

POR QUE OS PRESOS NO ESTADO DE SÃO PAULO NÃO VOTAM? CONCLUSÕES SOBRE A MESA DE ESTUDOS E DEBATES

Eleonora Rangel Nacif

No dia 2 de outubro de 2008, três dias antes do primeiro turno das eleições municipais, o IBCCRIM realizou a **Mesa de Estudos e Debates** sobre “*Por que os presos no Estado de São Paulo não votam?*”. Estavam presentes os palestrantes **Sônia Regina Arrojo e Drigo** e **Luiz Carlos Gonçalves dos Santos**, sendo presidente da mesa o dr. **Cristiano Avila Maronna**. O terceiro palestrante, dr. **Waldir Sebastião Nuevo de Campos Junior**, juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, não compareceu, justificadamente.

O debate trazido pelos palestrantes na **Mesa de Estudos e Debates** não enfocou um posicionamento favorável ou desfavorável sobre a implementação do voto dos presos provisórios, uma vez que houve uma convergência de opiniões neste sentido. O que se discutiu foram caminhos para que possam ser finalmente garantidos os preceitos constitucionais que já garantem este direito aos presos provisórios.

A dra. **Sônia Regina Arrojo e Drigo** ressaltou que nos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Maranhão, Paraíba, Sergipe, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Rio Grande do Norte, já há notícias de que presos provisórios têm seu direito ao voto garantido. Foi destacado o bem-sucedido exemplo do Rio Grande do Sul, o qual deveria ser seguido pelo Estado de São Paulo.

Segundo ela, negar aos 145.096 presos provisórios a garantia ao voto é negar a garantia constitucional da presunção da inocência, sendo que, desde 2002, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo alterna as dificuldades para justificar a não implementação.

Por sua vez, o representante do Ministério Público Eleitoral, dr. **Luiz Carlos Gonçalves dos Santos**, apresentou as difi-

culdades enfrentadas para que seja efetivada uma inclusão eleitoral no Estado de São Paulo. Em um contexto mais amplo, destacou que os presos provisórios são apenas uma parte de um segmento de pessoas que têm seu direito ao voto desrespeitado, a exemplo dos portadores de deficiência. Segundo ele, após 20 anos de vigência da Constituição Cidadã, a situação atual é “vergonhosa”, tendo em vista a grande quantidade de direitos individuais desrespeitados.

Finalmente, para que haja efetivamente a inclusão eleitoral do preso provisório, houve um consenso no sentido de: consultar o TSE para tornar efetivo o direito ao voto do preso provisório; proceder reclamação ao TSE por desrespeito à sua resolução nº 20.997/2002, que cuida do assunto; realizar “Termo de Ajuste de Conduta” com o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, por ter atuação adminis-

trativa e não judicial; aguardar o resultado de ação da Defensoria Pública, já em andamento; comprometeu-se o representante do Ministério Público Eleitoral a entrar com uma representação junto ao TRE paulista em janeiro de 2009, para que o prazo de 150 dias anteriores às eleições não seja um óbice para a não implementação por parte do Tribunal; em caso de insucesso da representação, será ajuizada arguição de descumprimento de preceito fundamental junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tudo isso na esperança de que, no pleito de 2010, possamos comemorar a efetivação da implementação do direito ao voto constitucionalmente assegurado aos presos provisórios.

Eleonora Rangel Nacif
Advogada criminalista



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

1º VICE-PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

2º VICE-PRESIDENTE: Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO: Carlos Alberto Pires Mendes

2º SECRETÁRIA: Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRA: Sílvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

Carlos Vico Mañas

Marcio Bártoli

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maurício Zanoide de Moraes

Tatiana Viggiani Bicudo

COORDENADORES-CHEFES:

BIBLIOTECA: Ivan Luis Marques da Silva

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Avila Maronna

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

NÚCLEO DE PESQUISAS: Sérgio Mazina Martins (interino)

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM junto ao Olapoc:

Flávia D'Urso,

Glauber Callegari

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Juliana Garcia Belloque

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

CONVÊNIO: André Augusto Mendes Machado

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: Rafael S. Lira

HISTÓRIA: Roberto Maurício Genofre

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Renata Flores Tiberiçá

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vitto

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Andrei Koemer

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

MOROSIDADE E POBREZA NA JUSTIÇA PENAL

Fábio Wellington Ataíde Alves

No dia 14/07/2008, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro **Gilmar Mendes**, disse em entrevista que “*muitas vezes o tribunal tem recebimento*” (sic) *habeas corpus até em papel de pão*”⁽¹⁾, numa tentativa de demonstrar que a Suprema Corte não se presta apenas para soltar em-presários ricos.

Uma Justiça que recebe *habeas corpus* em *papel de embrulhar pão* não pode ser dita que, por isso, é acessível. O réu que impetra *habeas corpus* usando tais meios o faz não porque o Judiciário é eficiente na proteção de direitos, mas porque a assistência jurídica ainda continua sendo inacessível ou inexistente para muitos brasileiros. Isto é indubitável. Em São Paulo, a OAB suspendeu convênio com a Defensoria Pública e assim deixou de fazer atendimentos gratuitos a pessoas carentes. Noutras cidades do país, o serviço de Defensoria Pública ainda não funciona adequadamente e o papel da assistência jurídica segue sendo cumprido por advogados particulares.

Não obstante a sua inércia, o Estado almeja resolver a morosidade no Judiciário apenas sob a ótica do juiz. É exemplo frisante disso o texto do art. 428, CPP, que pretende solucionar o congestionamento de processos do Júri simplesmente decretando o desaforamento em razão do comprovado excesso de serviço, sem que se tenha efetivamente o tratamento das causas que levam ao excesso, preferindo o legislador romper seriamente o princípio da identidade física do juiz natural da causa, mesmo quando para a demora não tenham concorrido qualquer das partes, sendo a falta exclusivamente do Estado-Administração.

A Câmara de Deputado também estuda o Projeto de Lei n. 3.375/08, do deputado **Luciano Castro** (PR-RR), que visa dar prioridade à tramitação dos processos de competência do Tribunal do Júri. Segundo a Proposta, os processos serão “prioritários, em qualquer instância de julgamento”, responsabilizando penal e administrativamente o juiz e o Ministério Público pela sua procrastinação.

A morosidade no Judiciário não se resolve como se fosse um problema de fila de banco. Não será apenas convocando um juiz substituto que solucionaremos esta questão. E quando o juiz substituto ultrapassar o prazo? Chamam o substituto do substituto? E se o juiz substituto já possuir processos com excesso de prazo? Como visto, não é assim que se decide a questão da morosidade.

Por outro lado, não esqueçamos a existência de Varas que simplesmente estão sem

juízes e promotores titulares ou sem o número adequado de servidores. Em épocas de eleições, por exemplo, os juízes simplesmente precisam dar prioridade às questões eleitorais, muitas vezes em detrimento de outras ações.

