



DAS FALHAS PROCESSUAIS E ABUSOS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

FERREIRA, Douglas Alex Pereira¹

RESUMO

O artigo tem por objetivo mostrar a conjuntura do processo penal, discriminando onde ocorrem as falhas processuais e abusos, buscando mostrar qual a importância de vislumbrar essas falhas para o sistema penal brasileiro, tendo em vista a omissão do Estado, buscando uma atuação no processo penal mais justa e transparente, além de situar as falhas processuais e os abusos no sistema penal, mostrando onde essas falhas ocorrem no processo penal, porque ocorrem, como se consolidam tais abusos, se há possibilidade de melhorar o processo penal, se alguma coisa já vem sendo realizada para que esses abusos e falhas não ocorram, quais as prevenções a serem tomadas, pois o sistema penal brasileira comporta muitas brechas, capazes de gerar abusos e falhas no processo, e descobrir se de alguma forma essas falhas são consequência de algum fator generalizante. Em um segundo momento serão apontadas as principais falhas os principais abusos, bem como, o sistema penal frente às falhas e frente aos abusos. E por fim das consequências, destas para o sistema penal, para sociedade, bem como, as prováveis soluções e por último a conclusão. O tema é extremamente relevante viável e exequível em sua conjuntura, pois está no âmbito do direito penal brasileiro com ênfase para o processo penal e se delimita nas ações penais públicas e sua fase inquisitória, ou seja, o inquérito e todos os órgãos que atuam no processo penal, e as respectivas falhas que nestes atos ocorrem.

Palavras chaves: Falhas. Processo. Sistema. Penal. Abusos

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem por objetivo mostrar as falhas processuais e os abusos no sistema penal, sendo, situadas onde essas falhas ocorrem no processo penal, porque ocorrem, como se consolidam os abusos, se há possibilidade de melhorar o processo penal, se alguma coisa já vem sendo realizada para que esses abusos e falhas não ocorram, quais as prevenções a serem tomadas, pois o sistema penal brasileira

¹ Graduado em Direito. UCP-Faculdades Do Centro Do Paraná, conclusão em 2016, com registro na Ordem dos Advogados do Brasil. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal (Faculdade FaSouza). **EMAIL: DOUGLASALEXADVOGADO@GMAIL.COM. TELEFONE: (44) 998702266**

comporta muitas brechas, capazes de gerar abusos e falhas no processo, e descobrir se de alguma forma essas falhas são consequência de algum fator generalizante.

Apontando as principais falhas os principais abusos, bem como, o sistema penal frente às falhas e frente aos abusos. E por fim das consequências, estas para o sistema penal, para sociedade, bem como, as prováveis soluções e por último a conclusão.

O tema é extremamente relevante viável e exequível em sua conjuntura, pois está no âmbito do direito penal brasileiro com ênfase para o processo penal e se delimita nas ações penais públicas e sua fase inquisitória, ou seja, o inquérito e todos os órgãos que atuam no processo penal, e as respectivas falhas que nestes atos ocorrem.

2. DAS FALHAS PROCESSUAIS E ABUSOS NO SISTEMA PENAL

2.1 Falhas na fase pré-processual

Nosso sistema processual penal é falho em certos aspectos, talvez as principais falhas não estejam, em tese, concentradas estritamente na fase processual e sim na fase pré-processual, fase esta que consubstancia elementos cruciais para o processo em si, elementos capazes de mudar alterar e até procrastinar o processo.

Uma dessas fases, como já mencionado e elucidado no capítulo anterior, para melhor compreensão, é o inquérito policial onde as provas são colhidas e trazidas posteriormente aos autos.

Para a maioria da doutrina, inquérito policial é, portanto, formado por um conjunto de diligências policiais destinadas a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria.

Além disso, Nucci (2007, p.127) lembra que “o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que serve de base a vítima” para a propositura da ação penal de iniciativa privada. Mirabete (2007, p.60) afirma ademais

se trata “de instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária”.

Nessa esteira, é fato que o inquérito policial, a partir da Lei 11.690/08, presta-se, também, a garantir provas que não podem ser repetidas em juízo, conforme dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal que preceitua:

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

Sendo está a base do inquérito policial ele pode vir a sofrer diversas modificações, as quais podem e geram diversas falhas futuramente processuais, além das falhas e abusos que são cometidas propriamente nessa fase inquisitiva, na elucidação das provas colhidas, na elaboração de relatórios, e no expressivo lapso temporal, entre outros, que vão dar a ação penal toda a conjectura processual a ser elucidada, Marco Antonio Rodrigues Nahum (2010), explica e questiona sobre essa conjectura processual:

No sistema constitucional, cabe à Polícia Judiciária averiguar os delitos; ao Ministério Público e solicitar a ação penal pública-- requerendo para tanto da Polícia Judiciária de acordo com o crivo do Poder Judiciário as diligências indispensáveis – e à Advocacia olhar pelo cumprimento dos direitos fundamentais de quem está sendo investigado e pela justiça do procedimento, amparando- se do Judiciário nesse trabalho.

[...]

