

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1 Jurisprudência Comentada

8.1.1

O ATIVISMO JUDICIAL

ADAUTO SUANNES

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. (Lei 9.099/95, art. 89): natureza consensual: recusa do Promotor: aplicação, *mutatis mutandis*, do art. 28 C. Pr. Penal.

Ementa: A natureza consensual da suspensão condicional do processo – ainda quando se dispense que a proposta surja espontaneamente do Ministério Público – não prescinde do seu assentimento, embora não deva este sujeitar-se ao critério individual do órgão da instituição em cada caso.

Por isso, a fórmula capaz de compatibilizar, na suspensão condicional do processo, o papel insubstituível do Ministério Público, a independência funcional dos seus membros e a unidade da instituição é aquela que – uma vez reunidos os requisitos objetivos da admissibilidade do sursis processual (art. 89 caput) ad instar do art. 28 C. Pr. Penal – impõe ao Juiz submeter à Procuradoria-Geral a recusa de assentimento do Promotor à sua pactuação, que há de ser motivada.

HC 75.343-4/MG – Pleno – STF – j. 12.11.1997
– Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir, em parte o *Habeas Corpus*.

Brasília, 12 de novembro de 1997.

Celso de Mello, Presidente; Sepúlveda Pertence, Relator p/ o acórdão.

RELATÓRIO – O Sr. Min. Octavio Gallotti:
Acha-se a questão suficientemente exposta pelo

ilustre Prof. Cláudio Lemos Fonteles, Subprocurador-Geral da República, no parecer de fls. 84/88, que servirá de relatório:

“1. O advogado Bady Elias Curi Neto impetra ordem de *Habeas Corpus* em favor de Juarez Quintão Hosken Filho, objetivando a nulidade do julgamento de segunda instância, assim como a decisão de primeiro grau.

2. O ora paciente restou condenado, pela conduta tipificada no art. 16 da Lei 6.368/76, à pena de 9 meses de detenção e ao pagamento de 30 dias multa, conforme sentença de fls. 20/24.

3. Inconformado, interpôs recurso de apelação junto a 1.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que após parecer do Ministério Público, às fls. 26/28, deferiu a diligência solicitada, fls. 30, determinando a volta dos autos ao Juízo de origem a fim de que se procedesse à aplicação da medida prevista no art. 89 da Lei 9.099/95. O Procurador de Justiça, como se vê às fls. 32, não ofereceu a proposta de suspensão condicional do processo. Considerada satisfeita a diligência ordenada, o Juiz *a quo* (v: fls. 32), devolve os autos ao Tribunal. Recebidos os autos, a C. Câmara, por unanimidade, deu provimento parcial a apelação, reduzindo a reprimenda aplicada para 6 meses de detenção e ao pagamento de 20 dias-multa, mantendo o *sursis* e suas condições.

4. Aduz, em síntese, o impetrante:

a) a falta de fundamentação da decisão do Juiz que acatou a recusa do Ministério Público em não oferecer proposta de suspensão condicional do processo;

b) não ter sido intimado da decisão que recusou a aplicação da suspensão condicional do processo;

c) não receber do poder judiciário os benefícios da suspensão condicional do processo, uma vez que preenche todos os requisitos legais para tal norma despenalizadora.

5. No mérito, assiste razão ao impetrante, senão vejamos!

6. Note-se que a Lei 9.099/95 já estava em vigor à época da prolação da sentença condenatória, fls. 24, fazendo jus, o paciente, ao benefício da suspensão condicional do processo, em consonância com o posicionamento dominante da doutrina e do Supremo Tribunal Federal (HC 74.305/SP), que atribui ao instituto natureza penal devendo, portanto, retroagir aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei 9.099/95 sob o enfoque da *lex mitior*.

7. Ressalta-se, todavia, o correto procedimento quanto à aplicação do referido benefício, uma vez que abriu-se vista ao Ministério Público para pronunciar-se sobre a medida despenalizadora.

8. No entanto, o que se discute aqui é a *falta de fundamentação* da decisão judicial que acolheu a manifestação do MP, assim lida às fls. 32, *verbis*: “Em que pese algumas decisões em contrário, os dispositivos da Lei 9.099/95 não se aplicam a feitos em andamento como é o caso.

Entretanto, mesmo se admitindo o contrário, *deixa de propor suspensão condicional do processo* diante de fato de que os réus, com suas condutas, como se vê dos autos, e foi salientado no parecer de fls. 123, *é um estímulo ao crime organizado*”. (grifos nossos).

9. Efetivamente o Juiz de primeiro grau limitou-se a proferir o seguinte despacho, às fls. 34: “Ante a posição Ministerial, *com máxima venia*, devolvo os autos ao E. Desembargador Sérgio Resende, com as nossas sinceras homenagens.” (grifamos).

10. No caso *sub examen*, o paciente preencheu todos os requisitos necessários para receber o benefício em comento, o que o próprio Tribunal de Justiça admitiu ao diminuir a reprimenda do acusado para o *mínimo legal*, como se lê às fls. 73, *verbis*: “Entretanto, assiste-lhes razão quando se insurgem contra a dosimetria da pena, porquanto *tratam-se de réus primários, sem antecedentes criminais*. Merecem, pois, a pena fixada no *mínimo legal* – 6 meses de detenção, em regime aberto, e pagamento de 20 dias-multa.”

11. No tocante a questão da falta de fundamentação, Damásio E. de Jesus (In: *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. Op. cit., p. 110) adverte – “Se o Ministério Público se recusa a propor a suspensão do processo, *deve fundamentar a negativa* (art. 129, VIII, parte final, da CF; Lei 8.625/93, art. 43, III)”. Nesta mesma linha é a assertiva de Ada Pellegrini Grinover *et alli*, (In: *Juizados Especiais Criminais*. Op. cit., p. 212), ao comentar a Lei 9.099/95: “Em razão da natureza da

proposta de suspensão do processo, que não significa arbítrio, senão um poder-dever do Ministério Público, uma consequência a mais pode ser lembrada: sempre que sua denúncia versar sobre crime cuja pena mínima não exceda a um ano, tem a obrigação de pronunciar-se sobre a suspensão: em sentido positivo ou negativo, fundamentadamente.” (grifamos).