Não se amplia a produção dos juízes sem discutir a capacidade de produção do Judiciário. A produção no Judiciário também não prescinde da análise dos casos de excesso de demanda em muitas Varas. Todavia, leis e mais leis surgem cobrando produtividade judicial, mas não asseguram o aumento da capacidade produtiva do Judiciário e tampouco garantem a eficácia das leis que já existem. Muitos juízes não possuem a capacidade de produzir satisfatoriamente, de acordo com que se espera deles, porque, em muitos casos, o motivo se dá por razões da falta de capacidade de produção do aparato jurisdicional do Estado.

Sem aumentar a capacidade de produtividade do Judiciário, não há produtividade do juiz. Uma coisa é morosidade “no” Judiciário e outra é a morosidade “do” Judiciário, o que não se confunde, além disso, com a morosidade do próprio juiz. Com efeito, a morosidade “no” Judiciário não é só “do” Judiciário.

Porém, precisamos ter cuidado para não resolver a questão da morosidade por meio do empobrecimento do aparato jurisdicional. O processo do Estado Democrático não se prende fatalmente à inércia do Estado para com a assistência jurídica. Cabe ao juiz superar este obstáculo sendo ele próprio o agente garantidor dos direitos individuais, sem que isto implique quebra da imparcialidade, mas que signifique uma nova postura ética. Portanto, é da essência do processo o contraditório efetivo, sem o qual descabe reconhecer o acesso à justiça penal. Nessa busca pelos direitos substantivos fundamentais, impõe-se reformular o conceito unitário de Justiça. Ainda cabe espaço para a construção de uma malha de Justiça Social que extrapole o próprio Judiciário.

Diante desse desafio, os Juizados Especiais podem cumprir, adequadamente, uma função garantista e acessível, mas não devemos esperar deles uma justiça amesquinhada, na qual as partes peticionam sem assistência jurídica e se vêem muitas vezes obrigadas a negociar direitos certos em troca da compensações financeiras infames. A terceira onda não dá expressão a uma Justiça pobre para os pobres, mas sim viável aos pobres⁽²⁾. Em relação aos Juizados em Geral — incluindo aqui os da Violência Doméstica e os da Infância e Juventude —, o perigo sempre será torná-los uma Justi-

ça para pobres ou uma representação mal-acabada do modelo judiciário tradicional, destinado, exclusivamente, ao controle da massa social.

Nas ondas de acesso, o Estado brasileiro preferiu adiar o estágio da assistência jurídica, como se fosse possível alinhar a implementação dos passos seguintes sem o seu acatamento. Em qualquer que seja o processo, civil ou penal, descabe conversar sobre efetividade sem o cumprimento de uma condição mínima à existência da igualdade material, ou seja, nomeadamente, sem a execução pelo Estado de um programa de assistência jurídica efetiva.

Não devemos nos orgulhar de chegar onde estamos. Na era da informática, ainda continuamos com uma justiça que recebe petições em papel de pão. Por que ainda não instalamos plantões de defensores nas penitenciárias? E o que dizer a respeito de terminais eletrônicos pelos quais os presos poderiam interpor *habeas corpus* diretamente ao juiz plantonista a qualquer hora do dia? Continuamos com uma Justiça pobre, mantendo um sistema de gratuidade judiciária cível que tanto beneficia ricos e pobres, dispensando o pagamento de custas por meio de simples declaração (Lei 1.060/50, art. 4º), mesmo quando a capacidade contributiva denuncia o contrário.

Assim sendo, a análise da questão da morosidade também perpassa pela morosidade de tantos outros agentes e outras causas que estão relacionadas com a pobreza *da* e *na* Justiça. De fato, como expõe **Rabenhorst**, ainda há hoje em dia uma cínica preocupação com a atenuação indireta da pobreza, mas não existe uma manifesta vontade de eliminá-la, o que deixa transparecer a falsa impressão de que a pobreza não pertence ao mundo dos Direitos Humanos⁽³⁾. A eficácia dos direitos não se mede pela capacidade de o Judiciário receber petições acabrunhadas em papel de pão, porque a nenhum país democrático se espera para os pobres uma justiça pobre.

NOTAS

- (1) Disponível em <http://g1.globo.com>. Acesso em 16/7/2008.
- (2) Cf. **CAPPELLETTI, Mauro**; **GARTH, Bryant**. *Acesso à Justiça*. Trad. **Ellen Gracie Northfleet**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 165.
- (3) **RABENHORST, Eduardo Ramalho**. “A Pobreza no Direito e a Pobreza do Direito”, *Direito e Liberdade*. Mossoró, ano 2, n. 1, v. 4, p. 63-71, jul-dez/2006, p. 67.

Fábio Wellington Ataíde Alves

Juiz de Direito em Mossoró/RN, especialista e mestre em Direito



EDITAL DE CONVOCAÇÃO

São convocados os associados do **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM**, a se reunirem em **Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária**, a realizar-se em 11 de dezembro de 2008, às 10:00 horas, em primeira convocação se houver *quorum* estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação com qualquer número de associados, na sede social do Instituto, na Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, Centro, São Paulo/SP, a fim de deliberarem sobre a seguinte **Ordem do Dia**:

1. Eleição da Diretoria Executiva e do Conselho Consultivo, gestão 2009-2010;
2. Aprovação de contas referentes ao ano fiscal de 2008;
3. Apresentação e aprovação de relatório de atividades desenvolvidas no ano de 2008;
4. Apresentação de propostas de atividades a serem desenvolvidas em 2009;
5. Deliberação sobre a mensalidade para 2009;
6. Deliberação sobre outros assuntos de interesse do Instituto;
7. Reforma estatutária.

Alberto Silva Franco
Presidente

PARTICIPE POR ACREDITAR

FÓRUM ON-LINE IBCCRIM

Em 2008, o Fórum *on-line* IBCCRIM tem programação até o dia 10 de dezembro. Em janeiro de 2009 divulgaremos a nova grade. Veja, abaixo, a programação para os últimos encontros deste ano e participe!

Dia 03 de dezembro de 2008: Olga Espinoza (mestre em Direito Penal pela USP; advogada criminal; consultora em tema de Direitos Humanos Penitenciários para a Fundação Ford e para o Banco Interamericano; pesquisadora universitária na França e no Brasil; colaboradora do IBCCRIM no Chile e autora da Monografia nº 31 do IBCCRIM).
Conversando sobre: *“Reinserção social: Dificuldades”*.

Dia 10 de dezembro de 2008: David Teixeira de Azevedo (professor doutor do Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e advogado criminalista).
Conversando sobre: *“Crimes Tributários: aspectos controversos”*.

LEMBRE-SE: QUARTA-FEIRA, SEMPRE ÀS ONZE, É O FÓRUM QUE VAI ATÉ VOCÊ.

9 DE JANEIRO A 18 DE ABRIL DE 2009 - CURSOS DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU – COIMBRA / PT

Inscrições até: 20 de Dezembro de 2008

Período das aulas: 09 de Janeiro a 18 de Abril de 2009

Horários das aulas: Sábados das 10h às 13h e das 14:30h às 17:30h

Carga horária: 85 horas/aula

Informações: <http://www.fd.uc.pt/idpee/> ou (+351) 239 823331 ou (+351) 239 705242.



