso em flagrante no curso de execução penal.

5. Prisão preventiva fundamentada.

6. Agravo improvido, com determinação para que o Juízo realize a audiência de custódia em ambiente virtual, com nova avaliação da necessidade da prisão preventiva, de forma fundamentada. (HC 198399 AgR, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 13.04.2021).

No mais, o posicionamento do Ministro Relator fora, seguido por unanimidade pela 2ª Turma do STF, para negar provimento ao agravo regimental em habeas corpus e determinar que os Juízos de primeiro grau realizassem as audiências de custódia por videoconferência, com a reavaliação da necessidade da prisão preventiva, de forma fundamentada.

Destarte, diante da crise mundial de saúde e do entendimento do Supremo Tribunal Federal, as audiências por de custódia por videoconferência passaram a ser regra. Inclusive dada a complexidade do tema, e ainda preocupado para um bom desempenho e funcionamento da justiça virtual, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 354¹⁶ de 11 de novembro de 2020, cuja finalidade fora a de regulamentar a realização de audiências e sessões por videoconferência e tele presencias e comunicação dos atos processuais por meio eletrônico na Justiça brasileira.

A sobredita Resolução condicionou a realização da audiência de forma virtual à conveniência a à viabilidade; portanto, a garantia de bom funcionamento do sistema operacional, da plataforma utilizada para a realização do ato virtual e da *internet* devem sempre ser observadas, sob pena de se verem cerceados os direitos da pessoa acusada.

Importa ressaltar, ainda, que as recentes alterações havidas na legislação processual penal, oriundas da Lei nº 13.694/19 (BRASIL, 2019), popularmente denominado “Pacote Anticrime”, previu em seu projeto original que a audiência de custódia não poderia ser realizada por meio de videoconferência, entretanto quando levado a sanção presidencial o aludido dispositivo fora objeto de veto. Entretanto, o Parlamento ao deliberar acerca do veto entendeu por derrubá-lo.

¹⁶ Acesso em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhes/3579>. Acesso: 02.02.2023.

Conforme se infere da disposição contida na supramencionada lei a qual dispõe que:

Art. 3-B “omissis”

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

No entanto, apesar da derrubada do veto, fora proposta no STF pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) a ADI 6841¹⁷, que tem como objeto a declaração constitucionalidade do § 1º do art. 3º - B do Código de Processo Penal, da Relatoria do Min. Nunes Marques, na qual objetivava à declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º-B do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Após a análise da pretensão liminar na ADI 684-DF1, o ministro Nunes Marques, relator, assim decidiu em sede liminar:

Em suma, a audiência de custódia por videoconferência é a medida possível que mais se aproxima, no contexto pandêmico, de assegurar “aos presos o respeito à integridade física e moral”, prevista no art. 5º, XLIX, CF/88, além de compatibilizar-se plenamente com a garantia constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). É importante notar que, mesmo antes da pandemia, desenhou-se uma tendência no Sistema de Administração de Justiça pátrio, reconhecida e estimulada pelo legislador, no sentido de que a jurisdição incorpore progressivamente as modernas tecnologias da informação ao seu cotidiano, até mesmo no âmbito criminal. Nesse sentido, o próprio interrogatório do preso tem respaldo legal para que seja realizado por videoconferência, conforme art. 185, Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.900/2009, verbis: “(...) § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. § 3º. Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. § 4º. Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo

¹⁷ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468314&ori=1>

mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código § 5º. Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. § 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corretores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. § 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1o e 2o deste artigo. § 8º. Aplica-se o disposto nos §§ 2o, 3o, 4o e 5o deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido. § 9º. Na hipótese do § 8o deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor. § 10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa”. A instrução criminal, com oitiva de testemunhas, também pode ser realizada por meio de videoconferência, conforme o art. 222, § 3º, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.900/2009, verbis: “§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.” (grifei). Do mesmo modo, o art. 52, modificado na já mencionada Lei 13.964/2019, também previu a modalidade de videoconferência para apuração de falta grave na execução penal: “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (...) VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.” (grifei) Na mensagem de veto que apresentou ao dispositivo, o Presidente da República fez ver a manifesta incongruência sistêmica do dispositivo ora impugnado, que pode gerar insegurança jurídica: “A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. (...)” (RHC 77580/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017) O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Luiz Fux, foi além e prognosticou, em declaração à imprensa, que tal dispositivo pode, em certos casos, ser desastroso para a aplicação da lei penal: “O Congresso Nacional entendeu de derrubar a audiência de custódia, e o que é mais lamentável é que a derrubada da audiência de custódia por videoconferência vai impedir que essa audiência se realize. Com isso, o que está por detrás é a bastardia da ideia originária, que é não deixar realizar a audiência de custódia para mais tarde afirmar que a audiência de custódia por videoconferência não foi realizada e solicitar-se habeas corpus, obtendo liberdade para criminosos perigosíssimos, líderes de organizações

criminosas, e essa nossa causa de profunda indignação.” ([https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-04/fux-critica-impedimento-de-audiencia-de-custodia-por videoconferência](https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-04/fux-critica-impedimento-de-audiencia-de-custodia-por-videoconferencia)). Por todas essas razões, reputo plausível a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, ao menos enquanto durar a pandemia de Covid-19. Ante o exposto, em primeira análise, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido cautelar para suspender a eficácia da expressão “vedado o emprego de videoconferência”, constante do § 1º do art. 3º-B do DL n. 3.689/41, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.964/2019, de forma a permitir a realização das audiências de custódia por videoconferência, enquanto perdurar a pandemia de Covid-19, conforme art. 19, da Resolução n. 329/2020, CNJ, na redação que lhe foi dada pela Resolução n. 357/2020, CNJ, na forma do art. 10, § 3º, Lei n. 9.868/99, bem como no art. 21, V, do RISTF.

Destarte, ao conceder decisão em sede de liminar o ministro Nunes Marques, salientou que a realização da audiência presencial, no atual contexto pandêmico, colocava em risco os direitos fundamentais à vida e à integridade física de todos os participantes do ato, inclusive do próprio preso.

Oportuno ressaltar, que o ministro Nunes Marques verificou que a urgência do pedido está no fato de que a execução da norma implicaria, necessariamente, no aumento de contatos interpessoais entre partes, advogados, magistrados, membros do Ministério Público, servidores e outros profissionais direta ou indiretamente ligados à realização de audiências presenciais. Essa circunstância, presumivelmente, aumentaria os riscos de contágio pela Covid-19, conforme amplamente divulgado pelos órgãos de gestão da saúde, inclusive a Organização Mundial da Saúde.

Já a plausibilidade do pedido está em que as medidas legais que induzam o maior contato social devem estar justificadas na estrita necessidade desse contato, sob pena de serem elas irrazoáveis.

Para o ministro, o Poder Legislativo deve observar o devido processo legal, sendo-lhe vedada a edição de medidas legislativas abusivas, desproporcionais ou irrazoáveis. No caso dos autos, a seu ver, a contradição na edição da norma impugnada é um sintoma claro de abusividade.

O ministro lembrou que o Congresso Nacional tinha editado muitos atos legislativos favorecendo as medidas de isolamento social. Dessa forma, não haveria argumento racional para exigir que as audiências de custódia fossem presenciais em qualquer caso, quando todas as demais atividades sociais e econômicas estavam

sujeitas à avaliação dos agentes políticos dos vários níveis federativos. As audiências, a seu ver, não apresentavam nenhuma peculiaridade que justificasse a adoção de solução diametralmente oposta.

No mais, no entender do ministro Nunes Marques, muito embora a Convenção Americana sobre Direitos do Homem (1969) assegure que toda pessoa presa, detida ou retida deva ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz, a cláusula, segundo o ministro Nunes Marques, não pode ser interpretada literalmente como presença física, sobretudo durante a pandemia. Por fim, salienta que “presença” quer dizer contato em tempo real, para que o preso possa expressar diretamente ao juiz suas razões, fazer seus requerimentos e tirar as suas dúvidas.

No mais, outro indício de abusividade apontado pelo ministro é o excesso. Na sua avaliação, a imposição genérica e abstrata de que todas as audiências de custódia sejam presenciais, sem nenhuma possibilidade de ajuste da norma ao contexto sanitário, era desproporcional e retirava toda a competência regulatória dos governos locais, a autonomia administrativa dos tribunais e as atribuições regulamentares do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Quando da decisão anteriormente mencionada o relator enfatizou, ainda, que, num contexto de normalidade, a imposição até poderia ser aceitável, pois os contatos presenciais estabelecem uma relação comunicativa mais ampla. Porém, esse não é esse o caso dos autos, uma vez que a lei foi editada no ambiente da pandemia. “A realização da audiência presencial, nesse contexto, coloca em risco os direitos fundamentais à vida e à integridade física de todos os participantes do ato, inclusive do próprio preso”, ressaltou. Segundo o ministro, o direito do preso de ser ouvido pode ser assegurado de outra maneira, sem oferecer riscos à saúde.