12. Com efeito, a simples alusão de ser o crime cometido (art. 16 da Lei 6.368/76), “um estímulo ao crime organizado” como diz o Promotor de Justiça ao posicionar-se pela recusa da suspensão condicional do processo, singelamente acatada pelo MM. Julgador, não se mostra suficiente a cumprir com a indispensável exigência de motivação.

13. Tais as circunstâncias somos pela concessão da ordem para que sejam devolvidos os autos ao Juízo de origem a fim de que o MM. Julgador pronuncie-se, *motivadamente*, sobre a promoção do Ministério Público, para acatá-la, ou não.” (fls. 84/8).

É o Relatório.

VOTO – O Sr. Min. Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, tinha tomado notas a respeito do tema em discussão que é relevante: acho a suspensão condicional do processo uma inovação revolucionária e benfazeja, quer sob a perspectiva do Direito Penal contemporâneo, quer sob a da necessidade de dar solução à falência da Justiça Criminal, congestionada pela criminalidade de menor importância e incapaz de dar resposta à criminalidade mais grave, violenta ou não.

Tinha tomado notas, mas felizmente para V. Exas., o problema do *quorum* tanto adiou o prosseguimento deste julgamento que, pelo menos nas minhas malas, eu as perdi. Pouco assim o Tribunal de maiores elocubrações. Tento apenas, restabelecer, de memória, o fio condutor do raciocínio, que aliás não é original.

De logo, sem entrar na polêmica semântica, o verbo *poder*, efetivamente, não me impressiona: o verbo, na linguagem normativa, nem sempre expressa uma *faculdade*, menos ainda uma *faculdade livre*, e jamais o *arbítrio* do agente público; freqüentemente é usado como expressão de uma competência, sobretudo quando se trata de uma competência alternativa à comum.

E é o que sucede no caso.

A regra é a obrigatoriedade da ação penal pública; é estar o promotor vinculado a formulá-la, sempre que presente a viabilidade de direito e de fato da acusação.

A suspensão condicional do processo, como outros instrumentos da Lei 9.099, é mecanismo — perdoe-se a palavra da moda — de *flexibilização* da obrigatoriedade da ação penal, no caminho do que se tem chamado Direito Penal ou Justiça Criminal transacional. Por isso mesmo, se tem dito que a obrigatoriedade da ação penal cedeu, nas hipóteses em que admitida a suspensão condicional do processo, a um regime de discricionariedade regrada, ou discricionariedade mitigada do Ministério Público.

Mas não posso fugir, com todas as vênias, à opção legislativa que, no art. 89 da Lei 9.099, caracterizou o instituto como transação processual-penal, a partir de proposta do Ministério Público.

Posso chegar, para não consagrar o arbítrio, até a dispensar a espontaneidade ou a originalidade da proposta. O que não posso, num instituto claramente definido como mecanismo da Justiça Criminal transacional ou pactuada, é subtrair da formação desse acordo, é expulsar dessa transação uma das partes do processo, a parte acusatória, o Ministério Público, ao qual, literal e expressamente, a lei teria dado mais, porque lhe reservou a iniciativa da proposta.

Por outro lado, cada vez mais descrente das simplificações silogísticas da hermenêutica jurídica tradicional, eu não acompanharia o Em. Ministro Marco Aurélio, quando sustenta que política penal, a política repressiva, é função que se esgota nas opções do legislador, das quais o Ministério Público seria *mero agente executor* (a expressão, salvo engano, é do brilhante Luiz Flávio Gomes): não há política criminal abstrata, cuja implementação dispense o esforço de concretização-atualização necessariamente criador do intérprete-aplicador qualificado da norma.

Não subtraio do Ministério Público o papel relevantíssimo de ser intérprete e expressão, nas circunstâncias variáveis de tempo e de espaço, da política penal vigente. Reduzi-la à opção abstrata do legislador seria plausível, ainda que mesmo assim ilusória, sob a vigência plena do princípio da obrigatoriedade da ação penal (ilusória, sim, porque não é preciso ter sido Promotor, mas apenas passar os olhos por toda a literatura contemporânea, em torno do Ministério Público acusador — na literatura brasileira como na literatura estrangeira —, para ver como é ilusória a obrigatoriedade da ação penal, tantos são os caminhos por meio dos quais, sem prevaricar, o membro do Ministério Público adapta, à sua concepção de justiça penal e de justiça no caso concreto, ainda que sem dizê-lo, a sua recusa de propor a ação penal, invocando

motivos aparentemente de legalidade ou de falta de prova, sem dizer da busca de racionalização do apelo a institutos como o princípio da insignificância e outros similares).

Mas, sob outro prisma — se me recuso a demitir o MP da discricionariedade regra, que, no ponto, a lei indubitavelmente lhe outorgou —, não creio, até por homenagem à unidade do Ministério Público, que é princípio constitucional, que o exercício dessa discricionariedade deva ser atomizado a ponto de dar margem, na expressão do Ministro Marco Aurélio, à livre expansão dos humores, do subjetivismo dos critérios ou da emoção do dia de cada Promotor ou Promotora, Brasil afora.

Desse modo, desde as leituras dos autores que se têm debruçado sobre o tema — a partir daqueles que foram a fonte material do Projeto Michel Temer, ou seja, Ada Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes — e malgrado a lúcida divergência de Luiz Flávio Gomes, o quarto dos autores da obra que dedicaram aos Juizados Especiais Criminais —, o alvitre pelos três primeiros sustentado da aplicação analógica e construtiva a hipótese do art. 28 do Código de Processo Penal, a meu ver, é o que serve melhor à compatibilização entre o papel insubstituível do Ministério Público na suspensão condicional do processo, a independência funcional de cada um dos seus membros e a unidade que se quer da instituição, que, aí, sim, pode fazê-la, com muito maior legitimidade, o agente criativo e não arbitrário de uma política penal, que, nos limites da lei, seja variável conforme as circunstâncias de tempo e de espaço a considerar.

Certo, o mecanismo do art. 28 do Código foi pensado para funcionar no quadro diverso do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que reclama seja o arquivamento das peças de informação fundado em razões objetivas, judicialmente controláveis, de tal modo que, dissentindo delas o Juiz — malgrado não possa subsistir-se ao Promotor e formular ele próprio a denúncia — deva submeter o caso à decisão definitiva da chefia do Ministério Público.