COORDENADORES REGIONAIS:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

2ª REGIÃO (AC, AM e RR):

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e AL):

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e SE):

Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):

Márcio Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

Ricardo Guinalz

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Carina Quito

COORDENADORES ADJUNTOS:

Andre Pires de Andrade Kehdi,
Caroline Braun, Cecília Tripodi,
Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana
e Renato Stanzola Vieira

“A relação completa dos colaboradores do **Boletim do IBCCRIM** encontra-se em nosso *site*.”

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas

Tel./Fax (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativa/M - Tel. (11) 3340-3344

“O **Boletim do IBCCRIM** circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas.”

“As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto.”

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Administrativo Financeiro	2
Comunicação e Eventos	3
Biblioteca	4
Diretoria/Presidência	5
Internet	6
Secretaria	7
Núcleo de Pesquisas	8
www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e	
boletim@ibccrim.org.br	

CIÊNCIAS CRIMINAIS: A UNIÃO INDISSOLÚVEL NOS CAMPOS LEGISLATIVO E PRÁTICO

Guilherme de Souza Nucci

As ciências criminais possuem um cenário próprio e peculiar para o seu aprimoramento científico, bem como para o aperfeiçoamento legislativo integrado e sistematizado, além de aplicação uníssona. Os princípios constitucionais norteadores do Direito Penal e do Processo Penal encontram-se, em grande parte, previstos como direitos e garantias humanas fundamentais. Os tratados internacionais cuidam de ambas as matérias com igual zelo, cuidado e detalhamento. Por isso, não vislumbramos qualquer viabilidade prática, lógica ou funcional para desuni-las.

O devido processo legal tem conteúdo dúplice, envolvendo tanto horizontes penais quanto processuais penais. O princípio da legalidade ou da reserva legal (não há crime ou pena sem prévia cominação legal) insere-se no consagrado princípio do devido processo legal tanto quanto os princípios da ampla defesa e do contraditório. Um processo criminal somente pode atingir bom termo caso sejam respeitados, concomitantemente, os princípios básicos, mormente os constitucionais, do Direito Penal e do Processo Penal.

Apartá-los, no plano científico, soa-nos medida arriscada, pois a perda de elementos substanciais e relevantes do Direito Penal pode concretizar-se, caso o Processo Penal perfilhe aproximação com o Processo Civil. Do mesmo modo, não se pode tolerar que o Direito Penal volte os olhos ao Direito Administrativo, abandonando regras básicas de defesa e contraditório, justamente para facilitar a instrução e permitir, de maneira célere, a aplicação de eventual punição.

Separá-los, no plano prático-forense, representa-nos postura desvinculada do plano garantista, logo, desatada do status constitucional há muito procurado pelos operadores do Direito, em sua maioria.

Alguns exemplos são propícios. A Lei 11.689/08 brindou-nos com modificações convenientes e modernas quanto ao procedimento do Tribunal do Júri e sua organização. Dentre elas, buscou facilitar a elaboração dos quesitos, porém, ansiando a facilidade, terminou por renegar o aspecto penal de alguns importantes pontos. O art. 483 do Código de Processo Penal não prevê, em momento algum, a inclusão de quesito específico relativo ao excesso culposo, quando alegada qualquer excludente de ilicitude pela defesa. É certo que, acolhida a tese defensiva, será o réu absolvido. Porém, se os jurados entenderem que houve excess-

so (ausência de moderação, por exemplo) e desejarem firmar o entendimento de que tal excesso foi culposo, a cumprir literalmente o disposto pelo art. 483, seria impossível. Logo, cabe ao magistrado determinar a inserção do quesito específico, indagando se o excesso, porventura existente — porque negado o quesito “o jurado absolve o acusado?” — foi culposo. Assim fazendo, permitirá a aplicação do art. 23, parágrafo único, do Código Penal. Disciplina esta norma que todas as excludentes de ilicitude comportam a discussão acerca do excesso doloso ou culposo. Em hipótese alguma, em nome da celeridade, simplificação ou qualquer outra motivação para a economia processual, pode-se, concomitantemente, ferir a plenitude de defesa e o Código Penal. A matéria processual, consubstanciada no método para a elaboração do questionário no júri, não tem o condão de reformular, por via oblíqua, o disposto em norma penal. O Processo Penal não tem nenhum sentido sem o respeito às normas e princípios penais. O processo criminal não vale por si mesmo, não tem fim útil próprio, nem mesmo objetivo isolado. A aplicação da lei penal é o seu escopo e sobre tal meta deve ser estruturado.

Outra importante ilustração deve ser extraída do valoroso momento do interrogatório. O art. 187 do Código de Processo Penal disciplina o conteúdo das perguntas que o magistrado deve dirigir ao réu, caso este deseje responder. Muitas delas cuidam de assunto tipicamente processual, *v.g.*, “*onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta*” (art. 187, § 2º, III). Outras, no entanto, possuem conteúdo material nítido: “*meios de vida ou profissão*”, “*oportunidades sociais*”, “*vida pregressa*”, “*outros dados familiares e sociais*” (art. 187, § 1º). Tais indagações não têm o objetivo de sanar qualquer curiosidade do magistrado ou das partes, mas o de esclarecer (ou ajudar a fazê-lo) quem é a pessoa em julgamento, vale dizer, qual é o cenário onde estão inseridas a personalidade, a conduta social, os antecedentes, os motivos, as circunstâncias do crime, o comportamento da vítima, em suma, os relevantes elementos do art. 59 do Código Penal, estrutura fundamental para a construção da pena-base. O magistrado preocupado com os aspectos penais de eventual futura sentença condenatória deve servir-se do ato processual do interrogatório para iniciar a sua coleta de dados, que lhe serão úteis para alicerçar a decisão. Não importa saber, por

exemplo, quais foram as oportunidades sociais que o acusado teve na vida se inexisterem provas para condená-lo. Deve ser absolvido e ponto. Porém, caso seja condenado, a fixação da pena precisa observar os postulados colhidos na instrução. O horizonte penal norteia a visão procedimental. Sem o processo, sem dúvida, inviabiliza-se qualquer condenação. Porém, sem a visão do instituto penal a ser aplicado, realiza-se uma instrução insatisfatória e deficiente.

Outro dado importante cinge-se ao conteúdo do art. 395 do Código de Processo Penal. Não estando presentes as condições da ação ou constatada a falta de justa causa para a ação penal, naturalmente, deve-se rejeitar a denúncia ou queixa. Exemplo disso será o fato atípico. Por óbvio, ninguém pode ser processado por algo que, nem mesmo em tese, é crime. Cabe ao juiz rejeitar a denúncia ou queixa. Nem se pode falar em recebimento da peça acusatória para posterior absolvição, pois, nessa situação, já teria havido o constrangimento ilegal de se submeter uma pessoa a um processo-crime sem qualquer base legal e muito menos constitucional. Explorar, portanto, os elementos do crime, em prisma analítico, fornece um espectro favorável ao magistrado para receber ou rejeitar a peça acusatória. Conhecer os meandros das excludentes de ilicitude e de culpabilidade permite ao juiz avaliar a pertinência de admitir o ajuizamento da ação penal, determinando a citação (ou mesmo a mera notificação, conforme o caso) do réu e, conseqüentemente, a sua movimentação para provar a inocência. Rejeitar a peça acusatória quando os elementos do crime estão ausentes é dever do magistrado. Para tanto, ele deve unir seus conhecimentos de Direito Penal ao seu particular zelo com o Processo Penal, tomando a medida justa e adequada.