Apesar de superar o tema constitucional, aceitando que o órgão ministerial agenciasse as investigações penais, apresentaria ele categorias técnicas de alcança-las? aguentaria todo o peso de inquéritos que são habitualmente instaurados pela Polícia Judiciária, alcançando as incalculáveis diligências que são indispensáveis? Ou recomendaria aquelas que almeja desenvolver, principalmente aquelas que são foco dos jornalistas, institucionalizando divisões de averiguação: a principal e as de segunda classe, sendo que as últimas, por evidencia, seriam dirigidas pela Polícia Judiciária.

É nessa conjectura que nos atemos veementemente a deflagrar as falhas que ocorrem no começo, para entendermos seu liame final e falhas posteriores, pois nos inquéritos policiais várias são as falhas e abusos cometidos tais como: Portarias pouco

instrutivas, instauradas por delegados que tem liberdade para orientar as investigações da forma que entendê-las pertinentes para elucidação do fato, fazendo um juízo de oportunidade e conveniência na condução do inquérito policial.

O Código de Processo Penal informa diligências obrigatórias e facultativas a cargo da autoridade policial e a possibilidade de atendimento a requerimentos da vítima ou do próprio indiciado, como podemos ver pela resolução SSP 57/2015 que disciplina os procedimentos operacionais e administrativos atinentes a Polícia Civil, de como devem agir, levando em conta as seguintes considerações:

[...] Considerando que a Resolução SSP 57/2015, respeitando o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como os preceitos infraconstitucionais, objetiva o desenvolvimento célere de ocorrências apresentadas pela Polícia Civil e Polícia Militar, estabelecendo prioridade de atendimento, de forma a permitir o rápido retorno da equipe à atividade-fim; Considerando o objetivo de dispensar a Polícia Militar, quando exauridas as medidas de sua atribuição, da apresentação pessoal de ocorrências que requerem somente providências da Polícia Civil, observadas as prescrições estabelecidas na Constituição Federal, Constituição Estadual e na legislação pertinente; Considerando, finalmente, a necessidade de padronização de conceitos e procedimentos operacionais e administrativos” [...].(DOE 113, DE 20JUN15).

E levando em conta essas considerações resolveram criar os artigos que os disciplinam que mostra um belo exemplo de padrão investigativo a ser seguido:

[...] Polícia Militar e o Delegado Geral de Polícia, resolvem: Art. 1º Compreende-se, para efeitos desta portaria conjunta:I - Atendimento preferencial: o realizado com a celeridade possível em face de ocorrência apresentada pela Polícia Civil ou Polícia Militar, respeitados critérios de preferencialidade estabelecidos na Constituição Federal ou legislação infraconstitucional;II - Comunicação:a) prévia: a realizada através de mensagem simples por rádio ao COPOM e deste com o centro operacional da Polícia Civil, ou por outro meio eletrônico que possibilite a ciência à Polícia Civil para comparecimento em locais de crime ou outros de interesse que demandem ações de polícia judiciária, incluindo aqueles nos prontos socorros ou congêneres relacionados, nos termos da Resolução SSP 57/2015.b) formal: o encaminhamento obrigatório de via do BO/PM à Polícia Civil da circunscrição territorial, até o primeiro dia útil subsequente ao atendimento da ocorrência, para os casos tratados na Resolução SSP 57/2015, sem prejuízo da comunicação prévia. c) verbal: a realizada no local de crime diretamente ao delegado de polícia ou a agente por ele designado.d) pessoal: a realizada nos casos de auto de prisão em flagrante, termo circunstanciado, auto de apreensão de adolescente, de

violência ou grave ameaça ou que demandem adoção de medidas protetivas, apreensão de objetos ou realização de exame de corpo de delito ou outras perícias. III - Ocorrências criminais de mera transmissão de dados: as não compreendidas como de comunicação pessoal. Art. 2º A comunicação prévia do fato será realizada pela Polícia Militar à Polícia Civil nos seguintes moldes: I - na Capital: o COPOM comunicar-se-á ao CEPOL; II - nas demais regiões: nos termos acordados pelo CPI/CPA e o correspondente DEMACRO/DEINTER/Delegacia Seccional. Art. 3º Para efeitos desta Portaria Conjunta compreende-se no conceito de atendimento preferencial, na hipótese do inciso II do artigo 1º da Resolução SSP 57/2015, além do auto de prisão em flagrante, o termo circunstanciado e o auto de apreensão de adolescente infrator. Art. 4º Em observância à legislação penal e processual penal vigente, na aplicação do disposto no artigo 1º, inciso III, da Resolução SSP 57/2015, serão adotadas as providências constantes no artigo 1º, inciso II, alínea 'a', desta Portaria Conjunta, dispensada a permanência dos policiais militares no local dos fatos, elaborando-se o BO/PM, cuja cópia será encaminhada para a Polícia Civil. Art. 5º Para fins do artigo 5º da Resolução SSP 57/2015, considera-se apresentada pessoalmente a ocorrência no local dos fatos com a presença de delegado de polícia ou agente policial por ele designado. Parágrafo único. Ficam dispensadas da apresentação pessoal de que trata o parágrafo único do artigo 5º da Resolução SSP 57/2015, as seguintes ocorrências: I – as infrações penais passíveis de registro em BO Eletrônico; II – infrações penais que, exauridas as medidas da Polícia Militar, requerem somente providências da Polícia Civil. Art. 6º - A Notificação de Ocorrência a que se referem o parágrafo único do artigo 2º e o parágrafo 2º do artigo 4º da Resolução SSP 57/2015, bem como o inciso II do parágrafo único do artigo 5º desta Portaria, deverá ser feita pelas Polícias Civil e Militar por intermédio do modelo anexo. Art. 7º À Polícia Civil incumbe a elaboração do boletim de ocorrência tão logo aporte cópia do BO/PM na delegacia de polícia da circunscrição do fato, nas hipóteses em que não houver a apresentação pessoal da ocorrência por policial ou comparecimento por meios próprios do ofendido ou interessado no registro [...] (DOE 113, DE 20JUN15).