Não obstante, para respaldar o apelo à analogia, o que aproxima as duas hipóteses é que também na de recusa, que há de ser motivada, do Promotor, à suspensão do processo — quando legalmente admissível, à luz dos requisitos de sua viabilidade jurídica, impostos pelo *caput* art. 89 da Lei 9.099 — a fórmula do art. 28 do Código é a que permite submeter a manifestação isolada do Promotor do caso ao crivo dos órgãos de manifestação da unidade do Ministério Público, que, no sistema das

novas leis orgânicas, é cada vez menos um poder unipessoal do Procurador-Geral, e sim dos colegiados superiores da instituição.

No caso concreto, instado a manifestar-se a respeito, dado o advento da Lei 9.099, no curso do procedimento, o Promotor, mesmo admitindo a aplicação — de que duvida — do art. 89 da Lei 9.099 aos processos em andamento, deixa de propor a suspensão condicional, diante do entendimento de que os réus com suas condutas, de estudantes usuários de maconha, seriam um estímulo ao crime organizado. Creio que o caso é exemplar para a concessão parcial da ordem a fim de que essa manifestação seja submetida ao órgão competente da Procuradoria-Geral.

Concedo, em parte, o *Habeas Corpus* para que o Juiz entendendo admissível a suspensão condicional do processo, à base do art. 89, *caput*, da Lei 9.099, submeta a recusa do Promotor à Procuradoria-Geral de Justiça, aplicando-se, como couber, o art. 28 do C. Pr. Penal: é o meu voto.

VOTO — O Sr. Min. Octavio Gallotti (Relator): Cuida-se, como se vê, da aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95, cuja redação não é demais recordar: “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).”

A iniciativa da propositura de suspensão é, portanto, exclusiva do órgão do Ministério Público, segundo a letra e a lógica do dispositivo, e até mesmo como corolário da privatividade da promoção de ação pública, que lhe assegura a Constituição Federal no item I de seu art. 129.

Como poder-dever em que se configura, recomenda-se que se manifeste motivadamente essa atividade, seja quando se exerça ela positivamente (requerimento da suspensão), seja quando se revele negativa, como, no caso sucedeu, sucinta mas fundamentadamente, com referência a um critério de conveniência de política criminal (conduta estimulante do crime organizado), que, a par da aferição das condições objetivas, das circunstâncias do crime e dos predicados subjetivos do agente, há de nortear o desempenho da opção do Ministério Público.

Até mesmo na hipótese de omissão ou da recusa imotivada, poderá o comportamento do promotor acarretar implicações funcionais (no âmbito da Instituição): jamais transmutar, em direito subjetivo do réu, a faculdade que a lei, em simetria com a Constituição, erigiu em prerrogativa do Ministério Público.

Nem compreendo como, ao revés dessa prerrogativa constitucional, e mesmo de previsão legal, se possa pretender constranger o titular da ação penal a inserir cláusula resolutiva na denúncia que lhe cabe (e só a ele) apresentar.

Para arredar essa inelutável conclusão, tem, alguns dos mais ilustres comentadores, vislumbreado pelo menos três soluções, excludentes uma das outras.

A primeira, prestigiada pelo douto parecer do Ministério Público Federal, seria dotar o magistrado da atribuição de conceder o benefício, à revelia ou em discordância com a manifestação do Ministério Público.

Não pode, porém, ser constituído em parte o Juiz da causa, a substituir a atuação do Ministério Público, ou avocar-lhe a competência, porquanto não mais compete ao julgador do que o controle da legalidade da suspensão que haja sido por quem de direito promovida. Não, de ofício, a sua concessão.

A segunda solução alternativa é a de transferir ao próprio acusado a faculdade outorgada pela lei a seu opositor. Remove-se, assim, a bilateralidade da transação que a norma legal claramente instituiu, substituindo esse comando, inspirado no consenso, pela iniciativa unilateral do acusado.

Alvitra-se, finalmente, ao invés das duas primeiras instruções, uma terceira, consistente na aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, isto é, na remessa ao Procurador-Geral, pelo Juiz, do controle da atuação do órgão do Ministério Público de primeiro grau.

Não demanda, entretanto, maior esforço verificar a ausência de similitude de situações, capaz de autorizar o emprego da analogia. Basta apontar para a inversão em que ocorreria a finalidade da norma processual em questão, que é a de suprir ou estimular a vocação acusatória do representante do Ministério Público, jamais a de obstar os efeitos da denúncia, como seria o caso de sua aplicação em benefício do réu.

Considero, em suma, que houve, no caso dos autos, recusa motivada do requerimento de suspensão condicional do processo, e que, mesmo se

equiparado o teor da promoção do Ministério Público à falta de motivação, não tocara, ainda assim, ao magistrado, incumbir-se de avaliar e suprir a suposta deficiência, por meio de qualquer das fórmulas que acima figurei, para afastá-las de cogitação.

Desse caráter privativo que reconheço à manifestação do Ministério Público, bem como da natureza vinculada que distingue, a atribuição do magistrado, decorre a irrelevância da intimação de cuja falta se queixa o ilustre impetrante, bem como a improcedência da pretensão de ver-se o paciente unilateralmente favorecido pelo benefício do art. 89 da Lei 9.099/95.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

VOTO-VISTA – O Sr. Min. Marco Aurélio: A controvérsia que desaguou na impetração deste *Habeas Corpus* prende-se ao alcance do artigo 89 da Lei 9.099/95, no que encerra o instituto da suspensão do processo. Eis o preceito: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

A Procuradoria Geral da República oficiou, mediante a pena abalizada do Professor Cláudio Lemos Fonteles, no sentido de encerrar o preceito um poder-dever do Ministério Público, e não ato puramente discricionário. Por isso, propugnou pela “concessão da ordem para que sejam devolvidos os autos ao Juízo de origem a fim de que o MM. Julgador pronuncie-se, *motivadamente*, sobre a promoção do Ministério Público, para acatá-la, ou não”.