Inexiste, ainda, qualquer hipótese legítima para se admitir no processo penal a extinção do feito, sem julgamento de mérito, como ocorre no processo civil. No cenário penal, ninguém poderá ser processado duas vezes pelo mesmo fato. Associando-se tal garantia individual ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, bem como à sua indisponibilidade, uma vez ajuizada, outra não pode ser a solução que não o conhecimento e a resolução do mérito da demanda. Inviável seria extinguir o processo criminal, por exemplo, por carência superveniente (constatação de ausência de condição para o exercício da ação, desde que se confundisse com o mérito, como a ausência de qualquer dos elemen-

tos do crime), possibilitando-se que o órgão acusatório reingresse, no futuro, com novo pedido. O art. 267 do Código de Processo Civil não tem aplicabilidade no âmbito penal. Dessa forma, constatada a carência superveniente, conforme o estágio do processo, pode (e deve) o magistrado julgar e absolver o réu. Cessa, pois, a possibilidade de reingresso em juízo. Lembremos, ademais, que a impronúncia é decisão terminativa, colocando fim ao processo, sem julgamento de mérito, permitindo-se o ajuizamento de nova ação penal, caso surjam outras provas. Trata-se, em nosso entendimento, de decisão anômala e lesiva aos interesses do Estado Democrático de Direito. O correto seria a absolvição e o encerramento da questão definitivamente. Arranha, sem dúvida, a garantia de que ninguém será duas vezes processado pelo mesmo fato. Merece revisão legislativa a norma permissiva do art. 414, parágrafo único, do CPP.

Incompreensível seria no processo penal, diversamente do que ocorre no processo civil, qualquer hipótese de reconhecimento do pedido, implicando em julgamento de mérito, acolhendo-se o pleito do autor. Os direitos que estão em jogo no processo penal não se coadunam com a disponibilidade, pois tratam da liberdade do indivíduo. Nos mesmos moldes, temos sustentado inexistir no processo penal o efeito denominado revelia. Quando o acusado, citado, deixa de se apresentar ou contratar advogado, em verdade, ausenta-se, mas não sofre, nem pode sofrer, qualquer represália, qualquer nociva consequência de seu ato. Cuida-se de um direito, logo, seria inadequada a promoção, por exemplo, do julgamento antecipado da lide, nos parâmetros idealizados pelo art. 330, II, do CPC.

Outra situação peculiar diz respeito à disposição do art. 330, I, do Código de Processo Civil, indicando poder o magistrado conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença, “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”. Essa alternativa é praticamente impossível ao juiz criminal. Não há, como regra, questões somente de direito em matéria penal. Eventualmente, casos ligados à extinção da punibilidade podem concentrar-se em questões de direito (prescrição, anistia, indulto). Ainda assim, conforme a situação concreta, dependeria de prova (ex.: o indulto condicionado, cuja aceitação somente ocorre com a verificação fática da condição imposta). No mais, partindo-se da tradicional necessidade do Direito Penal, a demandar atenção do Processo Penal, da verificação da tipicidade, subsumindo-se o fato ao modelo abstrato do modelo incriminador, tal juízo só terá condições de se perfazer, validamente, na

imensa maioria dos casos, pela produção de provas, desprezando-se, por óbvio, o que foi captado na fase da investigação policial, sob o crivo inquisitivo. Pode ser simples, em relação à colheita de provas, constatar se alguém pagou ou não uma dívida, bem como se é válido ou não um determinado contrato; porém, inexiste a referida singeleza para se verificar a culpa de alguém que tenha furtado, matado ou violentado outra pessoa. Basta analisar os feitos cíveis em contraste com os criminais e ponderar a indispensabilidade da produção de provas no cenário penal.

O princípio do duplo grau de jurisdição é, sob a ótica penal, uma garantia humana fundamental, o que não ocorre no cenário civil. O mesmo se diga do consagrado princípio da busca da verdade real, afirmado e reafirmado pela jurisprudência brasileira em todos os níveis. Não se pode equipará-lo ao contexto civil, uma vez que, na prática forense, os magistrados, com razão, não buscam a prova com o mesmo interesse do juiz criminal. Tal medida é lógica e justificável, uma vez que, no contexto penal, como já mencionado, lida-se com o direito à liberdade, em último grau, mas, na esfera civil, pode-se julgar meras questões patrimoniais, disponíveis por certo. Aliás, a ausência de contestação, no cível, autoriza o magistrado a considerar verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (art. 319, *caput*, CPC). Pura presunção, que pode, por óbvio, estar distante da realidade. É certo poder o magistrado, ainda assim, determinar a produção de alguma prova. Porém, basta constatar a realidade: quantos o fazem em face da revelia do réu no cível? O mesmo não ocorre no processo criminal e a instrução deve dar-se de qualquer forma, com uma defesa atuante e eficaz, sob pena de o juiz declarar o acusado, ainda que ausente, indefeso, nomeando-lhe outro defensor.

Outro ponto inquestionável é o fato de se admitir, no processo civil, o ajuizamento de ações temerárias, sem qualquer prova pré-constituída, sem lastro documental mínimo a acompanhar a inicial. Basta uma petição, contendo alegações, cercada da procuração outorgada pelo autor ao seu advogado e recebe-se o “cite-se”, desde que haja regularidade formal. No processo penal, para se demonstrar a adequação do fato ao tipo penal,

base do pedido condenatório formulado pela acusação, exige-se razoável quantidade de prova antecipada, consubstanciada, quase sempre, pelo inquérito policial. O juiz deve rejeitar a denúncia ou queixa se não vislumbrar tipicidade (art. 395, II e III, CPP). Nem

Em matéria criminal, a indisponibilidade dos valores prevalece; o relevo dos direitos e garantias fundamentais é a pedra de toque dos processos; a celeridade ou a rapidez devem ser deslocadas para o segundo plano, caso firam, ainda que singelamente, direitos de defesa do indivíduo; o processo civil pode servir de fonte ao processo penal, desde que o campo penal seja fielmente respeitado.

mesmo se cogita a hipótese de determinar a citação (ou notificação, conforme o caso) do acusado para responder aos termos da inicial. Encerra-se o recém inaugurado processo, sem o aperfeiçoamento da relação. Caso o magistrado receba a denúncia ou queixa, sem lastro probatório mínimo, constitui cenário de constrangimento ilegal, passível de

amparo pela via do *habeas corpus*. Ressalte-se, inclusive, que ninguém tem interesse em propor mandado de segurança, *v.g.*, para trancar ação civil, recebida injustificadamente. Não se trata do mesmo grau de constrangimento que ocorre na órbita penal.