No entanto, inobstante a decisão ora proferida dada a diminuição significativa do contágio pelo COVID-19, o Conselho Nacional de Justiça determinou a retomada do trabalho presencial, decisão essa que foi aprovada na 359ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizada em 08 de novembro de 2022, quando do julgamento do Procedimento de Controle Administrativo 0002260-

11.2022.2.00.000, relatado pelo conselheiro Vieira de Mello Filho, e deve ocorrer no prazo de 60 dias¹⁸.

Nesse sentido, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça decidiu que, em regra, as audiências devem ocorrer de forma presencial. Entretanto, audiências tele presenciais podem acontecer, com o magistrado presente na unidade judiciária, desde que dentro das hipóteses previstas na Resolução CNJ n. 354/2020, quais sejam: que haja pedido de um dos participantes; quando um ato processual deva ser praticado virtualmente; ou em algum dos seguintes casos: urgência, substituição ou designação de juiz com sede funcional diversa, mutirão ou projeto específico, conciliação ou mediação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's); ou indisponibilidade temporária do foro, calamidade pública ou força maior.

Importante salientar, que a decisão também autoriza os tribunais a regulamentarem internamente o trabalho remoto para seus magistrados e servidores, o que possibilita uma permissão especial para conduzir audiências fora da sede do Judiciário, em dois dias úteis na semana. Entretanto, de acordo com a decisão do CNJ, só serão realizadas de forma remota as audiências relativas ao Juízo 100% Digital ou aos Núcleos de Justiça 4.0, desde que a produtividade e a pauta de audiências estejam em dia, entre outras condições.

Essas mudanças ocorrerão em até 60 dias, de acordo com a decisão aprovada por unanimidade no Plenário. Para implantar as alterações, os tribunais serão supervisionados pela Corregedoria Nacional de Justiça, que nomeará grupo de trabalho “com representação de todos os ramos da justiça, para auxílio, acompanhamento e fiscalização do cumprimento da presente decisão”.

Com efeito, é certo que a pandemia colocou à prova a eficácia do modelo virtualização iniciado no ano de 2010, e conseqüentemente verificou-se a necessidade de se utilizar de mecanismos digitais que levaram a mitigação da garantia constitucional da publicidade e dos atos processuais, pois restou inviável a utilização de alternativas para alcançar as pessoas sem acesso adequado a *internet* e adoção de plataformas de audiências *online*.

¹⁸ Fonte: <https://www.cnj.jus.br/retorno-do-judiciario-contara-com-audiencias-presenciais-e-telepresenciais>

Destarte, importa ressaltar, que existe no país um verdadeiro “abismo digital” de acordo com pesquisa realizada no ano de 2021 pela Pricewaterhouse Coopers Brasil Ltda, a pesquisa calculou um índice de privação *on-line*, definiu quatro perfis de usuários brasileiros, fundada em informações tais como: informações como duração do pacote contratado, limitações de acesso a conteúdo, ações de economia de dados, entre outras.

De acordo com a Figura 3, abaixo, verifica-se que significativa parcela da população é privada do acesso do digital, vejamos:

Figura 4 – Índice de privação on-line e os perfis de usuários

Perfil	Características predominantes de cada perfil (localização, dispositivo de acesso, escolaridade, classe de renda, gênero, idade ou raça)	Período médio do último mês em que teve dados disponíveis para acessar a internet
Plenamente conectados 49,4 milhões de brasileiros	Regiões Sul e Sudeste Celular pós-pago Acesso por notebook Escolarizados Classes A e B Branços	29 dias
Parcialmente conectados 44,8 milhões de brasileiros	Região Sudeste Menos escolarizados Classes C, D e E Negros	25 dias
Subconectados 41,8 milhões de brasileiros	Norte e Nordeste Celular pré-pago Menos escolarizados Classes D e E Negros	19 dias
Desconectados 33,9 milhões de brasileiros	Homens Não alfabetizados Classes C, D e E Idosos	0 dias

Fonte: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/o-abismo-digital-no-brasil.html>

Outro aspecto de relevo a ser considerado, diz respeito as disparidades de acesso. No Brasil, 81% da população com 10 anos ou mais usam a internet, mas somente 20% têm acesso de qualidade à rede. Há diferenças marcantes no acesso à internet entre os extremos das classes de renda (100% na classe A, em comparação com 64% na D e E) e entre negros e não negros. Em termos educacionais, o índice de conexão é maior entre estudantes de escolas privadas, o que acentuou o déficit de ensino durante a crise sanitária. E apenas 8% dos

internautas plenamente conectados pertencem às classes D e E, enquanto entre os desconectados eles são 60%¹⁹.

No mesmo sentido, é fundamental que se busque compreender as razões da desigualdade de acesso, e nesse encontramos três fatores básicos: deficiências da infraestrutura de conexão, que incluem problemas de amplitude, qualidade e distribuição do sinal, além de custo do acesso e dos equipamentos; limitações de acesso a hardware; e deficiências do sistema educacional.

Na mesma linha, as deficiências da infraestrutura de conexão tem relação direta com a renda de uma determinada região: quanto menor a renda, pior o sinal. Como a banda larga fixa é contratada por velocidade de tráfego e a móvel por quantidade consumida de dados, essa situação representa uma limitação de acesso a conteúdo on-line para os usuários de renda mais baixa – que predominantemente usam a banda larga móvel – e aprofunda a desigualdade²⁰.

No que concerne ao Poder Judiciário, um aspecto que foi devidamente constatado durante o período pandêmico fora a questão da adesão do processo judicial eletrônico (PJE), de acordo com IDDD (Instituto de defesa do direito defesa, 2021, p. 9), é fato de que há tribunais que já adotaram processos digitais em todas as matérias, outros apenas nos processos civis, mas há ainda, aqueles que não chegaram a implementar a digitalização integralmente. Aliada a essa realidade a diversidade de sistemas processuais entre os estados, pois o PJE apenas em 2013 se tornou oficial, também implicou num óbice.

Nesse sentido, é importante destacar que o efetivo funcionamento dos tribunais digitais requer uma infraestrutura robusta e estável, adequada para lidar com grande volume de dados. A confiabilidade na infraestrutura do sistema é fundamental para criar a confiança no sistema.

Na mesma esteira, salienta Castro (2022) que ainda se discute nos tribunais superiores “a natureza e o tratamento de cada nulidade apontada no Processo Penal, o que para o exercício e proteção das garantias individuais demanda o esforço incessante da dita “prova de prejuízo” a cada deslize apontado”.

¹⁹ Fonte: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/o-abismo-digital-no-brasil.html>

²⁰ Fonte: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/o-abismo-digital-no-brasil.html>

Esse é um ponto que demanda reflexão, pois se vislumbra quando da análise de eventual irregularidade no funcionamento do sistema digital, questionando-se até que ponto os *stakeholders de efetivação* ampla e irrestrita do Juízo Digital estão comprometidos nos planos formais e substanciais com a ampla defesa inscrita da Constituição Federal (CASTRO, 2022, p. 192).

Portanto, esse cenário de previsibilidade e intercorrência de quedas de energia, do sinal do provedor de internet, ou mesmo sem qualidade, por certo afetam a colheita de provas durante a instrução criminal e conseqüentemente podem implicar em eventual ofensa a garantias e direitos constitucionais.

Há que se destacar, outrossim, também a baixa qualidade do *link* de vídeo que tem causado repercussão na avaliação judicial, em especial quanto ao comportamento do acusado, testemunhas e demais autores do processo, o que sabidamente é de fundamental importância quando da análise da prova.

No mais, a produção da prova nesses moldes tende a enfraquecer a importância simbólica da função da sala de audiência como o lar da justiça e da presença do direito e se perde a efetiva comunicação entre as partes e as importantes pistas não verbais (DONOGHUE, 2017).

No mesmo sentido, ainda Muneratti (2021), salienta que:

É certo que os julgamentos virtuais retiram a vivacidade, a emoção e o contato humano que possuem os julgamentos nos plenários físicos dos Tribunais. A presença do defensor ou do advogado na Tribuna para a sustentação oral não tem como ser substituída, sem perdas substanciais, pela sustentação oral gravada em vídeo. Não raro, após sustentações orais proferidas da Tribuna no calor do julgamento, desembargadores e ministros pedem vista dos autos para melhor analisar o processo ou mesmo mudam de opinião e voto. A perda que se tem sem a sustentação oral ao vivo, apesar de não ser compensada com a possibilidade do seu envio gravada em vídeo, pode ser mitigada com a ampliação da possibilidade de acesso aos julgadores no decorrer da sessão virtual. Ao contrário dos julgamentos físicos onde todos os votos são proferidos na mesma oportunidade, a não ser que haja pedido de vista, no julgamento virtual a sessão dura em média uma semana, durante a qual os votos, mesmo que já proferidos, podem ser modificados, até o fim do prazo. Assim, há mais tempo hábil para que as partes busquem os julgadores para despacho e convencimento, expediente que tem mostrado resultados quando viabilizados.