O Ministro-Relator, embora reconhecendo tratar-se de um poder-dever, assentou estar o pronunciamento do Ministério Público fundamentado, embora de forma sucinta, e que, na espécie, ocorrida a negativa quanto à proposta de suspensão, não cabe quer a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, ou seja, a remessa do processo ao procurador-geral, pelo juiz, considerado o controle do órgão do Ministério Público de 1.º grau, quer, ao magistrado, avaliar o atendimento dos requisitos legais, inerentes à suspensão, e suprir o ato positivo do Ministério Público. Concluiu Sua Excelência, o Relator: “Desse caráter

privativo que reconheço à manifestação do Ministério Público, bem como da natureza vinculada que distingue, a atribuição do magistrado, decorre a irrelevância da intimação de cuja falta se queixa o ilustre impetrante, bem como a improcedência da pretensão de ver-se o paciente unilateralmente favorecido pelo benefício do art. 89 da Lei 9.099/95.”

As notas taquigráficas que me vieram às mãos consignam o voto do Ministro Nelson Jobim no sentido de entender constituir a proposta de suspensão do processo simples faculdade atribuída ao Ministério Público, sentenciando Sua Excelência: “Não cabe a nós e nem ao Poder Judiciário, no caso específico, impor ao Ministério Público a apresentação de uma proposta, de resto, por quê? Porque a lei diz claramente: ‘poderá propor’ e não deverá propor”.

Com essa fundamentação, Sua Excelência acompanhou o Ministro Relator, indeferindo a ordem.

Pedi vista dos autos para uma reflexão maior sobre o tema. A demora na devolução destes autos decorreu do fato de haver aguardado o desfecho de outro *Habeas Corpus* em que suscitada a questão da competência do Supremo, quando o ato impugnado não é de tribunal superior. O envio de PEC (Proposta de Emenda Constitucional) versando sobre a matéria, levou-me a ressaltar o entendimento a respeito do tema, o que faço neste momento, reportando ao que publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 9.

O emprego do verbo “poder” pelo legislador brasileiro, especialmente no campo penal, não é incomum. Preceitos outros, além do artigo 89 da Lei 9.099/95, contemplam o citado verbo, e nem por isso é possível, à mercê de interpretação literal, chegar-se a concluir pela existência de faculdade, de campo propício ao subjetivismo, ser apropriada a decisão por simples conveniência, mesmo porque em jogo a liberdade, apego maior deve haver à observância do arcabouço normativo, como fica bem em um Estado Democrático de Direito. Há de afastar-se a possibilidade de predominar concepção pessoal, de critérios particularizados, a fim, de óptica calcada em um verdadeiro direito alternativo vindo a repercutir na liberdade do cidadão. Tome-se, como exemplo, o que se contém no artigo regedor da fixação do regime de cumprimento da pena. Há pouco, votando no *Habeas Corpus* 75.663-8/SP, tive oportunidade de consignar que o emprego, no artigo 33 do Código Penal, do verbo “poder”, ao mesmo tempo constante do artigo 89 ora em comento, não deve ser tomado como revelador de discricionariedade na fixação do regime de cumprimento da pena. Justifiquei a utili-

zação do vocábulo pelo legislador com base na premissa de se ter, nas alíneas *a*, *b* e *c* do § 2.º do artigo 33, regências diversas. Pela alínea *a*, o condenado à pena superior a oito anos há de começar a cumpri-la em regime fechado. O critério é estritamente objetivo, sendo norteado, conforme está no preceito, pela quantidade de anos relativos à pena de reclusão. Na alínea *b*, buscou-se revelar o enquadramento da situação jurídica em que a pena fique entre quatro e oito anos. Ao aludir-se ao início de cumprimento no regime semi-aberto, impôs-se a condição de o condenado não ser reincidente, e empregou-se o verbo “poder” – poderá. Por último, quanto àqueles apenados com reclusão igual ou inferior a quatro anos, mais uma vez cogitou-se de não se tratar de reincidente, e, aí, também empregando-se o verbo “poder”, cuidou-se do regime aberto. Indaga-se: na espécie, seria possível partir para o literalismo e dizer da feição discricionária do ato do juiz ao fixar o regime de cumprimento da pena?

Ao votar no referido *Habeas Corpus*, ressaltei: “Por outro lado, entendendo que o ofício judicante não diz com o aspecto discricionário. O juiz sempre atua vinculado à lei, de acordo com as normas materiais e instrumentais aplicáveis à espécie; portanto, não decide conforme o humor do dia, o regime de cumprimento da pena, mas deve fazê-lo norteado pelo texto do artigo 33.”

Posteriormente, para minha própria reflexão, perquiri, tendo em conta o aspecto verbal, gramatical, do teor das alíneas *b* e *c* do § 2.º do artigo 33, já que, relativamente à alínea *a*, dúvidas jamais pairaram, o seguinte: “(...) diante dessa possibilidade, o que define se o regime será o semi-aberto ou o fechado? Por que a alínea *b* viabiliza, realmente, como salientado pelo Ministro Maurício Corrêa, a imposição do regime fechado, ainda que se trate de primário e a pena não exceda a oito anos?”

Fiz ver que o que define, diante da dualidade, o regime de cumprimento da pena é o texto do § 3.º do artigo 33 do Código Penal – e a expressão inicial nele contida é muito sugestiva: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste código.”

Aí temos a vinculação do juiz. Não é ele livre para fixar este ou aquele regime de acordo, como lancei, numa expressão de retórica, com o humor que esteja a dominá-lo no dia do julgamento. São as circunstâncias judiciais que servem de parâmetro. Mostrando-se elas favoráveis ao condenado descabe partir para regime de cumprimento da

pena mais gravoso, porquanto existente o direito subjetivo assegurado legalmente.

Esse raciocínio, lançado, é certo, relativamente ao ofício judicante, guarda harmonia com a atuação do Estado-acusador. Conforme ressaltado por Luiz Flávio Gomes, em *Suspensão condicional do processo penal*. 2. ed. RT, 1997, tal como ocorre com as decisões judiciais – inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal – as manifestações do Ministério Público não de ser fundamentadas. Pelo inciso I do artigo 129 da Carta tem-se competir-lhe promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Ora, o artigo 89 da Lei 9.099/95, ao dispor sobre a suspensão do processo por dois a quatro anos, revela os requisitos para a tanto chegar-se, devendo estes, e apenas estes, em face do princípio da legalidade que submete o Ministério Público, especialmente quando em jogo o *status libertatis* do cidadão, ser observados.