As disparidades entre o processo penal e o processo civil são inúmeras. Acima expusemos, em nossa visão, alguns pontos apenas. Por isso, as reformas legislativas no âmbito do Processo Penal precisam voltar-se ao contexto Penal, valorando o que está, autenticamente, em jogo e jamais buscando a aceleração, a qualquer custo, do procedimento, em função exclusiva da economia processual. Economia pode ser inimiga letal da liberdade. Entre ambos, não nos parece deva haver qualquer opção que não seja pela última.

Não se trata de vincular o direito material ao processual unicamente para fins de aplicação prática, mas para instruir a visão do estudioso e do operador do Direito. Em matéria criminal, a indisponibilidade dos valores prevalece; o relevo dos direitos e garantias fundamentais é a pedra de toque dos processos; a celeridade ou a rapidez devem ser deslocadas para o segundo plano, caso firam, ainda que singelamente, direitos de defesa do indivíduo; o processo civil pode servir de fonte ao processo penal, desde que o campo penal seja fielmente respeitado. As ciências criminais caminham irmanadas e assim devem ser aplicadas.

Guilherme de Souza Nucci

Livre-docente em Direito Penal pela PUC-SP, doutor e mestre em Processo Penal pela PUC-SP, professor dos cursos de graduação e pós-graduação na PUC-SP e magistrado em São Paulo

EM DEFESA DA LEI DE RESPONSABILIDADE POLÍTICO-CRIMINAL*

Salo de Carvalho

"The object of penal reformers should be not to reform the prison system, but to abolish it."
(Fenner Brockway, 1926)

O Problema

1. Na atual situação político-criminal de ampliação superlativa da criminalização, parece não haver possibilidade outra senão radicalizar o discurso na defesa de significativa mudança do cenário de encarceramento.

O projeto, no plano criminológico e político-criminal, inexoravelmente deve estar vinculado à hipótese de estabelecer verdadeira moratória no processo de construção de novos presídios ou de novas vagas prisionais e, sobretudo, de efetiva modificação dos critérios legais e judiciais que fomentam o aprisionamento em massa.

Lógico que ações neste nível não podem prescindir de verdadeira alteração na cultura punitivista na qual as sociedades de controle contemporâneas estão submersas. No entanto, algumas ranhuras são possíveis e podem atuar como instrumentos efetivos de redução de danos.

Lei de Responsabilidade e Estudo de Impacto Político-Criminal

2. Problema patológico das reformas penais (Direito Penal, Processo Penal e Execução Penal) no Brasil e em grande parte dos países ocidentais de tradição romano-germânica é o da *absoluta ausência de estudo prévio dos seus efeitos*. Notadamente nos casos de normas penais que direta ou indiretamente ampliam hipóteses de incriminação.

Invariavelmente as reformas ocorrem a partir de dois eixos centrais: (a) projetos para responder casos emergenciais (*v.g.* Lei dos Crimes Hediondos) ou (b) projetos baseados em sistemas dogmáticos idealizados por notáveis (*v.g.* Lei dos Juizados Especiais Criminais, reformas parciais do Código de Processo Penal).

No primeiro caso, o Legislativo, imerso em questões pontuais, realiza alterações/ inovações com objetivo de responder contingencialmente casos de grande repercussão. Nestes casos as leis normalmente são impulsionadas pela demanda punitiva, representando, de forma ótima, o que atualmente se denomina como política criminal populista ou populismo punitivo. No segundo caso, a tendência é a elaboração de projetos com maior "coerência" em termos dogmáticos, ou seja, leis mais harmônicas com a estrutura penal e processual penal.

Em ambas as situações, porém, nota-se absoluta ausência de investigações empíricas prévias que possibilitem projetar mini-

mamente os impactos da nova lei no âmbito judicial e administrativo. Assim, a tradição legislativa brasileira tem oscilado entre o *populismo* e o *idealismo* punitivo, ou seja, entre leis penais de cunho meramente populistas e leis penais voltadas a preservação do ideal de harmonia e coerência do sistema jurídico-penal a partir de determinadas concepções dogmáticas e/ou político-criminais. Isto quando os projetos idealistas não são atropelados, durante o debate parlamentar, pelo discurso populista, inserindo elementos estranhos aos modelos originários e retirando a pretensa coerência auferida pelos notáveis.

Ocorre que, na maioria dos casos, os textos legais provocam alterações significativas no perfil do sistema punitivo sem que tenham sido projetadas suas conseqüências. Em relação aos substitutivos penais, as Leis 9.099/95 e 9.714/98 são exemplares.

Em termos macropolíticos, portanto, importante apontar para a exigência de *Estudo Prévio de Impacto Político-Criminal* nos projetos de lei que versem sobre matéria penal, mormente daqueles criminalizadores ou diversificadores. O *Estudo Prévio de Impacto Político-Criminal* não apenas vincularia o projeto à necessidade de investigação das conseqüências da nova lei no âmbito da administração da Justiça Criminal (esferas Judiciais e Executivas), mas exigiria exposição da dotação orçamentária para sua implementação. Assim, exemplificativamente, em casos de leis com proposta de criação de novos tipos penais ou aumento de penas, seria imprescindível para aprovação do projeto, a Exposição de Motivos que apresentasse o número estimado de novos processos criminais que seriam levados a julgamento pelo Judiciário, o número de novas vagas necessárias nos estabelecimentos penais, bem como o volume e a origem dos recursos para efetiva implementação da lei.

Se a opção político-criminal dos Poderes Públicos é o aumento das penas e o recrudescimento das formas de execução, que esta escolha imponha deveres e implique responsabilidades. Note-se, que na esfera das finanças públicas, existem importantes precedentes legais, como é o caso da Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

A exigência atual de responsabilidade fiscal dos gestores públicos deve estar agregada a exigência de responsabilidade político-criminal, notadamente pelo caos que vive o sistema carcerário brasileiro. Ação planejada e transparente, prevenção de riscos e desvios para que sejam cumpridos os ditames

constitucionais e legais referentes à dignidade do réu e do condenado é o mínimo que se espera quando se tem como primeira opção o encarceramento. Do contrário, inexistente legitimidade possível na punição.

3. Não obstante a necessidade de estudo prévio do impacto das novas leis penais no sistema punitivo (Judiciário e Executivo), com a indicação dos recursos necessários para instrumentalizar o processamento e o julgamento dos casos, a ampla defesa dos acusados e a execução das penas e/ou medidas, fundamental prever sua aplicação residual (localizada), de modo a permitir análise posterior visando revisão antes da aplicação universal.

Caso interessante para que se possa dimensionar a extensão das reformas penais é o processo penal chileno.