Destarte, o que se avista é a necessidade constante da vigilância da defesa quanto a higidez da prova produzida, das normas processuais, em especial as

atinentes a materialidade, objetivando romper a escalada da tolerância judicial quando da eventual desobediência às normas de natureza legal.

Nessa senda, é oportuno ressaltar a incapacidade de relacionar eficiência com ideia de justiça. De acordo com Wedy (2011) tal problema decorre dos próprios operadores de trabalhadores do direito que tomam essa ideia apenas sob o viés utilitarista ou funcionalista. “A nossa ideia é a verificação da eficiência a partir de um fundamento (a relação-antropológica), de uma função (a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes) e de uma finalidade (o alcance da justiça e da paz pública)”. (Wedy, 2011, p.306)

No entanto, faz-se necessário atentar para a necessidade do equilíbrio e a presença desses requisitos, e tão somente a partir desse momento poderíamos da eficiência do direito penal e da conseqüente repercussão da eficiência em processo penal.

Vale ressaltar, outrossim, que nos dias atuais tem sem observado uma constante redução das garantias de natureza constitucional sob a alegação de combate novas formas de criminalidade, No entanto, a criminalidade que mais tem afetado a coletividade é aquela tida como a mais tradicional a qual viola bens jurídicos como a vida, a integridade corporal, a liberdade e o patrimônio.

Acerca da eficiência tão propalada do processo penal hodierno, salienta Wedy (2011), que:

“Deve-se portanto, fazer uma distinção entre a eficiência “ideal” e a eficiência meramente instrumental pretendida pelos tempos atuais. A primeira há de ser vista dentro de um contexto em que expressamos, numa unidade de sentido equilibrada pela busca da justiça e da paz jurídica, temperada pela função de proteção dos bens jurídicos, o que é próprio da concepção mais liberal. Outra é aquela eficiência meramente instrumental e que repercute, de forma direta, no processo penal, uma eficiência própria de um sistema jurídico despreocupado com certas garantias que foram conquistadas com sacrifícios e adversidades, quando não com o própria sangue dos cidadãos. Essa eficiência pretende vulgarizar garantias em detrimento do “combate a corrupção e ao crime”, de forma a “reduzir a criminalidade” e a “sensação de impunidade”.

Destarte, tal situação gera preocupações, em especial, que impacto tais medidas trariam para assegurar o acesso à justiça e o próprio direito de defesa. Nessa esteira o Instituto de Defesa dos Direitos de Defesa (IDDD) passou a monitorar a implementação do modelo virtual de prestação jurisdicional e passou a

realizar entrevistas²¹, no período de dezembro de 2020 e agosto de 2021, com familiares de pessoas privadas de liberdade, membros das Defensorias Públicas estaduais e ouvidores das Defensorias Públicas Estaduais, bem como passou a analisar os atos normativos editados pelos Tribunais de Justiça dos 26 estados e do Distrito Federal entre os meses de março e novembro de 2020, e subsequentemente, entre os meses de janeiro de maio de 2021.

Segundo pesquisa do IDDD (Instituto de defesa dos direitos de defesa, 2021, p. 7):

O cenário encontrado não foi nada alentador. Muito embora a tecnologia seja capaz de sustentar a continuidade das atividades judiciais no momento em que o distanciamento físico é medida de segurança imposta ao mundo todo, os abismos criados pela exclusão digital, pela falta de transparência de publicidade e de informação afetam de maneira desproporcional as pessoas que sempre estiveram em posição de maior vulnerabilidade social. É diante dessa constatação que a presencialidade deve ser tida com a primeira opção para realização dos atos processuais – respeitando-se, é claro, os protocolos de saúde e segurança – deixando-se a virtualização de tais atos condicionada à concreta impossibilidade da presença física das pessoas envolvidas no processo, sempre com vistas à preservação dos direitos da pessoa acusada, que, em hipótese alguma, deve sustentar os impostos pela Justiça Digital.

Com efeito, é oportuno ressaltar que diversos instrumentos internacionais tal como a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966), promulgado no Brasil em 1992 (Dec. 592/92 da Presidência da República) estabelecem, respectivamente²²:

ARTIGO 8º - GARANTIAS JUDICIAIS

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

²¹ As entrevistas com familiares de pessoas privadas de liberdade foram realizadas nos seguintes estados: Acre, Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo e no Distrito Federal.

²² Fonte: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

ARTIGO 14

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

- d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

Logo, inobstante os avanços experimentados com a utilização dos avanços tecnológicos e a conseqüente possibilidade de assegurar a prestação jurisdicional em um momento de tão grave crise de saúde pública, faz-se imprescindível atentar também para a necessidade de que sejam assegurados mecanismos que viabilizem a inviolabilidade de princípios constitucionais.

Seguindo o mesmo fio, outro aspecto que guarda extrema relevância e deve ser observado é a ausência de informações precisas ao cidadão quanto ao funcionamento desses mecanismos, pois parcela significativa da população desconhece a forma de utilização de tais plataformas e não tem sequer o conhecimento necessário para manusear um dispositivo de informática que viabilize o seu ingresso em uma sala virtual, em conformidade com pesquisa realizada pelo (NIC.br/Cetic.br)²³

Nesse sentido, restou evidente que as desigualdades digitais se afluíram na proporção em que se constatou o desconhecimento do uso das ferramentas digitais por parcela significativa da população. Além disso, verificou-se uma disparidade em relação às tecnologias e acesso à *internet* por parte do Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública. (Justiça Virtual e Direito de Defesa, 2021, p. 6).

Num primeiro momento sequer era possível contatar as partes, quanto a data das audiências, levando a uma expressiva quantidade de redesignação de

²³ Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br).

audiências, e conseqüentemente a um prejuízo de ordem econômica a todos os envolvidos.

No mais, outro aspecto primordial a ser considerado é a baixa qualidade da conexão à internet, pois em uma grande parcela do território brasileiro o sinal de *internet* é extremamente deficitário dificultando sobremaneira a conexão. Não deixando de atentar, outrossim, para situações em que a parte não dispõe de um aparelho celular que viabilize sua participação ou até mesmo quando o possui não disponha do crédito que lhe oportunize o acesso a audiência virtual²⁴.

Outro aspecto a ser destacado, muito embora a previsão constante no artigo 4º da Resolução 329, o qual verbera que as “audiências e atos processuais realizados por videoconferência deverão observar os princípios constitucionais inerentes ao devido processo legal e a garantia do direitos das partes”, a devida preocupação para que a oitiva fosse realizada em ambiente reservado, seguro e livre de qualquer espécie de intimidação, ameaça ou coação, em especial dos acusados presos no interior de unidades prisionais²⁵.

No mais, em diversas situações o sigilo restou prejudicado em decorrência de que quando da oitiva de testemunhas, muitas delas da mesma família, restava inviável a possibilidade de aferir se as ainda não oitavadas não estavam a escutar o teor do depoimento da outra, muito embora advertidas que não poderiam permanecer no local em que tivesse prestado o depoimento.

Não menos importante também fora observado no formato virtual a questão relativa ao respeito à garantia da conversa reservada entre o acusado e a defesa, pois a conversa acontece no próprio link da audiência, minutos antes do início da audiência, muito embora o servidor responsável pela gravação da audiência assegure que não há interferências externas²⁶.

Todavia, como dito anteriormente a inclusão digital no Brasil ainda não é uma realidade, e esta vai além da eventual disponibilização do acesso a um dispositivo de informática e da internet, pois é imprescindível que o cidadão possua o necessário conhecimento do seu manuseio.

²⁴ Fonte: <https://www.pwc.com.br/pt>

²⁵ Fonte: <https://iddd.org.br>.

²⁶ Fonte: <https://iddd.org.br/>

É inegável que os avanços tecnológicos atualmente constituem um mecanismo primordial para o estreitamento da distância existente entre a sociedade e o Judiciário. No entanto, embora o objetivo da informatização vislumbre tornar mais célere a prestação jurisdicional é imprescindível que direitos não sejam violados. “Esse acesso à justiça virtualizado precisa ser analisado a partir de um código binário, ou seja, de duas categorias contrapostas e que sopesam sua aplicabilidade e importância: exclusão x inclusão de internet.” (SPENGLER; PINHO, 2018, p. 234).

Portanto, diante desse cenário desafiador para o direito de defesa antes, com a pandemia ele foi agravado, em razão da maior dificuldade de acesso a documentos essenciais para a construção da defesa e da utilização frequente de aplicativos de mensagens para o intercâmbio de informações.