Mais do que isso, a afastar a discricionariedade que alguns insistem em ver, no campo em exame, na atuação do acusador, tem-se o inciso VIII do artigo 129 do Diploma Básico. São funções institucionais do Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. Ora, o artigo 89 em análise não obstaculiza, em si, a oferta da denúncia. Apenas, considerada uma política de persecução criminal, cuja fixação não cabe ao Ministério Público, mas ao legislador, pressupõe, para os crimes de menor repercussão, nos quais a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, a formalização da proposta visando a suspender o processo. Entender-se que se está diante não de um poder-dever do Ministério Público, balizado por regras legais a direcionar não ao princípio da oportunidade regrada, mas à atuação livre, no que presentes critérios de mera conveniência, é olvidar que o Órgão atua segundo os parâmetros legais, objetivando, com isso, colaborar para a indispensável segurança jurídica. Implica admitir que a aplicabilidade do disposto no artigo 89 ganha contornos relativos, ditados, como ressaltou, na obra referida, Luiz Flávio Gomes, por convicções particulares de cada representante do Ministério Público, variando de comarca a comarca, de vara a vara, conforme as concepções mantidas sobre o momento vivido e a necessidade de implementar-se rigor maior. E tudo isso ocorrerá quando em jogo a liberdade, colocando em xeque o princípio isonômico. O poder de que cogita o artigo 89 “é vinculado e transforma-se em dever quando presentes todos os requisitos legais da medida alterna-

tiva. A margem da recusa em se formular a proposta está dada pela lei: são os requisitos da suspensão. Dentro desta margem, o Ministério Público deve atuar. Para se posicionar contra a suspensão deve motivar sua manifestação e essa motivação está atrelada 'estritamente' ao ordenamento jurídico."

Senhor Presidente, a não ser assim ter-se-á colocado em plano secundário o princípio da igualdade, permitindo-se que elementos estranhos à ordem jurídica, totalmente irrelevantes quando em questão a liberdade, venham a definir se alguém deve cumprir a pena privativa de liberdade ou, uma vez aceitas as condições impostas pelo juiz, vê-la substituída na forma do artigo 89. Conforme salientado pelo autor do parecer da Procuradoria Geral da República, a melhor doutrina já se debruçou sobre a matéria. Damásio de Jesus, em *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, 4. ed. Saraiva, 1997, sob o título "Princípio da obrigatoriedade da ação penal", explicitou: "(...) A expressão 'poderá' não deve ser entendida no sentido de discricionariedade absoluta. Desde que presentes as condições legais, o Ministério Público tem o dever de propor a suspensão condicional do processo."

Também Joel Dias Figueira Junior e Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, em *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. RT, observaram: "A exemplo do que fixei em interpretação ao art. 76 desta Lei, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos – lá para a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, aqui para a suspensão condicional do processo – surge um direito subjetivo do arguido ao benefício legal."

E concluíram: "Se o Promotor de Justiça, ao oferecer a denúncia e sendo o caso de oferecimento da proposta, não a fizer, poderá o arguido solicitá-lo diretamente ao Juiz que, ouvido o Ministério Público, poderá concedê-lo. Caberá, também, e nas mesmas condições da recusa de oferecimento de proposta de transação nos casos cabíveis, a impetração de *Habeas Corpus*." (p. 390 e 391).

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, em obra feita a quatro mãos – *Juizados Especiais Criminais*, RT –, não discrepam desse enfoque. No item 6.2, contido à fl. 210, deixaram consignado, em abordagem ao princípio da discricionariedade regrada, e no tocante aos limites da atuação do Ministério Público:

"Isso não pode significar, todavia, que o Ministério Público possa agir soberanamente, escolhen-

do os casos em que fará a proposta. Não é esse poder discricionário que lhe foi conferido. O fundamento da proposta de suspensão do processo, como sabemos, está no princípio da discricionariedade regulada, que confere ao órgão acusador o poder de optar pela via alternativa despenalizadora em tela, em detrimento da forma clássica. No instante do oferecimento da denúncia, destarte, abrem-se-lhe, dentro do novo modelo de Justiça criminal, dois caminhos: perseguir a resposta estatal clássica (pena de prisão, em geral) ou, de outro lado, abrir mão dessa penosa atividade persecutória (que tem o escopo de quebrar a presunção de inocência), enveredando para a via conciliatória da suspensão.

De qualquer modo, o certo é que o Ministério Público não optará por um caminho ou outro arbitrariamente, consoante seu modo de ver o mundo, suas idiossincrasias. Cada uma das duas vias reativas possui seus pressupostos, taxativamente delineados. Ele tem uma alternativa, é verdade. Mas não é o dono isolado e soberano da escolha. Terá que pautar sua atuação, se deseja adequá-la ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, de acordo com as regras legais fixadas (...). É nisso que consiste uma das faces do denominado princípio da discricionariedade regrada. A outra parcela está em que tudo passa por controle judicial."

Senhor Presidente, o artigo 89 da Lei 9.099/95 submete, é certo, a suspensão do processo a uma vontade, a uma manifestação unilateral, mas essa é a daquele que, titular do direito ao devido processo, abre mão das garantias próprias e aceita, sem o julgamento de ação penal, do processo a que responde como acusado de prática de ato configurador de tipo penal, as condições estipuladas pelo juiz, devendo cumpri-las tal como fixadas. Isso decorre do teor do § 1.º do artigo 89.

Por tudo, tenho que a manifestação da Procuradoria Geral da República está a merecer acolhida. Cabia ao Juízo examinar o óbice apontado pelo Ministério Público ao deferimento da suspensão, aliás, de uma ambigüidade a toda prova, porquanto, impossibilitado materialmente de articular com a ausência de atendimento a qualquer dos requisitos legais, acabou por inserir no preceito condição que nele não se contém, ou seja, não se tratar de procedimento que, de alguma maneira, estimule o crime organizado. Presente o consumo da droga, teve como óbice o que se poderia chamar de estímulo aos traficantes. Em síntese, além de haver cogitado de algo relativo a procedimento de terceiro e sobre o alcance melhor dirá o Juízo, acabou por

substituir-se ao próprio legislador, como se tivesse um bill de indenidade e não se submetesse ao princípio da legalidade, em jogo o interesse público, a fim, a liberdade do homem.

Concedo a ordem, para que o Juízo, de forma motivada, examine o enquadramento, ou não, da hipótese na regra do artigo 89 da Lei 9.099/95.

É o meu voto.