Essas portarias têm a finalidade de instituir quais serão as diligências encetadas para a composição da justa causa a qual é recomendado pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas e referendado pela Associação Americana de Juristas, Carta de Gramado (1995, p.01), que assim dispõe a “justa causa, como condição primeira para o exercício da ação penal, consiste na prova indubitosa da existência de uma hipótese delitiva e, pelo menos, em indícios idôneos de sua autoria”.

Já para BONFIM (2001, p. 147), a justa causa consiste:

[...] na obrigatoriedade de que exista, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal. Em outros termos, é preciso que haja provas acerca

da possível existência de uma infração penal e indicações razoáveis do sujeito que tenha sido o autor desse delito.

Posição distinta é a adotada por MOURA, (2009, p.34) de “que a justa causa não constitui condição da ação, mas a falta de qualquer uma das apontadas condições implica falta de justa causa”.

Ou seja, se as diligências não são bem executadas, não se compoem a justa causa, trazem um imenso prejuízo para o processo futuramente.

Pois é necessário o cumprimento de diligências diferente para cada crime, tendo em vista que cada crime cabe uma investigação com prioridades distintas, como por exemplo, nos crimes hediondos.

São considerados crimes hediondos segundo a lei 8.072 de 1990:

Homicídio quando praticado em atividade típica de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, parágrafo 2º, incisos I, II, III, IV e V); latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; estupro; epidemia com resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais crime de genocídio previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da lei 2889/56.

São crimes equiparados a hediondos: tráfico ilícito de entorpecentes, tortura e terrorismo, que necessitam de uma prioridade diferente.

Outro abuso, que no contexto, tornam-se falhas é a protelação de prazo, que significa protelar, adiar a realização e/ou o desenvolvimento, no caso em apreço do inquérito policial, que deriva do latim “*protelare*”.

Que no inquérito policial acontece ao se pedir prazo excedente para a conclusão de inquéritos ao órgão do Ministério Público, o qual concede ou deveria conceder prazo no mínimo legal, mas, muitas vezes, concede prazo superior ao legal, pois à autoridade policial compete realizar o inquérito policial nos prazos determinados pelas leis n.11343/2006, n. 3.689/1941, a saber:

Inquérito comum (polícia civil) 10 dias para indiciado preso ou 30 dias para indiciado solto; inquérito policial militar 20 dias para indiciado preso ou 40 dias para indiciado solto; inquérito na polícia federal 15 dias para indiciado preso, prorrogáveis por igual período por uma vez ainda a pedido

fundamentado da autoridade policial (Lei 5010/66, art. 66). Inquérito em crimes envolvendo drogas 30 dias para réu preso e 90 dias para réu solto, ambos os prazos são duplicáveis, por decisão do Juiz (Lei n.11343/2006).

Muitas vezes esses pedidos ocorrem em desacordo com o que a lei expressa, estabelecendo assim o bumerangue entre as delegacias e Ministério Públicos, ou seja, o famoso vai e volta, vai sem nada de diligências cumpridas e volta com prazo genérico, assim perdurando o inquérito policial por anos e anos sem que sequer uma das diligências requeridas fossem cumpridas pela autoridade policial, e as consequências disso são muitas, as quais, mencionadas no próximo capítulo.

Além dos fatores congêneres como a falta de comprometimento dos investigadores e da estrutura funcional de alguns órgãos públicos.