Vale ressaltar, ainda, que alguns estados da federação o processo judicial nos tribunais de justiça ainda não tinha sido efetivamente concluído, quando do início da pandemia, como: Espírito Santo, do Maranhão, de Pernambuco e do Rio Grande do Sul, curso, com processos físicos em trâmite. A situação do Espírito Santo e do Maranhão, particularmente, era ainda mais grave, porque não havia qualquer adesão ao PJE para trâmite de processos digitais. Em Minas Gerais e em Pernambuco, não havia PJE para processos criminais e no Rio Grande do Sul o tribunal valeu-se de suspensão parcial de atos durante a pandemia para acelerar a digitalização, que é lenta e ainda segue em curso.

De outra banda, outro aspecto que merece ser considerado é a diversidade de sistemas processuais e plataformas de audiências online adotados pelos tribunais, não existe uma unificação, conseqüentemente identifica-se de acordo com o IDDD – Instituto de defesa do direito de defesa a existência de pelo menos sete sistemas, bem como é comum a utilização do aplicativo *Whatsapp*.

No mais, pode-se observar que a maioria dos atos normativos expedidos pelos tribunais para regular as diversas atividades do Judiciário durante a pandemia, entre as quais os atos processuais, em geral, a suspensão de sustentações orais e outros procedimentos, fechamento dos fóruns, abertura parcial e audiências online, em geral são disponibilizados em sites sem que se atenda a uma devida e compreensível organização.

É latente a ausência de informações claras e em linguagem acessível que possibilite o cidadão ao ter um rápido e proveitoso acesso aos serviços virtuais oferecidos pelos tribunais de justiça pais afora. Sem contar, o fato de que as plataformas de audiências online são ferramentas desconhecidas por parte considerável da população. Seja pelas diferenças entre os estados na adesão ao processo judicial eletrônico, seja pela utilização de ferramentas virtuais complexas para participação em audiências, as ações de virtualização da Justiça durante a pandemia de Covid-19 foram realizadas sem a devida supervisão e coordenação do Conselho Nacional de Justiça, que tão somente após a edição da Resolução nº 345/2020, estabeleceu regras para implementar o programa “Juízo 100% Digital”.

No mais, os órgãos do sistema de justiça como as Defensorias Públicas também se mostraram pouco preparadas para a virtualização do atendimento de seus usuários. A guisa de exemplo, com a suspensão das atividades presenciais, o contato entre a pessoa assistida ou seu familiar e a Defensoria deu-se, sobretudo, por meio de aplicativos de mensagens, sem definição uniforme de fluxos e procedimentos.

Insta ressaltar, que na maioria das vezes, esse contato ocorria por meio de aplicativos pessoais dos defensores, o que, além de gerar sobrecarga de trabalho, incrementa a insegurança digital.

Outro aspecto que merece ser observado é que o exercício do direito de defesa durante a pandemia de Covid-19 foi também marcado pela precariedade da assistência à pessoa presa, pois se constatou a ausência de falta de contato direto com o advogado ou defensor público antes de qualquer fase processual e, especialmente antes de audiências, a impossibilidade de reuniões reservadas. Insta ainda salientar que também graves são: a dificuldade de acesso às informações sobre o processo judicial, a ausência de estrutura nas unidades prisionais para atendimento virtual e o não comparecimento a esses locais por parte dos defensores.

No mais, a realização das audiências de custódia por videoconferência não atendeu às finalidades primordiais do ato, quais sejam: a verificação da legalidade da prisão, a necessidade de decretação de prisão preventiva e possibilidade de substituição por medidas cautelares, e especialmente a verificação de eventual

ocorrência de tortura, de agressões físicas e de outras violações a direitos humanos no momento da prisão.

De outra banda, as audiências de custódia virtuais ou a análise do auto de prisão em flagrante não são capazes de conter os índices de violência policial e, assim, prevenir e combater a tortura, mas apenas os mascaram. Basta a utilização de espaço adequado (sala arejada, com a manutenção do distanciamento social e todas as demais precauções) para que a realização das audiências de custódia se dê também de forma segura.

Deve-se considerar que os policiais civis e militares, delegados, escrivães de polícia realizam os atos necessários para a formalização da prisão de forma presencial. No entanto em nada justifica que os demais atores envolvidos com a justiça penal, também não a realizassem de forma presencial.

Vale ressaltar que em um primeiro momento, em substituição às audiências de custódia, os juízes voltaram a analisar a legalidade da prisão em flagrante e a necessidade de decretação de prisão preventiva por meio da mera análise dos autos de prisão em flagrante, o que implicou num retrocesso, pois retornamos ao período em que o Brasil descumpria reiteradamente o art. 7º, 5, do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) e o art. 9º, 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ao não apresentar a pessoa presa à autoridade judicial em curto período de tempo.

Destarte, repisa-se, a realização de audiências de custódia por meio de videoconferência viola os direitos e garantias fundamentais de maneira tão profunda que a esvazia de sentido ao impossibilitar a identificação da prática de agressões e tortura contra as pessoas custodiadas e impor obstáculos ao pleno exercício do direito de defesa.

No mais, os julgamentos da segunda fase dos processos de competência do Júri não deveriam ter ocorrido de forma virtual como em determinadas ocasiões, pois inegável que a sua realização, com respeito aos protocolos de segurança para a contenção da disseminação do coronavírus, não cerceariam o direito de defesa dos cidadãos.

A presencialidade, nesse caso, garante a efetiva participação do acusado em seu próprio julgamento, bem como afasta a possibilidade de quebra da

incomunicabilidade, ou seja, a eventual conversa entre jurados e testemunhas, muitas das vezes essas últimas até no em mesmo ambiente.

Notadamente, em razão da disposição contida no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a qual prevê que as testemunhas serão inquiridas separadamente, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras. A intenção do legislador é evitar que o depoimento de uma pessoa contamine o da outra. As discussões sobre as provas dependentes da memória, como as constantes em depoimento judicial, aludem a questão da problemática da contaminação da memória do ser humano com fatos que não foram presenciados, devido ao transcurso do tempo e a interferências externas.

Com efeito, não significa dizer que a testemunha esteja necessariamente mentindo, mas há a possibilidade de ocorrência de equívocos, lapsos. Ou seja, a memória de um fato presenciado pode sofrer interferências externas, que fazem depoente acreditar nas alterações de versão, sem que tenha a intenção de prejudicar ou faltar com a verdade.

Com o advento da virtualização de atos processuais, sobretudo da realização de audiências de modo remoto, não é possível ter controle sobre a incomunicabilidade das pessoas que são essenciais à produção probatória. O fato de não ser possível enxergar todo o ambiente em que determinada testemunha se encontra por meio das plataformas de realização de reunião online impede que se saiba se está havendo algum tipo de interferência no depoimento que está sendo prestado.

Dessa forma, as testemunhas de um mesmo processo podem residir no mesmo local e estarem lado a lado no momento da audiência ou, ainda que não estejam juntas, podem comunicar-se de qualquer outra forma (por escrito, por meio de aplicativos de mensagens etc.). Daí a importância de se garantir que seus depoimentos sejam tomados no fórum, onde é possível exercer o controle sobre sua incomunicabilidade.

Outro aspecto que merece relevo consiste também na necessidade da presença física da defesa no mesmo ambiente em que se encontra a testemunha depoente, para que seja possível confrontá-la diretamente e realizar perguntas sobre eventuais contradições em seus relatos. No mais, as visitas presenciais às pessoas

presas foram suspensas e, em alguns casos, substituídas por visitas virtuais de poucos minutos e com controle do teor da conversa estabelecida, ou quando não, sem a devida segurança do conhecimento de terceiros acerca do teor do conteúdo.

Desse modo, para além de todas as questões até aqui trazidas quanto as dificuldades de compreensão da utilização de plataformas de reunião online, que garantiriam as visitas virtuais, e da própria exclusão digital que alcança parcela relevante da população, há ainda o fato de que são as famílias que abastecem parentes privados de liberdade com produtos de necessidades básicas e boa parte da alimentação, e cumprem assim deveres omitidos pelo Estado, que tem sob sua guarda e seus cuidados as pessoas presas, no intuito de preservar o melhor interesse da pessoa acusada, que em hipótese alguma pode sustentar os ônus impostos pela Justiça Digital, como dificuldades de acesso (à plataforma ou à internet).

Como forma de garantir o direito de defesa, a intimação deve conter perguntas sobre a condição real de participação da pessoa acusada e de seu defensor no ato (como acesso à internet, possibilidade de estar em ambiente reservado, conhecimento técnico sobre a utilização da plataforma que será utilizada), implicando necessariamente realização do ato de forma presencial caso alguma das respostas aos requisitos seja negativa. Só assim se garantirá a possibilidade de efetiva participação da pessoa em seu processo e o acesso dela à defesa (resguardando-se o direito constitucional à ampla defesa, ao contraditório e à paridade de armas).

Na tentativa de sanar a exclusão digital de boa parte da população, há tribunais com modelos híbridos de audiência, com franqueamento de suas estruturas à parte que assim preferir. No caso dos assistidos pela Defensoria Pública, a participação do acusado recolhido em estabelecimento prisional depende da disponibilidade de equipamentos e de recursos tecnológicos na própria unidade de custódia, ante a suspensão dos traslados de pessoas presas aos fóruns, diga-se de passagem, sem a qualidade devida de conexão da internet e muitas vezes sem que seja assegurado o sigilo quanto ao teor dos depoimentos.