COMENTÁRIOS

Pode-se dizer que tanto a Religião, a Moral, como o Estado têm o mesmo objetivo: contribuir para a felicidade das pessoas. Ninguém discute a boa-fé com que muitos dos homens da Inquisição mandavam para a fogueira os incrédulos, na certeza de que, assim obrando, estariam a salvar suas almas, purificadas pelo fogo. Como a alma, que é, por definição, algo imaterial, se submeteria a essa esterilização é o que ninguém se preocupava em esclarecer. Assim também o Estado contemporâneo, ao empilhar em cubículos minúsculos pessoas de conduta desviante, na suposição de que isso contribuirá para sua ressocialização. Restringe-se a liberdade para que a pessoa possa aprender a viver em liberdade, eis a ironia disso. Violentam-se física e mentalmente os condenados na pressuposição de que a violência é algo inaceitável.

Misto de inquisidor e carcereiro, o Juiz criminal brasileiro vai convivendo com essa inadmissível contradição, transformando-se de *custos libertatis*, que sua razão de ser exige que seja, o que o levaria a restringir ao mínimo indispensável a intervenção do Estado na vida das pessoas,¹

para um mero placitador de atos policiais. Por vezes, mero endossador de pareceres do Ministério Público, não poucas vezes adotados como razão de decidir.

Assim, sob os mais diversos argumentos, pois os sofismas pululam nessas ocasiões, ao sabor da inteligência do argumentador, a nobre missão do Juiz criminal passa a equiparar-se à de um simples guarda de trânsito: espreitado atrás do texto legal, vê no processo a ocasião propícia para “mostrar serviço”, punindo as vítimas da *chiffre noir*, sem a menor consideração para os desdobramentos de seu ato.

O due process of law é uma conquista da Humanidade e está intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana e não à segurança do Estado. Ou, dito de outro modo, como o faz com toda propriedade o grande comentador do sistema jurídico norte-americano Leonard W. Levy, “the Constitution exists to define and limit government authority, not to define and limit individual rights”.²

Isso, porém, implica em assunção de uma postura ideológica. O que também redundaria em crítica, especialmente por parte daqueles que negam ao juiz a possibilidade de expressar suas convicções pessoais. Segundo um autor respeitado, para muita gente, quando um juiz enverga a toga, ele deixa de ter idéias próprias e preconceitos, pautando-se exclusivamente pelo que se contém na Constituição. Ou, dito ainda de outro modo: a Constituição

(1) “Embora o texto constitucional não se refira explicitamente ao *princípio da intervenção mínima*, força é convir que tal princípio se mostra em concordância com os princípios e garantias fundamentais enumerados na Constituição Federal, especialmente em vista da previsão aberta constante do § 2.º do art. 5.º da Carta”, ensina Alberto Silva Franco (A reforma da parte especial do Código Penal – propostas preliminares, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 3/68 et seq.)

(2) “Seasoned judgments – the american Constitution, rights and history”. Transaction Publishers, 1994, p. 36.

seria um disco fonográfico e os juízes meros fonógrafos que reproduziriam fielmente o que havia sido gravado.³ Nada mais absurdo, como reconhece o mesmo autor. Por menos que o desejasse, o juiz, qualquer juiz, tem sua história pessoal (sua “circunstância”, como queria Ortega y Gasset), cujo peso influirá sobre suas decisões. Interpretar-se é colocar-se pessoalmente no ato de que se cuida.

Chama-se isso “ativismo judiciário”, que compreende a interpretação das normas jurídicas de acordo com as convicções pessoais do intérprete. Alguns autores criticam tal postura, o que motivou a expressão bem-humorada de um *scholar*: ativista é o juiz que faz aquilo com que você não concorda.⁴

Aliás, valha registrar um episódio que bem ilustra isso. Hugo Black, quando sabatinado pelo Senado norte-americano, reconheceu que, nos tempos da mocidade, pertencera à famigerada Ku Klux Klan, entidade racista de ultra-direita. Há quem veja na conduta profissional de Black, um dos mais liberais *Judices* da História do Judiciário norte-americano, o resultado de um enorme esforço de apagar de sua biografia aquele episódio.⁵

Nossa Suprema Corte permanece à espera de um historiador que, analisando suas principais decisões, trace seu perfil ideológico ao longo do tempo, sua bravura e sua covardia, seus feitos e suas omissões. Não faltará então, certamente, referência ao nome de seus luminares nem ao daqueles que, mais pela passividade do Senado do que por merecimento, tiveram a indicação de seus nomes confirmada.⁶ Onde os Carlos Maximilianos, os Hungrias, os Hahnemans, os Pedro Lessas, os Evandros e tantos outros cujos votos se liam como autênticas monografias sobre o *thema decidendum*?

Ninguém negará a *judices* como Hermes Lima, Lins e Silva ou Nunes Leal o epíteto de liberais, título que não cairia bem em conservadores notórios do porte de um Moreira Alves, nosso Rehnquist caboclo, ou um Néri da Silveira ou um Sydney Sanches. Por outro lado, será surpreendente verificarmos que juízes ali postos pelo movimento revolucionário de 64, como Leitão de Abreu ou Alfredo Buzaid, mostraram-se menos insensíveis às *civil liberties* do que muitos dos que os sucederam. Talvez que ao fim desse estafante estudo um Sepúlveda Pertence nos apareça como um Earl Warren⁷ que ficou no

(3) Cf. Robert G. McCloskey. *The American Supreme Court*. 2. ed. The University of Chicago Press, 1994, p. 11 (no original, “Legions of judges and their devotees have believed, or professed to believe, that constitutional law was a technical mystery revealing itself in terms of unmistakable precision to those who had the key, that the Constitution was the record and the judges merely the impartial phonograph that played it, a group of men who somehow managed to stop being men when they put on their robes and would not dream of letting their subjective value judgements affect their understanding of the Constitution”).

(4) “Judicial activism is what the other guy does that you don’t like” é a literal observação de Joel Grossman (*Apud* Lawrence Baum, *The Supreme Court*. Congressional Quarterly Inc., 1998, p. 7).

(5) BAUM, Lawrence. *Op. cit.*, p. 59.