Óbvio que no cumprimento de investigações as autoridades policiais encontram certos obstáculos, que causam empecilho no cumprimento das diligências que fogem do seu alcance, como a elaboração de laudos por outros órgãos, declarações de testemunhas, que em muitas vezes encontram-se em outras cidades, dependendo assim de precatória para cumprimento de diligências em outras comarcas, e várias outras diligências que podem vir a ser necessário para cada lide penal entendida por Alexandre Magno (2005, p.2-3) como:

A prática de determinado delito faz surgir para o Estado o direito de punir o criminoso, porém, contraposto a ele, existe o direito de liberdade do indivíduo. Em consideração a essa prerrogativa fundamental do ser humano, o Direito Penal é de coação indireta, qual seja, para que o Estado aplique a pena cominada no preceito secundário da norma incriminadora penal, é necessário que um órgão imparcial (o Judiciário) descubra a verdade dos fatos por meio da consideração dos argumentos da acusação e da defesa. A doutrina tradicional, nesse sentido, diz que, da prática de um delito nasce o **litígio** entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado. Esse litígio, transposto para o processo penal, se transforma em **lide**, que consiste em um conflito de interesses entre a acusação e a defesa: uma parte requer a punição, a outra resiste a essa pretensão. A maioria da doutrina nacional está filiada a esse entendimento, originado em Carnelutti: Julio Fabbrini Mirabete, Fernando Capez, Hélio Tornaghi, Frederico Marques, Fernando da Costa Tourinho Filho etc. [...] há, por fim, uma terceira posição sobre o assunto que assevera a **inexistência de lide no processo penal**, mesmo que acidentalmente. De acordo com essa parte da doutrina, o objetivo do processo penal é diverso do civil, pois, enquanto neste, procura-se, via de regra, solucionar um conflito de interesses (v.g., entre duas pessoas que

disputam a posse de um mesmo bem), naquele, o objetivo é descobrir a verdade dos fatos, isto é, saber o que realmente aconteceu, se o acusado de fato cometeu o crime de que é imputado para assim, absolvê-lo ou condená-lo.

Porém se ambos os órgãos fizessem seu trabalho de forma consciente teríamos uma justiça mais célere e comprometida com a verdade.

Podemos observar que em relação aos Inquéritos Policiais, mesmo realizando apontamentos de diversas diligências investigativas nas cotas ministeriais que retornaram os Autos à Delegacia de Polícia, constata-se uma baixa resolutividade dos ilícitos investigados, em grande parte em virtude da morosidade das investigações.

Em razão disto, algumas promotorias de justiça estão instaurando Notícias de Fato com o objetivo de melhor apurar as razões dos atrasos constantes dos Inquéritos Policiais e colaborar com a atividade policial de modo a concentrar os esforços investigativos em procedimentos que ainda possam ser frutíferos.

2.2 Das falhas na ação penal

Bem sabemos que a ação penal se inicia com o recebimento da denúncia conforme prevê os artigos 396 e 399 do Código de Processo Penal, eis as respectivas transcrições:

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

Onde o juiz ao analisar a peça acusatória, e se presentes os requisitos que autorizam o recebimento da denúncia a recebe. Porém, para que isso ocorra a denúncia deve conter segundo Reis (2006, p. 29), [...] “Assim, apesar de sucinta, a denúncia deve conter todos os dados para que seja possível ao leitor entender o que se passou, bem como as circunstâncias através das quais o delito foi cometido.”

O Código de Processo Penal, em seu artigo 41 (1941), expõe os requisitos indispensáveis para a elaboração da denúncia. De acordo com o mencionado artigo, a denúncia deve conter: “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

De acordo com o promotor de justiça e professor Hidejalma Muccio (2001, p. 19), dentre os requisitos previstos no mencionado artigo 41, há os essenciais e os que não são essenciais. Salienta ainda que o ordenamento jurídico-processual penal, ao ser analisado como um todo recomenda a observância de outros requisitos.

Segundo o mencionado autor, são requisitos essenciais:

A exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, bem como a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo. Os não essenciais são: a classificação do crime e o rol das testemunhas. Já os demais requisitos decorrentes do ordenamento jurídico-processual, os quais são essenciais como os primeiros, são: endereçamento ou cabeçalho, requerimento de citação e condenação do acusado, ser a inicial escrita em vernáculo, ser subscrita em pelo promotor de justiça com atribuição legal (2001, p. 19).

Assim preenchidos todos esses requisitos a denúncia são recebidos e determinado a realização dos atos de cada procedimento penal. Há duas grandes modalidades de procedimentos: procedimentos especiais e procedimento comum, segundo Código de Processo Penal (1941):

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS: estão elencados no Código de Processo Penal (CPP) e em Lei Extravagante {elencados: procedimento que apura crimes dolosos contra a vida (art. 406 e seguintes); procedimento que apura crimes contra a honra (art. 519 e seguintes); procedimento que apura crimes contra a propriedade imaterial (art. 524 e seguintes); Lei 11.343/06 e Lei 11.340/06}. - **PROCEDIMENTO COMUM:** se para o crime não houver procedimento especial, ele será comum (art. 394, §2º). No procedimento comum, contudo, são apurados crimes de maior complexidade, e, portanto, com número de provas e prazos maiores. O procedimento comum é dividido em ritos. A palavra rito vem de ritmo/velocidade. Portanto, há ritos mais e menos vagarosos. Desse modo, há o rito ordinário, sumário e sumaríssimo. O rito ordinário é mais vagaroso, considerado mais formalizado do processo penal, porque há maior número de atos e prazos mais extensos (8 testemunhas e audiência em 60 dias). O rito sumário tem menor número de atos e prazos diminutos

(4 testemunhas e audiência de instrução em até 30 dias). O procedimento mais célere é o de rito sumaríssimo; é um procedimento extremamente informal, a fim de possibilitar que seja rápido. O Ministério Público, por exemplo, em regra, oferece a denúncia oralmente. Para se decidir se o procedimento será pelo rito ordinário, sumário ou sumaríssimo, será verificada a pena máxima cominada aos crimes” (Carlos, 2015, p.69).