Frise-se que no caso de pessoas em privação de liberdade, deve ser assegurado que a pessoa se encontre em ambiente tranquilo e sem a vigilância de

agentes estatais, o que reforça a importância da instalação de equipamentos com visão ampla, de alta resolução captação de áudio de qualidade.

Considerando as entrevistas feitas pelo IDDD com defensores públicos, apenas nos estados do Maranhão, de Minas Gerais, de Pernambuco, do Piauí e de São Paulo foi indicada a possibilidade de conversas efetivamente reservadas com os assistidos. A gestão do sistema prisional pelos Poderes Executivo e Judiciário, por meio de suas Secretarias de Administração Penitenciária e Varas de Execuções Criminais, foi fator limitante da atuação da defesa pública de acusados. (Justiça Virtual e Direito de Defesa, Parâmetros mínimos para a efetivação do acesso à justiça criminal no Brasil, 2021).

A virtualização dos atos processuais e da Justiça, intensificada pela pandemia, impossibilita a realização de encontros reservados entre o defensor público e a pessoa assistida (em especial, a pessoa custodiada), seja porque o tribunal não autoriza ou porque a plataforma utilizada dificulta a exclusividade do uso da sala virtual, seja porque a defesa não se desloca até o local em que a pessoa está custodiada.

O encontro prévio e reservado entre defesa e assistido é garantia basilar do direito de defesa, pois sua inexistência compromete não só a estratégia da defesa, mas o próprio entendimento do acusado acerca de sua situação processual ou do que foi objeto de decisão em audiência, dada a notória dificuldade de compreensão da linguagem jurídica para pessoas leigas. Nesse sentido, o encontro privativo entre defesa e acusado exige que antes do início da audiência, durante e após a realização do ato, seja assegurada para que sequer não se coloquem em risco os direitos fundamentais como a ampla defesa.

Destarte, as audiências devem ocorrer de modo presencial, porém, em alguns casos excepcionais em que seja do interesse do próprio acusado ou custodiado, poderá ser realizada de modo virtual. Para que a excepcionalidade seja assegurada e não se converta em regra, critérios claros devem ser observados. No mais, é fundamental que a defesa e a pessoa acusada registrem expressamente a viabilidade de participação no ato no modo online. As audiências de instrução têm ocorrido em ambiente virtual e, em geral, as partes não são consultadas sobre a possibilidade de participar da audiência neste formato.

A viabilidade deve compreender o acesso a aparelho de telefone celular ou computador, internet, espaço silencioso e calmo para efetivo comparecimento no ato, compreensão sobre o uso das ferramentas, sendo necessária a compreensão das diferenças geracionais no manejo delas entre outras.

Desse modo, resta claro que em algumas situações não deve ser, em hipótese alguma, realizada audiência de forma virtual, sendo a forma presencial a única alternativa. Pois, a exemplo de casos em que a virtualização pode macular os direitos das pessoas acusadas têm-se aqueles com múltiplos réus, nos quais nem todos terão as mesmas condições de participação virtual, ou casos em que a vítima tenha fundamental relevância na instrução probatória, sendo a principal prova a ser produzida o reconhecimento de pessoa.

Portanto, o amplo exercício do direito de defesa e do contraditório não pode ser limitado, faz-se necessário que em qualquer hipótese a palavra seja assegurada para que não haja limitações a esses direitos fundamentais quando da realização de uma audiência por videoconferência.

No que concerne a questão do reconhecimento de pessoas em processos criminais, outro aspecto que merece a devida observação consiste apresentação das pessoas para o reconhecimento. É fundamental que sejam observadas as previsões constantes na legislação processual quanto ao tema.

Logo, é necessário que haja, por parte da vítima ou da testemunha que procederá ao reconhecimento, a descrição detalhada quanto as características da pessoa suspeita. Nas audiências por videoconferência é possível que o ato de reconhecimento seja realizado. Todavia, desde que garantidas as exigências legais e que haja a anuência da defesa quanto a realização do ato.

Nesse sentido, detalhes devem obrigatoriamente ser observados, tais como: atentar para a distância em que as pessoas estão com relação às câmeras para que se possa visualizar todo o corpo e a altura das pessoas submetidas ao alinhamento e boa iluminação para que todos os detalhes possam ser perceptíveis.

De outra banda, no caso da pessoa acusada estar recolhida a unidade prisional, deve a administração penitenciária assegurar que sejam quando da realização dos atos dispostas pessoas com características semelhantes às da pessoa suspeita, com o fim de evitar qualquer mácula na memória a ser capturada

por meio do ato do reconhecimento. Na hipótese do acusado em liberdade incumbe ao Juízo atentar para observância da disposição das pessoas submetidas atentando aos critérios legais.

No mais, outros elementos devem ser observados e respeitados, para que sejam asseguradas as garantias e direitos fundamentais dos acusados. Dentre eles, a vítima ou testemunha que irá realizar o ato do reconhecimento deve sempre estar presencialmente na sede fórum, como garantia que não estejam sofrendo pressões, influências, sugestões ou induções durante a realização do reconhecimento.

Importa ressaltar, ainda, que o acesso às audiências antes da virtualização era algo complexo, pois embora as audiências presenciais sejam públicas, incluindo familiares de pessoas acusadas, o ingresso destas na sala da audiência era cerceado muitas vezes, conforme constatou o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, com o processo de virtualização tornou-se ainda mais complexo e custoso.

Com efeito, em sendo o familiar a pessoa fundamental para que seja assegurado o direito de defesa, em especial da pessoa presa, sua presença na audiência possibilita a comunicação com seus familiares, e a consequente interlocução com a Defensoria Pública no intuito de que sejam trocadas informações quanto ao processo judicial, bem como as condições que estão lhe sendo impostas no interior da unidade prisional. Algo que resta inviável quando este presta depoimento por videoconferência.

No mais, a modalidade virtual de audiências dificulta participação do acusado solto, seja porque não tem acesso à sala virtual, seja porque não tem acesso à internet ou aos conhecimentos específicos sobre o uso das plataformas de reunião online.

É oportuno reiterar que com o acesso às audiências virtuais por meio de *links*, o conhecimento sobre essa ferramenta limita-se às pessoas que saibam de antemão que aquele ato ocorrerá em determinado dia e horário e que consigam acessar esse *link*. Diversamente das audiências presenciais onde praticamente a todos é franqueado o acesso podendo comparecer qualquer pessoa forma espontânea ao fórum e assim as acompanhar.

No mais, o princípio constitucional da publicidade expresso art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), garante a publicidade das audiências, bem

como o escrutínio público sobre a prestação jurisdicional, em especial no modelo virtual, que não possui precedentes para que, de antemão, já se tenha conhecimento quanto a sua total funcionabilidade.

Entretanto, a modalidade virtual de audiências dificulta a participação, seja porque não o cidadão tem acesso à sala virtual, seja porque não tem acesso à internet ou aos conhecimentos específicos sobre o uso das plataformas de reunião online. Assim, é fundamental que se garanta a informação aos/às familiares da pessoa acusada sobre:

(i) data e horário das audiências; (ii) forma de acesso (com o envio do link de acesso e instrução de como ingressar na audiência); (iii) informação processual com linguagem acessível; (iv) informação sobre local em que a pessoa está presa (delegacia ou unidade prisional); e, por fim, (v) o envio de chave de acesso do processo eletrônico para consulta de seus andamentos.

Desse modo, destaca-se que as audiências de custódia e de instrução virtualizadas limitaram o acesso e o acompanhamento de familiares, em decorrência da exclusão digital. Em algumas situações, as Defensorias Públicas disponibilizaram salas equipadas para que as famílias pudessem participar da instrução, juntamente com o defensor ou desacompanhadas, o que se mostrou uma boa prática. (Justiça Virtual e Direito de Defesa, Parâmetros mínimos para a efetivação do acesso à justiça criminal no Brasil, 2021). Para os familiares, antes da pandemia da Covid-19, o acesso ao sistema de justiça, em especial a Defensoria Pública era mais fácil em razão da possibilidade de o atendimento ser presencial, cenário que se alterou profundamente.

Inobstante os esforços do órgão no sentido de viabilizar o atendimento, embora virtual, muitas vezes, este esbarrava na dificuldade de compreensão da linguagem e impossibilidade de atendimento por falta de acesso à internet da população, sem solução alternativa. No mais, em alguns processos, em especial que tramitam em segredo de justiça, restou ainda mais difícil a orientação ou atendimento virtual.