(6) De 60 juízes indicados pelo Presidente neste século, 5 foram rejeitados pelo Senado norte-americano. Compare-se isso ao que o ocorre entre nós. Jamais tivemos um candidato a Ministro da Suprema Corte rejeitado pelo Senado, que se limita a inquirir o candidato, sem qualquer preocupação com seu passado e sua cultura jurídica. Tivemos, como é de todos sabido, o incrível caso de um *Judice* que, renunciando ao cargo, foi servir o Poder Executivo, de onde retornou ao Supremo Tribunal Federal, ali se aposentando. Além disso, chegaram a integrar nossa Corte Suprema um médico e dois generais (cf. Pontes de Miranda. *Comentários a Constituição de 1967*. RT, 1967, t. IV, p. 6).

(7) Nas palavras de Bodenhamer, “acting with unprecedented boldness during the 1960s, the majority justices of Warren Court promoted liberal policies they deemed essential to a just

meio do caminho, e um Marco Aurélio surja como o parceiro ideal que um Celso de Mello não soube ou não quis adotar para, juntos, “constitucionalizarem” nossa Suprema Corte. Para não falarmos de Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim, cuja ideologia parece situá-los em uma conveniente coluna de “moderados”. O fato é que eu não gostaria de morrer antes de ler um tal levantamento, tanto mais necessário quando já domina as ruas a insatisfação de nossa gente com o insatisfatório serviço que o Judiciário nos fornece. Uma CPI sobre o Judiciário (em termos amplos, sem que se atenha a fatos específicos a serem apurados, como exige a lei) fala mais da personalidade do autor da proposta do que do fato inegável de que, por ignorância ou má-fé, muita gente supõe que isso levaria à melhoria dos serviços forenses, o que é pelo menos para questionar. Ou que os aspectos ideológicos das decisões seriam afastados, mercê de regras de conduta que “engessem” a criatividade do julgador.

Supomos que o devido processo penal tem caráter eminentemente garantístico. Verifica-se, porém, que, não poucas vezes, há descaso no Judiciário quanto a tal aspecto desse ramo do processo. Não poucas vezes, isso parte do próprio Tribunal encarregado de interpretar a Constituição Federal e incrementar a observância por todos dos princípios ali albergados.

Um de nossos *Judices* mais democratas tem reclamado que a doutrina pouco se debruça criticamente sobre as decisões judiciais. “O escamoteamento da jurisprudência pela doutrina, entretanto, é de todo indesculpável. Não é que se pretenda impor ao teórico a submissão ao entendimento dos tribunais – acentuei, ao prefaciá-la outra obra recente: o que não é leal, sobretudo para o leitor jovem, é não dar conta

dele e transmitir, como verdades apodíticas, opiniões diametralmente opostas a quanto se tem decidido – certo ou errado, não importa – na vivência cotidiana, na justiça, da lei e da Constituição”.⁸ Quanto a isso, a crítica não atinge o IBCCrim, que se tem empenhado em manter essa postura crítica.

Por exemplo, se a ciência prévia do teor da acusação, como elemento da *due process clause*, decorreu de todo um trabalho de reflexão, reivindicação e conquista, como aceitarem nossos juízes que um réu preso seja meramente requisitado para ser interrogado, sem ter, com a necessária antecedência, ciência dos reais termos da acusação?⁹

Se a Constituição considera a presença do Advogado indispensável para que te-

⁽⁸⁾ Cf. J. P. Sepúlveda Pertence no prefácio a *Interpretação e aplicação da Constituição*, de Luís Roberto Barroso, Saraiva, 1996, p. XVIII.

⁽⁹⁾ Cf. “Interrogatório Judicial – Requisição do réu preso – Providência que supre a citação formal – Ausência de nulidade” (TACrimSP, RT 729/556, Rel. o Juiz Luiz Ambra); “Réu Preso – Citação – Inexistência – Requisição para o interrogatório suficiente para a legalidade do feito” (TJSP, RT 716/433, Rel. o Des. Djalma Loffrano); “Citação – Réu preso – Requisição junto ao estabelecimento carcerário – Réu inteirado da acusação através do Juiz que presidiu o interrogatório – Hipótese de citação *in faciem* – Inexistência de objeção antes da realização do referido ato judicial – Nulidade inócurre” (TJSP, RT 709/324, Rel. o Des. Segurado Braz); “Réu preso – Citação – Chamamento pessoal realizado no mesmo dia em que requisitado para interrogatório judicial – Nulidade inexistente – Inteligência e aplicação do art. 360 do CPP” (STF, RT 693/423, Rel. o Min. Celso de Mello); “Citação – Réu preso – Prescindibilidade – Hipótese em que suficiente sua requisição para o interrogatório – Comparecimento que, ainda que não espontâneo, dá convalescimento ao processo – Nulidade, portanto, inexistente, tanto mais não invocada no momento oportuno – Aplicação dos arts. 185 e 188 do CPP” (STF, RT 641/383, Rel. o Min. Célio Borja).

society” (David J. Bodenhamer. *Fair trial – rights of the accused*, in *American History*. Oxford : University Press, 1992, p. 112).

nhamos um *fair trial*,¹⁰ para que essa conquista duramente batalhada ao longo da conceituação da *due process clause* não seja algo meramente formal, como aceitar-se que seu trabalho seja considerado algo absolutamente despidendo? De fato, segundo a jurisprudência, a presença do defensor no interrogatório judicial é dispensável,¹¹ a defesa prévia é dispensável,¹² a intimação do defensor da data da audiência que se realizará no Juízo deprecado é dispensável,¹³ as alegações finais são dispensáveis,¹⁴ a interposição de recurso

contra a sentença condenatória é dispensável,¹⁵ as razões de recurso são dispensáveis,¹⁶ as contra-razões do recurso são dispensáveis,¹⁷ os embargos infringentes são dispensáveis,¹⁸ a atuação em revisão cri-

(10) Cf. CF/88, art. 133: "O advogado é indispensável à administração da justiça ...".

(11) "Réu preso - Interrogatório - Dispensa de advogado ou defensor - Ato pessoal do Juiz - Não sujeição ao princípio do contraditório - Recurso improvido" (STJ, RT 721/534, Rel. o Min. Anselmo Santiago).

(12) "Advogado - Defensor dativo - Defesa prévia não oferecida - Cerceamento de defesa inocorrente - Réu que ao ser interrogado declara não ter testemunhas a arrolar - *Habeas Corpus* indeferido - Declarações de votos vencedores e vencidos" (STF, RT 695/408, Rel. o Min. Ilmar Galvão).