Ou seja, o rito ordinário, serve para apurar pena máxima maior ou igual a 04 (quatro) anos, já o rito sumário, serve para processar crime com pena máxima inferior a 04 (quatro) anos e superior a 02 (dois) anos e rito sumaríssimo, serve para apurar todas as infrações ou contravenções penais e crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a 02 (dois) anos.

Mas antes de conhecermos as falhas que acontecem no decorrer da ação penal, devemos mencionar que anterior ao recebimento da denúncia, temos algumas ações que podem ser requeridas pelo ministério público, além do oferecimento da denúncia, como o arquivamento, instaurações de novas peças acusatórias, declinação de competência, pois acredita que o Ministério Público é responsável, perante o Poder Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses da sociedade e pela fiel observância da Constituição das leis e segundo SOTELO (2006, p.12) o Ministério Público pode:

Além de manifestar-se de forma favorável aos pedidos formulados pela defesa, pode requerer que sejam formulados expedientes de praxe para a concessão do livramento condicional, progressão de regime, indulto, entre outros. Pode requerer a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução. Caso o Ministério Público verifique a ocorrência da prescrição ou qualquer outra causa legal, quando não se possa mais punir o sentenciado, deve requerê-la e, por via de consequência, nos casos possíveis, pedir a expedição de alvará de soltura último, o órgão do Ministério Público pode requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo de execução das penas da pessoa condenada.

É ainda nessa fase que muitas lides acabam nem sendo analisadas em decorrência da prescrição punitiva do agente ou ainda por falta de justa causa ou ainda fatores que venham a compor o arquivamento dos autos, tudo em decorrência de uma má investigação realizada na fase pré processual.

Pois bem, voltando à ação penal são várias as falhas que ocorrem no decorrer do processo como as demonstradas a seguir, através de jurisprudências, onde houve pedido de revogação das medidas protetivas, a qual não foi apreciada nos autos ocorrendo falha na prestação jurisdicional, como podemos ver a seguir:

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL E INJÚRIA – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS NÃO APRECIADO – FALHA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – ÔNUS QUE NÃO SE IMPÕE AO ACUSADO – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – CONCESSÃO. Se houve pedido expresso da vítima no sentido de revogar as medidas protetivas impostas, que sequer foi apreciado pelo Poder Judiciário, não pode a falha na prestação jurisdicional acarretar prejuízo ao réu, mormente porque a existência daquela circunstância seria a única justificante da manutenção de sua custódia cautelar. Verificado que o paciente reúne condições pessoais favoráveis e que eventual reprimenda tende a não imposição do regime fechado, afigura-se desproporcional a manutenção da custódia cautelar. Habeas Corpus que se concede, ante a constatação de falha na prestação jurisdicional e desproporcionalidade da prisão cautelar no caso concreto.

(TJ-MS - HC: 14051651420158120000 MS 1405165-14.2015.8.12.0000, Relator: Des. Carlos Eduardo Contar, Data de Julgamento: 14/06/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 27/06/2015).

No tribunal do júri são inúmeras as falhas ocorridas, desde a protelação por parte dos advogados para ganhar tempo, juntando muitas vezes atestados médicos das partes, por diversas vezes, deles próprios entre outras medidas que podem ser usadas de forma a postergar a realização do júri, ganhando com isso, que determinados crimes de maior comoção social, venham a cair no esquecimento, ou venham a prescrever, são raras as vezes que os júris são realizados sem nenhum adiamento, neste contexto vejamos a seguinte jurisprudência:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. JÚRI. TESTEMUNHA. AUSÊNCIA. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. FALHA DO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A possibilidade de um homicídio privilegiado pela violenta emoção ser qualificado pelo emprego de recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido é entendimento pacífico da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. Não há nulidade proveniente da ausência de testemunha reputada imprescindível, quando não encontrada no local indicado pelo interessado em sua oitiva. 3. Impossibilidade de exame das alegações de falha do

DAS FALHAS PROCESSUAIS E ABUSOS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO. AUTOR: FERREIRA, DOUGLAS ALEX PEREIRA.

Poder Judiciário quanto à não-localização da testemunha, por exigirem revolvimento do contexto fático-probatório, vedado pela Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no Ag: 1140372 SC 2009/0039264-9, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 01/10/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20091103</br> --> DJe 03/11/2009).