Como se vê, a sobrecarga imposta às pessoas no intuito de preencher lacuna deixada pelo Estado é enorme. É função das Defensorias Públicas, no melhor interesse de seus assistidos, dar transparência às informações sobre os processos que estão sob seus cuidados, sobretudo, aos familiares dos assistidos, que

contribuem sobremaneira para a construção da própria defesa, na medida em que fornecem documentos e indicação de nomes de possíveis testemunhas.

Assim é que tais informações não só devem ser asseguradas aos/às familiares, como também se deve primar pela utilização de linguajar claro e acessível, com a explicação do significado de termos técnicos, prezando-se pela transparência e garantia do direito à informação. O apoio técnico oferecido na perspectiva das famílias consiste em interpretar os termos jurídicos relacionados aos processos judiciais. São frequentes as situações nas quais as famílias das pessoas presas recebem informações do defensor público por meio de aplicativo de mensagens e a linguagem utilizada pelos defensores não é compreensível.

Resta praticamente impossível a compreensão para o cidadão comum o de expressões tais como: “o juiz não conheceu do habeas corpus” ou “o agravo de instrumento não foi acolhido” não permitem a compreensão do significado e o que pode resultar.

No mais, há no meio social das Frentes Estaduais pelo Desencarceramento, grande conhecimento por parte das mulheres sobre o direito processual penal – conhecimento acumulado a partir das experiências pessoais obtidas com as prisões de seus familiares. Os familiares desconhecem as etapas do processo criminal e desempenham junto às demais mulheres, papel de intérpretes dos termos jurídicos incompreensíveis para leigos²⁷.

No entanto, não é razoável que se deixe de adotar como política a utilização de linguagem compreensível para a população e assim atribuir a responsabilidade de traduzir o que a linguagem técnica diz aos movimentos sociais – já tão sobrecarregados com suas pautas e sobrevivência. Para além de preocupação com a compreensão, é fundamental a facilitação do acesso dos usuários da Defensoria Pública e familiares de pessoas presas à informação. Para tanto, devem também ser garantidos canais de comunicação e contato desobstruídos, desburocratizados e, de fato, acessíveis. Para quem não tem acesso à internet ou tem dificuldades, o apoio da rede de familiares é fundamental para acesso ao serviço.

O problema da exclusão digital e a barreira que a linguagem jurídica e escrita coloca na interação entre familiares e defensores se agravou no contexto da

²⁷ Fonte: (<https://iddd.org.br/>)

pandemia, em que a situação econômica de uma enormidade de famílias se deteriorou, o que prejudica ainda mais o acesso à internet e a celulares que comportem a utilização de aplicativos²⁸.

Nesse sentido, a falta de acesso à internet não pode constituir justificativa a impedir o acesso à justiça, por meio do acesso à defesa. Incumbe ao estado manter canais de comunicação que possam ser acessados por todos, como telefones e balcão de atendimento presencial. Podendo ser criados, inclusive, setores próprios de atendimento a familiares e pessoas egressas do sistema prisional para informação e orientação.

A organização dos familiares em redes, no âmbito da Frente pelo Desencarceramento, é importante mecanismo de articulação para melhoria do atendimento, na proporção em que realizam as seguintes ações: identificação e organização das demandas de famílias afetadas pelas medidas de suspensão dos atendimentos presenciais; acionamento das ouvidorias para atendimento das demandas de familiares que ficaram sem os contatos dos defensores.

No entanto, Castro (2022) salienta que como ponto positivo extraído pode-se observar que a videoconferência no processo criminal tem levado a justiça diretamente ao domicílio do acusado quando solto. Isso implica na possibilidade de conhecer as vulnerabilidades que por vezes passam ao largo do conhecimento da Justiça, permitindo “ver” e “ouvir” as condições de pobreza, abandono e exclusão em janela do computador.

Muito embora Castro (2022) admita inexistir estudos que indiquem se isto alterará a percepção que a própria Justiça tem das partes envolvidas no processo criminal, no entanto, representa mais um elemento de transparência que possibilita a visibilidade a situação de exclusão da maior parte dos réus, ou seja, o discurso adquire uma identidade visual que passa a integrar formalmente a produção probatória e os registros dos atos processuais. No entanto, comparado as experiências internacionais, podem-se ver alguns avanços relativos à utilização da videoconferência em processos criminais, conquanto as balizadas normativas e a construção do próprio procedimento ainda demandam a efetiva participação popular.

²⁸ Fonte: (<https://iddd.org.br/>).

Desse modo, verifica-se que inobstante os avanços oriundos da digitalização do processo e conseqüentemente da utilização das audiências por videoconferência que tal mecanismo é uma importante política pública de acesso à justiça, que fora utilizada com constância durante o período pandêmico e que muito colaborou para fins de prestação jurisdicional durante o período de calamidade público ora vivenciado.

Todavia, resta imprescindível salientar que os abismos criados pela exclusão digital limitaram em muito a sua utilização, e conseqüentemente implicaram na violação de direitos e garantias fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Ante a crise decorrente do estado pandêmico, que implicou na suspensão dos trabalhos do Poder Judiciário, com objetivo de assegurar os direitos fundamentais à vida e à integridade física dos atores envolvidos na prestação jurisdicional, dado os riscos da contaminação pelo COVID-19, outra alternativa não restou senão a utilização da tecnologia, em especial a recorrente utilização de audiências de videoconferência.

Nesse sentido, o presente trabalho foi desenvolvido com o intento de estudar o procedimento da audiência de videoconferência como política pública de acesso à justiça penal. Para nortear os estudos desenvolvidos, a problemática de pesquisa apresentada foi: em que medidas as audiências por videoconferência são políticas públicas que possibilitam o acesso à justiça em consonância com os princípios do contraditório e da ampla defesa?

Assim, para que fosse possível responder o problema de pesquisa, utilizou-se como método de abordagem o dedutivo e, como método de procedimento o monográfico, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica e de documentação indireta, baseada na leitura das doutrinas que tratam do tema, além de legislação e de artigos científicos.

Os métodos utilizados se mostraram eficientes para que se chegasse à confirmação da hipótese apresentada, sendo possível confirmar que, na perspectiva do ciclo das políticas públicas, a audiência por videoconferência em muito contribuiu nos últimos dois anos, muito embora constatada a necessidade do seu aprimoramento.

Nesse ínterim, abordou-se, no primeiro capítulo, o conflito e a justiça penal como mecanismo de sua resolução, dando ênfase ao período da vingança privada à instituição do direito público, bem como da importância da criação do contrato social nos moldes da teoria hobbesiana para que os homens pusessem fim à guerra de todos contra todos e conseqüentemente chegassem a um estado de paz social.

Na sequência, foi realizada uma análise histórica do direito penal dando ênfase ao período da vingança privada, o qual coincide com o ponto de partida da humanidade até o período humanitário. Desse modo, restou possível observar que a história da justiça penal fora esculpida lentamente, pois diversos foram os períodos

históricos que a antecederam até o momento em que o Estado passa a monopolizar o direito de punir.

De igual modo, foram analisados os princípios norteadores da justiça penal com destaque para os princípios basilares do direito penal, pois muito embora o Estado seja o detentor do direito de punir a aplicação e a consequente execução de uma pena decorrente de uma condenação constituem um poder do Estado, no intuito de assegurar a harmonia social, do qual não deve se eximir de sempre exercê-lo, sempre vigilante no que concerne aos limites deste o poder e sempre atento para que a todos, indistintamente, sejam asseguradas as garantias legais.

No segundo capítulo, procurou-se abordar as políticas públicas de acesso à justiça no contexto do direito processual penal, oportunidade em que foram analisados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Abordou-se, ainda, que o devido processo legal é uma garantia do cidadão. Garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual em conformidade com as normas legais previamente estabelecidas. Desse modo, é de fundamental que estes princípios não sejam objetos de violação, sob pena de ofensa aos direitos humanos.

Posteriormente, faz-se uma análise do estado de crise da jurisdição penal brasileira, dando ênfase ao fato de que as crises de jurisdição nascem de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, e se transferem para todas as demais instituições que o compõem, consequentemente deve se discutir a crise de jurisdição ora vivenciada como uma crise de Estado, onde se percebe a sua perda de soberania e as condições necessárias para a solução de conflitos.

No mais, é ressaltada a importância dos ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável), pacto global assinado durante a Cúpula das Nações Unidas em 2015, pelos 193 países membros, em especial o ODS 16.3, que tem como objetivo promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos.

Por fim, feito um escorço dos temas expostos, chega-se as possibilidades e limites da audiência por videoconferência como política pública de acesso à justiça no processo penal, ocasião em que se dá ênfase a positivação da *internet* como direito fundamental, pois se trata de um mecanismo que possui relevância para a

sociedade moderna, conservando sua natureza relação direta com os direitos fundamentais formais, já positivados. E, ainda, dada a previsão contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, trata-se de um direito materialmente fundamental.