(13) "Prova criminal - Testemunha - Inquirição por precatória - Falta de intimação do advogado do réu em relação à sua expedição - Nulidade relativa - Falta de demonstração oportuna de prejuízo - Carta com prazo fixado para seu cumprimento - Admissibilidade - Faculdade conferida ao juiz pelo art. 222 do CPP - Cerceamento de defesa inexistente - Preliminares repelidas" (TARS, RT 614/364, Rel. o Juiz Nilo Wolff); "Prova - Testemunhas de acusação e de defesa - Oitiva no juízo deprecado sem a presença do advogado - Irrelevância - Intimação do causídico da expedição da competente carta precatória - Inexistência de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa - Nomeação, ademais, de defensor *ad hoc*, que supre a ausência" (STJ, RT 716/517, Rel. o Min. Fláquer Scartezini).

(14) "Processo crime - Nulidade - Falta de razões finais - Alegação por advogado constituído do réu, intimado para tanto - Inadmissibilidade - *Habeas Corpus* denegado - Inteligência do art. 565 do CPP" (TARS, RT 596/408,

Rel. o Juiz Pedro Henrique Rodrigues); "Processo - Alegação de falta de intimação da defesa para o oferecimento de razões finais - Hipótese repelida, não só houve a cientificação, bem como a retirada dos autos de Cartório - Ademais, falta de razões finais não constituem nulidade insanável - Nulidade repelida" (TJSP, RT 683/305, Rel. o Des. Dante Busana).

(15) "Advogado - Defensor dativo - Apelação não interposta da sentença condenatória pelo causídico pessoalmente intimado - Irrelevância - Voluntariedade do recurso que o desobriga" (TACrimSP, RT 650/284, Rel. o Juiz Haroldo Luz); "Advogado - Defensor dativo - Apelação não interposta da sentença condenatória - Inexistência do dever de apelar, pelo princípio da disponibilidade - Ressalva dos princípios gerais do processo somente se evidenciado prejuízo ao réu" (STJ, RT 676/362, Rel. o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

(16) "Apelação - Razões recursais não apresentadas - Conhecimento integral da matéria devolvido à superior instância - Circunstância em que é resguardado o direito ao exame da distinção entre a prescrição da pretensão punitiva e a executória - Aplicação do princípio da ampla defesa - Inteligência do art. 601 do CPP" (TARS, RT 678/369, Rel. o Juiz Luiz Gonzaga Hofmeister); "Apelação - Interposição pelo réu - Devolução de toda a matéria a reexame - Conhecimento, inobstante não apresentadas as razões do inconformismo - Violação ao princípio da ampla defesa não caracterizado" (TACrimSP, RT 676/309, Rel. o Juiz Almeida Braga).

(17) "Apelação - Falta de razões e contra-razões ao recurso do Ministério Público - Nulidade - Inocorrência" (STF, RT 730/442, Rel. o Min. Moreira Alves).

(18) "Advogado - Defensor dativo - Embargos infringentes não interpostos da decisão condenatória - Recurso voluntário, e não obrigatório - Independência da atuação do defensor - Cerceamento de defesa inexistente - *Habeas Corpus* indeferido" (STF, RT 629/383, Rel. o Min. Octávio Gallotti); "Advoga-

minal é dispensável.¹⁹ E isso porque a Constituição diz que o Advogado é indispensável. Imagine-se se ela dissesse ser ele dispensável!

Se a Constituição Federal assegura aos acusados o direito a uma defesa ampla, como entender-se que isso seja ladeado com a utilização de evidentes sofismas?²⁰ De fato, ou algo é amplo ou é restrito. Uma mesa é larga ou é estreita. O contrário de mesa larga não é, até onde o bom senso permite afirmar, mesa inexistente. Logo, o contrário de defesa ampla é defesa restrita, reduzida, parca, escassa. Se a Constituição Federal exige que a defesa seja ampla, pena de nulidade, tem-se que – a menos que se revoguem os dicionários – uma defesa escassa, parca, reduzida, restrita implicará na nulidade do processo. Contrapor amplo a existente é escamotear a garantia constitucional. O mesmo se diga daquela incrível exigência: prova de prejuízo. Acaso a restrição da liberdade não significa prejuízo? A simples quebra da

primariedade não é prejuízo? Exige-se comprovar o que já está comprovado.

Eis a clara diferença entre a teoria e a prática, pois se um Juiz se recusa a cumprir um preceito constitucional, com que autoridade moral exigirá dos jurisdicionados que cumpram algo bem menos relevante, como uma lei, um decreto ou uma portaria?

Os votos que se acabaram de ler mostram bem o que aqui se pretendeu dizer: a visão de três ilustres Ministros de nossa Suprema Corte sobre algo tão fundamental como é a liberdade humana, feita a partir de uma postura ideológica, mercê da qual se reconhece maior ou menor poder ao Estado, representado pelo Ministério Público. Cada um mostra-se ativista à sua maneira.

Talvez fosse dispensável salientar que, no caso presente, o Ministério Público, *custos legis*, havia opinado pela concessão da ordem, que seria denegada se prevalecesse o voto do ilustre Ministro relator.

do – Defesa deficiente – Profissional que atua eficientemente em todos os atos do processo – Não apresentação de embargos infringentes não é molde a caracterizar a deficiência alegada – Tendo decorrido o prazo para sua interposição não pode ele ser reaberto para o novo defensor – *Habeas Corpus* indeferido” (STF, RT 719/536, Rel. o Min. Sydney Sanches).

(19) “Revisão – Capacidade postulatória do réu – Prescindibilidade do advogado” (STF, RT 731/523, Rel. o Min. Carlos Velloso); “Revisão criminal – Interposição pelo próprio interessado – Admissibilidade – Indispensabilidade da intervenção do advogado que traduz princípio de índole constitucional não absolu-

to – Art. 133 da CF que se acha condicionado pelos limites impostos pela lei consoante estabelecido pelo próprio ordenamento constitucional – Constitucionalização deste princípio que não modificou a sua noção, não ampliou o seu alcance e nem tornou compulsória a intervenção do advogado em todos os processos – Legítima, portanto, a outorga por lei em hipóteses excepcionais do *jus postulandi* a qualquer pessoa” (STF, RT 699/407, Rel. o Min. Celso de Mello).

(20) “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (STF, Súmula 523).