No próximo caso houve o trancamento da ação penal e incoerência em relação à justa causa, por ausência de provas, ocorrendo à necessidade de dilação probatória, ou seja, mas uma falha, que não fora sanada na fase pré processual e processual, vejamos:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE PROVAS. FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ALEGAÇÃO DE FALHAS EM LAUDOS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL A SER SANADA NA OPORTUNIDADE. 1 - Em sede de Habeas Corpus somente deve ser obstado o feito se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta. 2 - No caso em questão, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente mandamus, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam o trancamento excepcional por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente. 3 - Habeas Corpus não conhecido. (Habeas Corpus, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do MA, Relator: José Joaquim Figueiredo dos Anjos). DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade de votos e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, adequado em banca, em não conhecer da presente Ordem impetrada, nos termos do voto do Desembargador Relator. Des. José JOAQUIM FIGUEIREDO dos Anjos Relator.

(TJ-MA - HC: 0047102013 MA 0001047-05.2013.8.10.0000, Relator: JOSÉ JOAQUIM FIGUEIREDO DOS ANJOS, Data de Julgamento: 18/03/2013, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 21/03/2013).

Deve-se mencionar uma apelação penal, no crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico e lavagem de dinheiro onde ocorreu a juntada do laudo de dependência toxicológica após o encerramento da instrução, além da má qualidade dos áudios referentes às mídias da audiência de instrução de julgamento e utilização

de depoimento colhido na fase policial como elemento de convicção confirmação em juízo por outras provas:

APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E LAVAGEM DE DINHEIRO – JUNTADA DO LAUDO DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA APÓS O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL – SUPOSTA OFENSA AO ART. 159, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INOCORRÊNCIA – MÁ QUALIDADE DOS ÁUDIOS REFERENTES ÀS MÍDIAS DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DE JULGAMENTO – FALHA QUE NÃO IMPEDIU O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA – UTILIZAÇÃO DE DEPOIMENTO COLHIDO NA FASE POLICIAL COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO POR OUTRAS PROVAS – NULIDADES AFASTADAS – ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – CONDENAÇÃO MANTIDA QUANTO AOS CRIMES DA LEI N.º 11.343/06 – DESCLASSIFICAÇÃO PREJUDICADA – LAVAGEM DE DINHEIRO – COMPROVAÇÃO DO MERO APROVEITAMENTO ECONÔMICO DECORRENTE DA PRÁTICA DOS CRIMES ANTECEDENTES – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE – RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS – FALTA DE COMPROVAÇÃO DA LICITUDE – IMPOSSIBILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO. A juntada do laudo de dependência toxicológica após o encerramento da instrução processual não acarreta nulidade, mormente quando oportunizada manifestação às partes em sede de alegações finais. Evidenciada a compreensão dos depoimentos colhidos durante a audiência de instrução de instrução, malgrado a má qualidade dos respectivos áudios, não há de se cogitar em impedimento ao exercício da ampla defesa. Inexiste vedação ao julgador de considerar o depoimento testemunhal colhido na fase policial como elemento de convicção, quando a condenação não se fundamenta apenas neste, mas também e principalmente na prova judicializada. Não há de se cogitar a absolvição por insuficiência de provas quando os depoimentos testemunhais, aliados à prova documental, demonstram a autoria e materialidade dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/06. Nessa esteira, julga-se prejudicado o pleito de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de porte de droga para consumo pessoal. Constatado o mero aproveitamento econômico do lucro decorrente do comércio de drogas, não há de se cogitar na ocorrência do crime de lavagem de dinheiro, que exige especial vontade de ocultar a origem e localização dos bens adquiridos com proveitos do tráfico de drogas. É ônus da prova da defesa a demonstração da origem lícita dos bens apreendidos. Caso não comprovada a licitude deve persistir o perdimento decretado. Apelação defensiva a que se dá parcial provimento, apenas para o fim de absolver os acusados da prática do crime de lavagem de dinheiro.

(TJ-MS - APL: 00063841220138120002 MS 0006384-12.2013.8.12.0002, Relator: Des. Carlos Eduardo Contar, Data de Julgamento: 07/06/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 30/06/2015).

Estas são algumas falhas entre muitas que ocorrem no processo penal brasileiro que prejudicam o andamento processual e nos afasta de uma possível

verdade real embora, temos autores que sustentam o que se alcança no processo é a verdade formal.

Pois o que se está em jogo no direito penal, diferente do direito civil é a liberdade a vida do indivíduo. Devemos olhar um pouco para outros países, no que tange o processo penal em si, como na Alemanha, onde os parâmetros para a aplicação da teoria do abuso no Processo Penal advêm do Direito Civil e do Direito Constitucional, “já há o reconhecimento de uma relação causal entre a duração do processo e a conduta do defensor, de modo que se condena a prática abusiva não apenas por violação de deveres éticos, mas também por prevenção de danos financeiros ao Judiciário e às partes” (HASSEMER, 2004, p.113 e 115).

Nos Estados Unidos da América, a relação entre as partes se estrutura a partir da igualdade de armas e lealdade processual. Do mesmo modo, o Código de Processo Penal de Buenos Aires pune com falta grave a ocultação pelo Ministério Público de prova favorável à defesa, também assegurando à defesa o direito de acesso aos autos da investigação, LÓPEZ PULEIO e GONZÁLEZ ESPUL (2002 p. 243-265 e 249) são autores de “*Los cuadenos de la defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. “Periódico Pena y Estado”*”, que bem traduz como se deve aplicar o código com leis penais em prática.