No mais, é realizada uma análise dos avanços tecnológicos e suas consequências para o direito, em especial o processo penal, oportunidade em que se constata que o direito processual penal deve se amoldar as mudanças advindas com a sociedade moderna, mas sempre atentando para o devido processo legal, ou seja, devem ser acolhidas as mudanças tecnológicas sem que abale a solidez da proteção constitucional asseguradas aos indivíduos.

Oportuno, ainda, salientar que foram analisados os limites e possibilidades da audiência e videoconferência como política pública de acesso à justiça e se constatou a sua importância como instrumento de viabilização do acesso à justiça, em especial, durante o período de crise de saúde mundial, mas também a existência de óbices que precisam ser superados, principalmente quanto ao acesso digital de qualidade e universal.

Para responder a problemática proposta e verificar quais os requisitos necessários para que as audiências de videoconferência se torne uma política pública de acesso à justiça foi realizada uma análise concatenando a prática nas cinco etapas de criação e desenvolvimento de políticas públicas.

Por fim, considerando os resultados obtidos, conclui-se que a audiência por videoconferência é uma importante política pública de acesso à justiça, entretanto, possui limitações que cerceiam sobremaneira os direitos fundamentais, sendo, destarte, necessário que indistintamente seja assegurado o acesso digital de qualidade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Proposta inclui na Constituição o direito de acesso à internet.** Disponível em: <https://www.12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/13/proposta-inclui-na-constituicao-o-direito-de-acesso-a-intenet>. Acesso em: 12 mai. 2022.

ALENCAR, R. A. R. C. A. Informática Jurídica e Tecnologia no Processo Penal. **Revista dos Tribunais.** 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7652/>. Acesso em: 28 set. 2022.

ALMEIDA, B. et al. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, 2020.

ANDRADE, F. S. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório na composição da decisão justa e legítima. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 0. 2017.

BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro. 12ª ed. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2020.

BEDIN, G. A.; SCHORNARDIE, E. F. Os direitos humanos e o acesso à justiça: uma análise histórico-conceitual de um direito fundamental para a convivência humana pacífica. **Revista Direito em Debate**, 27(50), 75–86, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2018.50.75-86>. Acesso em: 05 fev. 2023.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal.** Parte Geral. 4ª ed. São Paulo. RT, 1997.

BOBBIO, N. **A era dos direitos.** Nova. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONATO, G. **Devido processo legal e garantias processuais penais.** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BONFANTE, P. **Instituciones de derecho romano.** Madri; Ed. Reus, 1965.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei-Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Presidência da República. 1988. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.099/95, de 26 de setembro de 1995**. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11419.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.472/97, de 16 de Julho de 1997**. Brasília. Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.419/06, de 19 de dezembro de 2006**. Brasília. Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.258/10 de 15 de junho de 2010**. Brasília. Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/12258.htm. Acesso em: 06 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.403/11 de 04 de maio de 2011**. Brasília. Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/12403. Acesso em: 06 fev. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.965/14, de 23 de abril de 2014**. Brasília. Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/12965.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Extraordinário. RE Recurso especial provido para que o período de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga obrigatório da recorrente seja detraído da pena que lhe foi imposta, nos moldes delineados. (REsp n. 1.977.135/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 23/11/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo em Habeas Corpus. (HC 198399 AgR, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Agravo improvido, com determinação para que o Juízo realize a audiência de custódia em ambiente virtual, com nova avaliação da necessidade da prisão preventiva, de forma fundamentada. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 13.04.2021).

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI. 6841. Ministro autoriza realização de audiências de custódia por videoconferência durante a pandemia. Relator: Ministro Nunes Marques. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468314&ori=1>. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRENER, P. A legitimação do contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 1. 162/2019.

BRUNO, A. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUSATO, P. C. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**, 5ª edição. São Paulo. Grupo GEN, 2015.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 1993.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELLETI, M.; BRYANT, B.; NORTHFLEET, E. G. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARULLI, N. **Il Diritto di Difesa dell'Imputato**. Napoli: Jovene, 1967.

CARVALHO FILHO, J. S. **Ação civil pública: comentários por Artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85)** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro. Civilização brasileira, 2001.

CASAGRANDE, C.; COELHO, L.; MARQUES, I. **Análise de fatores constituintes da morosidade na prestação jurisdicional: cultura, direitos e estrutura**. Ministério Público do Estado do Ceará, 2020.

CASTRO, M. E. V. **Acesso à justiça digital: participação, defesa e limitações**. Editora JusPODIVM, 2022.

Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br).

CINTRA, R. F. U. **A pirâmide da solução dos conflitos: uma contribuição da sociedade civil para a reforma do Judiciário**. Brasília: Senado Federal, 2008.

COELHO, Y. C. **Introdução ao Direito Penal**. Salvador. Editora JusPODIVM, 2009.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução 213/2020**. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400> >. Acesso em: 22 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução 319/2020**. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400> >. Acesso em: 22 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 329/2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400> >. Acesso em: 22 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 345/2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400> >. Acesso em: 22 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 354/2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579> >. Acesso em: 22 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatório Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> Acesso: 10 dez. 2022.

COSER, L. A. **Le funzioni del conflitto sociale**. Milano: Feltrinelli, 1967.

COUTINHO, J. N. M. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente adequado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 183. 2009.

CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição, rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

DECRETO Nº 6.300, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2007. **Dispõe sobre o Programa Nacional de Tecnologia Educacional -ProInfo**. Disponível em: (<https://cetic.br/pt/noticia/tres-em-cada-quatro-brasileiros-ja-utilizam-a-internet- aponta-pesquisa-tic-domicilios-2019/>). Acesso: 08 ago. 2022.

EXON, S. N.; LEE, S. Building Trust Online: the realities of telepresence for mediators engaged in online dispute resolution. **Stetson Law Review**, Fall, v. 49, 1. ed., p. 109-148, 2019. Disponível em: <https://www2.stetson.edu/law-review/article/building-trust-online-the-realities-of-telepresencefor-mediators-engaged-in-online-dispute-resolution/> Acesso em: 06. abr. 2021.

DE CARVALHO, I. L. **A internet e acesso à justiça**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/123749>. Acesso em: 09 fev. 2023.

DONOGHUE, J. The rise of digital justice: courtroom technology, public, participation and access to justice. **Modern Law**. Review. Reino Unido, v. 80, n 6, 2017.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGINEBR. **Já ouviu falar sobre Sociedade 5.0? Descubra o que é**. São Paulo: ENGINE – Soluções para gestão na nuvem, 2018. Disponível em: <https://www.enginebr.com.br/industria-4-0-2/sociedade-5-0-descubra-o-que-e/>. Acesso em: 06 de fev. 2023.

ERCILIA, M.; GRAEFF, A. **A internet**. São Paulo: PubliFolha, 2008.

ESTEFAM, A. **Direito Penal**. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

ESTEVEZ, J. L. M. Cidadania e judicialização dos conflitos sociais. Disponível: em www2.uel.br. Acesso em: 06 fev. 2023.

FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Editora Trotta, 2004.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, J. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Edição Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto, 2011.

FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRAZÃO, D. **Biografia de Thomas Hobbes Filósofo e teórico político inglês**. Ebiografia. 2021. Disponível em: https://www.ebiografia.com/thomas_hobbes/. Acesso em: 16 de out. 2022.

GARCIA, B. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva Jur. 2012.

GARCIA, R. D. **O Uso da Tecnologia e a Atualização do Modelo Inquisitorial: gestão da prova e violação de direitos fundamentais na investigação policial na política de drogas**. TESE (Mestrado em Direito, Estado e Constituição), Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, p. 222, 2015.

GIDDENS, A. **Sociologia**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

GOMES, L. F. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, R. C. **O crime organizado na visão da convenção de Palermo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GORCZEVSKI, C. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

GRECO, R. **Direito Penal do Equilíbrio. 2ª edição**. Niterói: Impetus. 2006.

GRINNOVER, Ada Pelegrini. "Enciclopédia Saraiva do Direito", volume 2. Editora Saraiva, São Paulo, 1977.

GRINNOVER, A. P. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 4, n.14, jul-set. 2007.

GRINNOVER, A. P. et al. **Liberdades Públicas** (Parte Geral), São Paulo, Saraiva, 1978.

GUARDI, K. J. B. S. **Direito de acesso à internet**. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/search?SearchableText=IEI%2012.965/14>. Acesso em: 06 nov. 2021.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal. Tomo 1º Arts. 1º a 10º. Vol. 1. 3ª.**, Rio de Janeiro. Forense, 1955.

Inclusão digital. Iniciativas de inclusão digital do governo brasileiro; banda larga; infraestrutura de TIC. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/inclusao-digital>. Acesso em 19 ago. 2022;

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. ODS 16. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods16.html>. Acesso em: 20 jan. 2023.

IDDD – Instituto de defesa do direito de defesa. **Justiça Virtual e Direito de Defesa** – Parâmetros mínimos para a efetivação do acesso à justiça criminal no Brasil. Disponível em: <https://iddd.org.br/justica-virtual-e-direito-de-defesa-parametros-minimos-para-a-efetivacao-do-acesso-a-justica-criminal-no-brasil/>. Acesso: 10 ago. 2023.