Após a longa manutenção do sistema inquisitório, o Chile reformulou, em sentido estrito, sua legislação processual penal, e, de forma ampla, a estrutura judiciária. Em face do profundo impacto da alteração, sobretudo em razão da cultura inquisitiva que orientou o sistema penal chileno, foi estruturada reforma em distintas dimensões. A estratégia de instrumentalizar e de dar efetividade ao câmbio estrutural foi a de implementação gradual do Código com apoio na observação empírica por especialistas. Assim, a reforma inaugurada no final de 2001 iniciou-se em dois setores específicos do país, locais de menor densidade populacional. Após 14 meses foi implementada nas regiões intermediárias, atingindo apenas neste momento a região metropolitana e a capital Santiago. Ao longo do período de incorporação da reforma pelo sistema jurídico-político, projeto envolvendo as Universidades e o Centro de Estudos da Justiça das Américas designou observadores para analisar os pontos problemáticos e sugerir adequações ao longo do processo, de forma a causar os menores danos possíveis quando as modificações atingissem as áreas com maiores conflitos.

Conforme indicam **Baytelman & Duce**, ao expor as técnicas de análise dos observadores, a *"metodología radica en la observación en terreno y descripción de las prácticas cotidianas de los operadores del nuevo sistema de justicia criminal (...)"* que permitiu *"tener una imagen general del funcionamiento de la reforma, y que se basan también, en grand medida, en entrevistas en profundidad realizadas a más de 90 actores del sistema, la recopilación y análisis de diversos documentos y estudios empíricos acerca de la reforma, y la revisión de la prensa nacional y regional"* (**BAYTELMAN, Andrés & DUCE, Mauricio. Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha.** Santiago:

Universidad Diego Portales, 2003, p. 7).

O modelo de reforma gradual, com constante e ininterrupta (auto)crítica sobre o impacto das novas estruturas na vida real das pessoas as quais o sistema é dirigido (atores processuais, réus, vítimas e colaboradores), permite desenvolver práticas facilitadoras, além de envolver, através do diálogo e da escuta, os diretamente implicados, diminuindo a resistência ao novo. Outrossim, facilita detectar problemas e efeitos perversos típicos das políticas institucionais e fomenta a profissionalização dos serviços a partir de *boas práticas* administrativas.

No caso chileno, segundo os observadores, a reforma permitiu a instalação de sistema acusatório, efetivamente oral e contraditório, com gradual assunção dos novos papéis pelas instituições e com intensa capacidade de resolução dos casos.

O caso apresentado serve apenas como referência, visto a necessidade, sempre relevante, de que as leis estejam adequadas à realidade do país. Mas o modelo é paradigmático e pode trazer importantes contribuições à construção de sistema de responsabilidade político-criminal.

Paralelo à avaliação prévia à implementação geral, fundamental seja definida, na própria lei, cláusula de revisão necessária, de modo que as adaptações ocorram sem que se tenha que renovar o procedimento legislativo.

Vedação Expressa de Encarceramento

4. O art. 5º, XLVI da Constituição, determina que a lei regulará a individualização da pena e aplicará, entre outras, (a) privação ou restrição da liberdade; (b) perda de bens; (c) multa; (d) prestação social alternativa; e (e) suspensão ou interdição de direitos. Do rol constitucional referente às espécies de penas podemos extrair duas conclusões: (1ª) há previsão meramente exemplificativa, sendo, portanto, abertas possibilidades de outras sanções desde que respeitados os limites do art. 5º, XLVII; (2ª) há obrigatoriedade de resposta penal aos delitos. Sua confluência permite concluir que embora exista expressa obstrução do sistema constitucional atual ao abolicionismo, nada obsta o gradual processo de descarcerização. As penas previstas no ordenamento não apenas deslocam a centralidade da privativa de liberdade, como disciplinam que a própria privação de liberdade não implica em reclusão carcerária, apesar da histórica associação. Não por outro motivo a Lei 9.714/98, ao alterar o Código Penal, regulamentou as penas restritivas de direito e criou modalidades sancionatórias distintas da prisão (*v.g.* prestação de serviço à comunidade, prestação pecuniária, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana).

Caso exemplar é o da nova Lei de Drogas. Ao seguir o processo de diversificação

e de descentralização da prisão como norte sancionatório, no momento de regulamentar a sanção ao delito de porte (e demais modalidades de condutas) de drogas para uso pessoal (art. 28, Lei 11.343/06) inovou em algumas importantes questões, possibilitando novas compreensões sobre o binômio crime-pena.

Em primeiro lugar rompeu com o histórico vínculo entre crime e pena privativa de liberdade, fato que levou, inclusive, alguns doutrinadores mais apressados a sugerir a descriminalização da conduta. A Lei 11.343/06 inovou ao fixar diretamente no preceito secundário penas não-privativas de liberdade. A segunda alteração diz respeito à incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da pena de *admoestação* (art. 28, I), na modalidade *advertência* sobre os efeitos das drogas. Em terceiro, passo decisivo em direção à negação da centralidade do carcerário diz respeito à vedação expressa de qualquer tipo de encarceramento (cautelar ou definitivo) ao usuário de drogas (*v.g.* art. 28, §§ 2º, 3º, 4º e 6º e art. 48, § 1º).

A técnica utilizada parece ser absolutamente adequada e dimensiona estilo legislativo orientado à redução dos danos produzidos pela prisionalização e, sobretudo, ciente do alto poder de atração que exerce a prisão. Pelos resultados produzidos ao longo dos séculos passados, parece notório que as cláusulas abertas e genéricas que facultam ao Judiciário o aprisionamento são, invariavelmente, mandatos em branco que geram como resultado concreto ampliação do encarceramento.

Em decorrência deste alto poder de atração exercido pela instituição carcerária, leis que vedam expressamente sua aplicação são as ferramentas mais adequadas para sua contenção.

Considerações Extemporâneas

5. A insuficiência dos atores do direito penal e da criminologia em superar a obsessão do sistema punitivo pela pena carcerária traduz inúmeras faces dos seus discursos e de suas práticas: do gozo com os suplícios e da vontade de punição à incapacidade de propor rupturas radicais; do temor pelo novo à resignação com as lógicas punitivas. É o discurso jurídico, em particular jurídico-penal, em razão de sua tradição metafísica, acaba neutralizando as formas de enfrentamento da situação, pois, invariavelmente, remete a discussão de problemas reais ao plano dos fundamentos da punição, dos critérios de definição das penas, do grau de lesão da conduta ao bem jurídico entre outros temas extremamente caros aos teóricos da pena e do delito.

No entanto, parece fundamental repetir, as formas de resposta jurídica ao delito punível, no Brasil, na atualidade, estão distantes dos modelos idealizados e propugnados no sonho dogmático (mesmo de certa área da dogmática crítica). De maneira

similar, o quadro punitivo nacional não encontra correspondência com as motivações freqüentemente expostas nas decisões que enviam e submetem as pessoas aos cárceres — discursos de prevenção geral ou especial, perspectivas disciplinadoras ou neutralizadoras.