Há também em Buenos Aires um conceito mais aprimorado de ação penal, trazido ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO e LEVENE (1945. p. 62.)

[...] El poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquélla reputa constitutivos de delito [...] medio de provocar el ejercicio del derecho de penar por parte del Estado.

Que se aplicado de forma correta traz grandes benefícios ao Estado e as partes envolvidas nas ações penais.

2.3 ABUSOS NO SISTEMA PENAL

Como as falhas, os abusos em ambos os aspectos são muito recorrentes no sistema penal brasileiro como abuso de autoridades, abusos no cumprimento da pena, no sistema prisional. (ALVES, 2009)

O Abuso do Direito no Processo Penal não conta ainda com detida regulamentação no ordenamento jurídico pátrio, tampouco mereceu tratamento sistemático e definitivo pela doutrina nacional. Não obstante, vem sendo objeto de regramento em diversos Códigos Processuais Penais modernos, e tem despertado o interesse dos doutrinadores latino-americanos e europeus. Em suas origens, o abuso do direito foi concebido nas relações privadas, tendo sido alvo de enormes controvérsias, inclusive quanto à sua existência.

O crime de abuso de autoridade é um dos mais longos que temos. Ele é regulado pela lei 4898/65, que diz:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:a) à liberdade de locomoção;b) à inviolabilidade do domicílio;c) ao sigilo da correspondência;d) à liberdade de consciência e de crença;e) ao livre exercício do culto religioso;f) à liberdade de associação;g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;h) ao direito de reunião;i) à incolumidade física do indivíduo;j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

Em resumo, abuso de autoridade é quando um servidor público faz que a lei não permita fazer, ou obriga a alguém a fazer algo que a lei não obriga a fazer.

2.3.1 Abusos no que tange o sistema carcerário

Nosso sistema carcerário é em todos os sentidos, um dos mais preocupantes do mundo, segundo (WIRTH, 2012):

O Brasil encarcera mais pessoas do que qualquer outro país na América Latina, sem dúvida, possui um número de agentes penitenciário maior que o número de presos em muitos países. O sistema opera o maior presídio individual da região; até mesmo o número de fugitivos atinge milhares. Infelizmente, os problemas desse sistema imenso e de difícil controle possuem proporções correspondentes.

Abusos acontecem todos os dias, senão vejamos: (WIRTH, 2012)

Abusos dos direitos humanos são cometidos diariamente nos estabelecimentos prisionais e afetam muitos milhares de pessoas. As causas dessa situação são variadas e complexas, mas, certamente, fatores cruciais podem ser identificados. Entre eles, talvez o mais importante, seja a ideia de que o abuso de vítimas, presos, por isso, criminosos não merece a atenção pública. Embora certos presídios tenham lotação muito superior às suas capacidades, os estabelecimentos penais mais superlotados no Brasil são geralmente as delegacias de polícia. Em vez de serem usadas para detenções de período curto para suspeitos logo após a prisão inicial, como deveriam funcionar, as delegacias policiais em vários estados mantêm detentos por longos períodos de tempo e até mesmo anos.

Fora todos esses fatores ainda existem a falta de assistência que causa diversas doenças como pode se observar (WIRTH, 2012):

A ausência de assistência médica é outro aspecto bastante preocupante. Doenças potencialmente letais como a tuberculose e a Aids atingiram níveis epidêmicos entre a população carcerária do Brasil. Embora a LEP estabeleça que os presos devam ter acesso a vários tipos de assistência, inclusive assistência médica, assessoria jurídica e serviços sociais, nenhum desses benefícios é oferecido na extensão contemplada pela lei, nem ao menos a assistência média o mais básico e necessário dos três serviços está disponível sequer em níveis mínimos para muitos presos. Em vários estabelecimentos, médicos e enfermeiros qualificados são poucos e os medicamentos são difíceis de ser obtidos.

Embora o Brasil tenha realizado diversos programas, nenhum vem surtido efeitos que mereçam destaque.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, com base em tudo o que foi exposto, fica claro perceber que as falhas processuais e abusos no sistema penal brasileiro, são cada vez mais recorrentes em nossa sociedade, seja porque o Brasil vem desde os primórdios emanados por uma nuvem de abusos, ou por uma enxurrada de falhas, dos quais não se pode alterar por hipocrisia de se acreditar que algumas falhas e abuso já fazem parte do processo e do sistema penal. Assim acreditam que nada pode ser feito para alterar, mudar ou melhorar o processo penal.

Ao exercitar a defesa de um direito junto ao juízo, o indivíduo está exercendo o seu direito de ação, ou seja, leva ao Estado o pleito de proteção a um direito, através do processo ação, portanto um direito independente do chamado direito material, uma vez que este se baseia no direito que tem o interessado em obter uma sentença, direito este formal, onde acabam por incidir as práticas procrastinatórias, que visam protelar ao máximo no tempo a obtenção de sentença, as chicanas e artifícios processuais, usados unicamente para onerar o processo ou adiar a obtenção de uma decisão final, são exemplos do que apresentamos no trabalho como abusos processuais, que são muitas vezes previstos nos diplomas processuais como formas de abuso e, portanto, devem ser coibidas, porém muito raramente isso acontece.