JAKOBS, G.; MELIÃ, M. C. **Direito Penal do Inimigo**. Noções e Críticas. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

JESUS, D.; MILAGRE, J. A. **Marco Civil da Internet**: comentários à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS, D. E. **Direito Penal. Parte Geral**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

JUNQUEIRA, G.; VANZOLINI, P. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KLACIZ, F. **Audiência por videoconferência: o novo normal ou o velho normal agora valorizado?** Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/audiencia-por-videoconferencia-o-novo-normal-ou-o-velho-normal-agora-valorizado/>. Acesso em: 09 fev. 2023.

LIRA, R. B. **Nova Prisão Cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., A. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 143/2018, p. 117-153, 2018.

LOPES JR, A. **O novo regime jurídico processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LORENZ, K. **A agressão: uma história natural do mal**. Lisboa: Relógio D' Água, 2001.

LUCAS, D. C. A jurisdição entre crises e conflitos. **Direito em Debate**, ano XII, nº 21, jan/jul. 2004.

LYRA FILHO, R. **O que é o Direito**. São Paulo: Editora Brasiliense, 11ª edição, 1982.

MANÃS, C. V. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MANCUSO, R. C. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, J. F. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo. Editora Bookseller, 1997.

MAZZEO, L. M.; PANTOJA, S.; FERREIRA, R. **Evolução da Internet no Brasil e no Mundo**. Disponível em: <<http://bit.ly/1aGWe64>>. Acesso em: 02 fev. 2023.

MINAHIM, M. A. **Direito Penal e Biotecnologia**. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. São Paulo: RT, 2005.

MIR PUIG, S. **Derecho penal: parte general**. 5. ed. Barcelona: Reppertor S.L., 1998.

MOURA, M. T. R. A.; BASTOS, C. A. V. Defesa Penal: direito e garantia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 4, 1993.

NOVELINO, M. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª edição, rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUCCI, G. **Manual de Direito Penal**, 10ª edição, revista e ampliada, Rio de Janeiro. Forense. 2015.

O abismo digital no Brasil. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/o-abismo-digital-no-brasil.html>. Acesso em: 02 fev. 2023.

Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). **Como as Nações Unidas apoiam os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 02 fev. 2023.

OLIVEIRA, E. P. O. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACTO GLOBAL REDE BRASIL. **A iniciativa**. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>. Acesso em: 06 fev. 2023.

PEREZ LUNO, A. E. **Derechos Humanos, Estado de der Echo y constitucion**, 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PNUD - PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **PNUD lança estratégia global para uso de novas tecnologias**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/179119-pnud-lanca-estrategia-global-para-uso-de-novas-tecnologias>. Acesso em: 05 fev. 2023.

PRADO, L. R. **Elementos De Direito Penal - Volume 1.** Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, L. R. **Tratado de Direito Penal brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

QUEIROZ, P. **Curso de Direito Penal. 9ª ed. Parte Geral.** Salvador: JusPODIVM, 2013.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal,** 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REALE JR., M. **Fundamentos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

Relatório Especial sobre a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão, Frank La Rue, no âmbito da Assembleia Geral da ONU (Resolução A/HRC/17/27).

RODRIGUES, M. A.; TAMER, M. **Justiça Digital:** o acesso digital à justiça e as tecnologias da informação na resolução de conflitos. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

RODRIGUES, M. M. A. **Políticas públicas.** São Paulo: Publifolha, 2010.

RÖSSNER, D. Mediation as a basic element of crime control: theoretical and empirical comments. **Buffalo Criminal Law Review**, New York, c. 3, n. 1, p. 213, 2000.

ROTH, A. N. O direito em crise; O fim do Estado Moderno?. In: FARIA, J. E. (Org.) **Direito e globalização econômica:** implicações e perspectiva. São Paulo: Malheiros, 1996.

ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal.** Tradução de Luís Greco. 2ª edição revista. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.

SADEK, M. T. A. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, R., coord. **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, p. 170-180, 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

SAMPAIO, D. Inovações tecnológicas no direito processual penal dialética entre eficácia e garantia na produção da prova judicial. **Revista dos Tribunais.** 2013. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7652/>. Acesso: 25 set. 2023.

SANTOS, B. S. et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas.** Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, J. C. **Direito Penal. Parte Geral.** Curitiba: Lumen Juris. 2006.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHAEFER, F. Federalism and Staten criminal procedure, 70 HARV, Rev, I, 26, apud Warren, Earl. Homem prevenido. Os direitos de Miranda. **Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade**, Março, p. 64, 1995.

SCHMIDT, J. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. (Orgs.) **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz: EDUNISC, 2008.

SCHMIDT, J. P. Para estudos políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**. Santa Cruz: EDUNISC, 2008.

SENADO FEDERAL, **Proposta de Emenda à Constituição Nº 8/2020**, de autoria do Senador da República Luiz Pastore (MDB/ES).

SICA, L. **Mediação e Reconstrução do Sistema de Regulação Social “Crime-Pena”**. **Justiça restaurativa e mediação**: políticas públicas no tratamento de conflitos sociais. Ijuí, Ed. Ijuí, 2011.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, M. M. **Processo Judicial Eletrônico Nacional**. São Paulo: Millennium, 2012.

SILVA, M. A. M. **Processo penal e Estado Democrático de Direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Penal. Marco Antonio Marques da Silva (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/450/edicao-1/processo-penal-e-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 06 fev. 2023.

SILVA, R.; OLIVEIRA, G. F. **A UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO À INTERNET COMO NOVO DIREITO FUNDAMENTAL: DAS POLÍTICAS DE INCLUSÃO À EDUCAÇÃO DIGITAL**. In: ROVER, Aires José, CELLA, José Renato Graziero, AYUDA, Fernando Galindo. (Org.). **Direitos fundamentais e democracia I: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI**. 1ed.Florianópolis: Funjab, v. 1, p. 228-253, 2014.

SILVA, Felipe Rangel da; TEIXEIRA, Rodrigo Giublin. **A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SEUS DESAFIOS: A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE AO RANSOMWARE NO BRASIL**. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ – Rio de Janeiro, nº 36, Dez. 2019. Disponível em: uerj.br. Acesso em: 09 mar. 2023.

SIMMEL, G. **Sociologia**. Tradução Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Teoria do Direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SPENGLER, F. M.; MAGLIACANE, A. IL TERZO E L'ALTRO. VERSO UNA VISIONE SIMMELIANA DEL CONFLITO. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n 50, p 35-53, jan./abr., 2020.

SPENGLER, F. M. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2016.

SPENGLER, F. M. O pluriverso conflitivo e seus reflexos na formação consensuada do Estado. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v.22, p. 182-209, 2017.

SPENGLER, F. M.; COSTA, M. D. Autocomposição de conflitos em tempos de pandemia: a crise como agente catalisador de uma mudança de paradigma. **PRIM@FACIE**, v.20, p.477- 509, 2021.

SPENGLER, F. M.; GIMENEZ, C. P. C. A justiça restaurativa como instrumento de fortalecimento da cultura de paz; uma nova perspectiva para a execução das medidas socioeducativas no Brasil*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, UNICEUB, 2018.

SPENGLER, F. M.; JAQUES, M. D. Políticas públicas para o tratamento de conflitos no Brasil e novas tecnologias: perspectivas de utilização da mediação digital em uma sociedade (semi) digital. **NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS (ONLINE)**, v.23, p.208-239, 2018.

SPENGLER, F. M.; PINHO; H. D. B. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais**, v.1, p.219 - 257, 2018.

SPENGLER, F. M.; RESTA, E. O amigo, o inimigo e o criminoso a partir do direito fraterno. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 174, p. 345-362, 2020.

SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. Mediação de conflitos e novas tecnologias. In: **Políticas públicas de acesso à justiça e direitos humanos em tempos de COVID-19**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, v.1, p. 86-99, 2021.

SPENGLER, F. M.; WERMUTH, M. Â. D. A experiência das audiências de custódia no processo penal e a crise da jurisdição brasileira: uma impossibilidade flagrante. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jur. RIHJ-** Belo Horizonte, ano 15, nº 22, p. 183-203, jul/dez 2017.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TOLEDO, F. A. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

TOURINHO FILHO, F. C. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VON LISTZ, F. **A teoria finalista no Direito Penal. 3ª ed.** Campinas: Editora LZN, 2007.

WATANABE, K. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses.** Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliação/Nucleo/ParecerDeskazuowatanabe.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência como critério de otimização da legitimidade do direito penal e seus desdobramentos em processo penal.** por Miguel Tedesco Wedy. – 2011.

WELZEL, H. **Derecho penal alemán.** Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1993.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANDERDINI, F. A. M. **Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça.** Disponível em: <http://siaiap32..univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970>. Acesso em: 01 jun. 2020.