Ao contrário, o sistema punitivo-carcerário brasileiro contemporâneo é o exposto cotidianamente pelos meios de comunicação e pelos movimentos de defesa dos direitos humanos. A realidade da punição na estrutura jurídica brasileira constitui-se por assumir, sem pudores, a posição de que determinadas pessoas simplesmente não servem, são descartáveis, não merecem qualquer dignidade, são desprezíveis e por isso serão oficialmente abandonadas.

A inversão que se pode projetar nas práticas punitivas é a da substituição do modelo centrado no monólogo judiciário, no qual o inquisidor toma para si a capacidade de fala de todos os atores e, manipulando-os como fantoches, impõem-lhes o seu discurso. A radicalidade da cisão pressupõe sistema no qual os atores processuais tenham alta capacidade de escuta do discurso do outro, do sujeito que não perderá sua condição de cidadania em decorrência do processo de criminalização.

6. Outrossim, imprescindível que se tenha presente que as prisões que constituem o arquipélago punitivo brasileiro são efetivamente as **nostras** prisões — e não outras, idealizadas, como se percebe nos discursos punitivistas e nas construções da dogmática ascética. E esta realidade prisional da vida crua é o reflexo desta assustadora competência dos atores da política e da jurídica-criminal em sempre (e cada vez mais) ofender a dignidade das pessoas e de reduzir ao máximo sua condição humana.

O estado atual dos cárceres diz da forma como a sociedade brasileira resolveu historicamente suas questões sociais, étnicas, culturais, ou seja, pela via da exclusão, da neutralização, da anulação, da alteridade. Diz da violência hiperbólica das instituições, criadas no projeto moderno para trazer felicidade às pessoas (discurso oficial), mas que reproduzem — artificialmente, embora com inserção no real — a barbárie que a civilização tentou anular. Diz da falácia dos discursos políticos, dos operadores do Direito e da Ciência (criminológica), sempre perplexos com a realidade e ao mesmo tempo receosos, temerosos, contidos, parcimoniosos frente às soluções radicais (anticarcerárias), pois protegidos pela repetição da máxima da prisão como solução necessária.

Se a opção político-criminal produz como único resultado a ampliação do encarceramento, o ciclo de violência inerente às estratégias de legitimação do arquipélago carcerário dificilmente será minimizado com o acréscimo de redes alternati-

vas. Neste quadro, a imposição de critérios de responsabilidade e de responsabilização do legislador quando de sua adesão ao projeto punitivista pode minimizar os impactos do embevecimento com a cultura do encarceramento em massa.

Em conclusão, o esclarecimento de Rauter é definitivo: "(...) considero que estar preso — seja num hospital psiquiátrico ou numa prisão — é algo inaceitável para um ser humano, e um discurso que sustente a desarticu-

lação destes espaços me soa como algo que deve ser valorizado" (RAUTER, Cristina. "Mancômios, Prisões, Reformas e Neoliberalismo", *Discursos Sediciosos*, vol. 03, Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 1997, p. 73).

NOTA

* O artigo apresenta conclusões parciais de pesquisa realizada na linha de pesquisa *Criminologia e Controle Social*, Programa de Pós-graduação em Ciências Cri-

minais (Mestrado e Doutorado), Faculdade de Direito da PUCRS, instituição financiadora. Integra *paper* apresentado no Seminário "Depois do Grande Encarceramento", organizado pelo Instituto Carioca de Criminologia e pela Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ministério da Justiça, realizado no Rio de Janeiro em agosto de 2008.

Salo de Carvalho

Advogado, mestre (UFSC) e doutor (UFPR) em Direito e professor titular do Departamento de Ciências Criminais (PUCRS)

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO: DESAFIANDO VELHAS MENTALIDADES

Andréa C. Oliveira Gozetto, Cibele C. Baldassa Muniz, Eneida G. de Macedo Haddad e Thaís A. Soares

Os entraves postos à Defensoria Pública Paulista na concretização dos objetivos para os quais foi criada confirmam, uma vez mais, a lentidão nas conquistas democráticas ao longo da história brasileira. De fato, embora a assistência jurídica integral e gratuita aos cidadãos de baixa renda e a instituição das Defensorias Públicas tenham sido garantidas na Constituição Cidadã de 1988, em São Paulo, a efetivação desses direitos se arrastou por quase duas décadas.

A possibilidade de criação da Defensoria Pública em São Paulo, ainda que somente em 2006, resultou de um processo diferenciado no que tange à criação de órgãos públicos no país, que privilegia critérios técnico-jurídicos em detrimento da participação dos segmentos sociais aos quais o serviço público se destina. Aqui, a consciência de que uma assistência integral no acesso à justiça deveria ser desempenhada para além da atuação até então dispensada pela Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), selou a forte parceria entre alguns procuradores atuantes na própria PAJ e mais de 300 entidades da sociedade civil, algumas das quais, antes mesmo da constituição da Assembléia Nacional Constituinte em 1987, já reivindicavam a criação de defensorias públicas em todos os estados brasileiros. Em 2002, no Ato de Lançamento do Movimento pela Criação da Defensoria Pública de São Paulo, o salão nobre da Faculdade de Direito do Largo São Francisco foi ocupado por novas personagens, ou seja, por representantes de centenas de organizações que, somados a dezenas de personalidades públicas, demonstravam a força do Movimento pela criação de uma Defensoria Pública democrática, autônoma, descentralizada e transparente. Assim, o projeto de lei prevendo a criação deste órgão essencial à Justiça nasceu comprometido com as necessidades dos segmentos sociais alvo, comprometimento materializado na Lei 988/06, em que pesem as alterações sofridas ao longo da tramitação na Assembléia Legislativa do

Estado de São Paulo.

Concebendo os usuários como objetos de favor e não como sujeitos de direitos, historicamente, as políticas sociais no Brasil destinadas aos segmentos de baixa renda têm se caracterizado por práticas assistenciais reprodutoras das injustiças sociais. A Defensoria Pública se propõe a romper com a tradição de "justiça pobre para os pobres", a superar o universo simbólico do direito formal através de uma prática inovadora. Comprometida com a construção do Estado Democrático de Direito, tem por finalidade oferecer ao cidadão de baixa renda a tradução das complexidades do sistema jurídico, maior possibilidade de acesso ao Judiciário, oportunidade de soluções extrajudiciais dos conflitos, defesa dos direitos difusos e coletivos, ampliando seus serviços através dos Centros de Integração da Cidadania (CICs), do Centro de Referência e Apoio à Vítima (Cravi) e dos Centros de Cidadania e Referência à Mulher. Importante ressaltar que a Defensoria Pública Paulista estruturou um órgão de ligação permanente com a sociedade civil, a Ouvidoria da Defensoria Pública, e já realizou uma Conferência Regional aberta, com direito a voz e voto dos participantes, no sentido de alimentar os planos anuais de trabalho. Em pouco tempo de existência, a Defensoria Pública Paulista ampliou o espectro de atuação do Estado, embora ainda não disponha de infra-estrutura e recursos condizentes com a magnitude dos seus propósitos.