O que podemos constatar é que esses abusos e erros acabam acontecendo indistintamente e com frequência no processo penal, e quando são percebidos e sanados por qualquer autoridade no processo, causa estranheza, pois já estamos acostumado com um sistema penal falho e rodeado de abusos que quando eles são sanados, o que teria que ser realizado sempre que percebido ou uma falha ou um abuso acaba se tornando exceção que passam a ser vista pela sociedade como o compromisso com a justiça e erros normais, só que não deveria ser assim, erros deveriam ser sempre sanados e serem exceções, e um processo penal que preze pela justiça e sem erros o de praxe, mas vemos que não é assim que as coisas tem acontecido no Brasil.

O ordenamento ainda se ressentir da falta de um autêntico sistema contra o exercício abusivo das garantias processuais penais, notadamente porque o exercício do direito de defesa não logra de um caráter ilimitado. No processo penal, a feição constitucional do procedimento acusatório serve de abrigo ao reconhecimento do abuso de garantias processuais.

O Estado Democrático de Direito não somente constitui um regime de efetivação do direito de defesa, mas do mesmo modo busca efetivar a justiça processual, porém a busca por essa efetivação tem sido sobremaneira inconstante, devido aos desvios de finalidade exercidos pelos próprios agentes estatais. Em síntese, a efetivação não é uma exigência restrita ao direito de defesa. O processo judicial pode tornar-se uma infeliz exceção à ética, se continuar caminhando como está.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. **Derecho procesal penal**. v. 2. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945. p. 62.

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. **Revista Direito E Liberdade O Abuso Da Garantia De Defesa No Processo Penal: A Renovação Da Defesa Penal Protelatória**, 2009. Disponível em http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/79 acesso em 07/09/2016. Acesso em 06/07/2016.

BONFIM, Edilson Mougenot, **Curso de processo penal**. 4. ed. de acordo com as Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 144.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva 2006, p.152-153

Código de Processo Penal, art. 155. 13ª Edição, 1941, p. 16.

Código de Processo Penal, originado da Lei 11.719/08, 1ª Edição, p.15.

Código de Processo Penal. **Artigos 396, 399**.1941, 10ª Edição 2015

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3.^a ed., São Paulo, 2005.

Julgamento do STJ (RT 710/353). Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8954950/habeas-corpus-hc-64564-go-2006-0177019-2/inteiro-teor-14126164>. Acesso em 08/09/2016

Lei nº 9.034/95. art. 2º, II, p.200.

LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990. 20ª Edição, Saraiva.

LÓPEZ PULEIO, Maria Fernanda; GONZÁLEZ ESPUL, Estela; Sara PEÑA, Guzmán et al. **Los cuadenos de la defensa: la defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina**. "Periódico Pena y Estado". Buenos Aires, v. 5, fascículo 5, p. 243-265, 2002. p. 249.

Manual de Processo Penal, 2014 p. 89, 3ª edição, Saraiva.

NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. **Investigação por MP é verdadeiro desserviço ao Estado de Direito**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2004-fev-16/investigacao_mp_desservico_estado_direito>. Acesso em 23 de janeiro de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Do processo penal**, 5ª Edição, 2007, p.127.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O processo penal**, 2ª Edição, 2007, p.127.

OLIVEIRA. Embasada em Nils Christie **No sistema penal atual**, 1999, p.109.

O advogado Nélio Machado (2016) nota, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (2016), chamando a atenção para o "**alto índice de reforma de decisões de segundo grau pelo STJ e pelo próprio STF**". Acesso em 20 de janeiro de 2016. Disponível em WWW.jusbrasil.com.br.

Revista dos Tribunais, Redação dada pela **Lei nº 11.719, de 2008**. 1999, p. 247.

STJ - **AgRg no Ag: 1140372 SC 2009/0039264-9**, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 01/10/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20091103</br> --> DJe 03/11/2009. Acesso em 20 de janeiro de 2016. Disponível em WWW.jusbrasil.com.br.

TJ-MS - HC: **14051651420158120000 MS 1405165-14.2015.8.12.0000**, Relator: Des. Carlos Eduardo Contar, Data de Julgamento: 14/06/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 27/06/2015. Acesso em 20 de janeiro de 2016. Disponível em WWW.jusbrasil.com.br.

TJ-MA - HC: **0047102013 MA 0001047-05.2013.8.10.0000**, Relator: JOSÉ JOAQUIM FIGUEIREDO DOS ANJOS, Data de Julgamento: 18/03/2013, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 21/03/2013. Acesso em 20 de janeiro de 2016. Disponível em WWW.jusbrasil.com.br.

TJ-MS - APL: **00063841220138120002 MS 0006384-12.2013.8.12.0002**, Relator: Des. Carlos Eduardo Contar, Data de Julgamento: 07/06/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 30/06/2015. Acesso em 20 de janeiro de 2016. Disponível em WWW.jusbrasil.com.br.