Paradoxalmente, seus esforços não são bem acolhidos. A diferença entre o número de membros do Ministério Público, da Magistratura e da Defensoria Pública é injustificável. Da mesma forma, a remuneração dos defensores públicos é inexplicavelmente muito inferior àquela dos juízes e promotores. Indaga-se até que ponto os serviços dispensados à população de baixa renda continuarão desvalorizados em decorrência da nossa cultura ter incorporado as injustiças sociais como

legítimas e reproduzindo os estigmas contra a pobreza e contra os que defendem seus direitos.

Neste momento, os parceiros que apoiaram e deram visibilidade à criação da Defensoria Pública Paulista voltam novamente à cena, integrando o Movimento pelo Fortalecimento da Defensoria Pública. Em 1º de setembro deste ano, no centro da cidade de São Paulo, a Marcha pela Valorização da Defensoria contou com a presença de, aproximadamente, duas mil e duzentas pessoas, cobrando do governo do Estado a valorização dessa Instituição. Três semanas após, dia 24 de setembro, teve lugar um fórum de discussão para definir as estratégias para a continuidade da mobilização permanente pela completa estruturação desse serviço público de acesso à justiça para a população carente. As decisões sobre a condução do Movimento têm sido tomadas conjuntamente entre os membros da Defensoria Pública e os representantes de entidades e movimentos sociais envolvidos nessa luta. Evidencia-se neste processo, uma vez mais, o clamor dos segmentos comprometidos com a efetivação dos direitos fundamentais no Estado, pela adequada estruturação da Defensoria Pública à importância e amplitude dos seus fins, na tentativa de superação do atraso e da discriminação que desde sempre se perpetrou aos mais pobres.

Fortalecer a Defensoria Pública significa, dentro desse contexto, o fortalecimento da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do processo rumo à construção, ainda por se fazer, do pleno Estado Democrático de Direito.

**Andréa C. Oliveira Gozetto,
Cibele C. Baldassa Muniz,
Eneida G. de Macedo Haddad
e Thaís A. Soares**

Docentes e pesquisadoras, Direito (Uninove).
Projeto de pesquisa em andamento:
"A história da criação da Defensoria Pública no
Estado de São Paulo"

A IMPRESCINDIBILIDADE DA PERÍCIA NA ARMA EMPREGADA NA TENTATIVA BRANCA

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

O tema das nulidades é complexo, polêmico e, bem por isso, apaixonante. Especificamente no âmbito do Processo Penal, o assunto ganha tintas ainda mais vivas, em razão dos reflexos do seu reconhecimento para os fins de eventual ocorrência de prescrição ou da possível constatação de excesso de prazo na prisão processual. Para exemplificar, pode-se citar matéria reiterada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o desrespeito ao rito da, já revogada, Lei n. 10.409/02, no pertinente à fase defensiva preliminar⁽¹⁾.

Até bem recentemente, o entendimento quase unânime na doutrina era de que, tratando-se de nulidade absoluta, tinha-se como presumido o prejuízo, sendo, portanto, dispensável a sua demonstração. Nestes termos, confira-se a lição de **Vicente Greco Filho**:

“Se a norma violada pelo descumprimento do modelo é norma tutelar do interesse público, que quer dizer interesse da justiça, a situação é de nulidade absoluta. A nulidade absoluta pode e deve ser decretada de ofício, se houver instrumento e no momento próprio. O defeito não convalesce ou sana. Não há necessidade de prova do prejuízo, porque o prejuízo é presumido, pois é do interesse público” (Manual de Processo Penal. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 267).

De maneira não muito distinta, ensinavam **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scaravam Fernandes** e **Antonio Magalhães Gomes Filho**:

“As nulidades absolutas não exigem a demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo é evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus da prova, o que não ocorre nessas situações, em que a ocorrência do dano não oferece dúvida” (As Nulidades no Processo Penal. 8ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 33).

No entanto, os três professores titulares de Processo Penal da Universidade de São Paulo alteraram tal posicionamento na última edição de seu *Nulidades*:

“O prejuízo que autoriza o reconhecimento da nulidade do ato processual imperfeito pode ser visto sob um duplo aspecto: de um lado, o dano para a garantia do contraditório, assegurada pela Constituição; sob outra ótica, o comprometimento da correção da sentença. (...)

A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional

almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação. (...)

No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta” (As Nulidades no Processo Penal. 10ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2007, pp. 30-31).

A par de tal novel vestimenta do conceito de nulidade absoluta, depara-se com um caso de nulidade que não figura dentre aquelas listadas no art. 564 do Código de Processo Penal, mas que, segundo ora defendido, deve ser tido como eiva irremediável. Refere-se à imprescindibilidade do exame de eficácia da arma, utilizada na tentativa branca.

É importante lembrar, preliminarmente, os ensinamentos de **Hélio Tornaghi**:

“Além do exame do corpo de delito, a lei exige também o dos instrumentos do crime. Art. 175. Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência”.

A falta desse exame, entretanto, não acarreta nulidade” (Curso de Processo Penal. 4ª ed. rev. e aum., São Paulo: 1987, v. I, p. 320).

De fato, como asseverado pelo saudoso lente, e já destacado acima, não figura o exame da arma, por exemplo, em crimes como a lesão corporal e o homicídio, no elenco legal das nulidades — pois a arma, então, não seria o *corpus delicti*, mas apenas o instrumento empregado (cf. art. 565, III, alínea b, do Código de Processo Penal). Não obstante, sublinhe-se, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça e a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal vêm reconhecendo a imprescindibilidade da perícia no instrumento do delito para a majoração da pena do delito de roubo circunstanciado pelo emprego de arma, nos moldes do art. 157, § 2º, I, do Código Penal⁽²⁾.

Feitas estas considerações, concentra-se, agora, no objeto do presente ensaio. A tentativa branca, ou incruenta, é aquela em que o bem jurídico sequer é tísado. Nesta ocasião, vem-se defender que em tal *conatus*, perpetrado com emprego de arma, é indispensável a apreensão e a perícia do instrumento tido por lesivo, para que se possa alcançar a escorreita responsabilização penal. Isto porque, uma vez apura-

da a eventual inaptidão da arma, abrem-se as portas para o reconhecimento de crime impossível, em razão da ineficácia absoluta do meio.

Neste passo, busca-se o magistério de **José Frederico Marques**:

“O meio é ineficaz quando não apto, como antecedente, a produzir determinado efeito ou evento; desta forma, empregado ou usado na prática de atos executivos de um delito, não poderá dar causa à consumação do crime” (Tratado de Direito Penal. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965, v. II, p. 302).

E, pontua-se, precisas são as luzes lançadas por **Miguel Reale Júnior**, ao esclarecer que o juízo sobre a inidoneidade do meio, para os fins do art. 17 do Código Penal, é efetuado *ex post*:

*“Primeiramente, cumpre notar que a inidoneidade não pode ser examinada ex ante, por prognose póstuma, pois se o agente conhece a insuficiência dos meios de que se utiliza tem-se, por força de consequência, que concluir pela inexistência da intenção de cometer o delito. Na tentativa, o agente escolhe meios idôneos e efetivamente eles o são. No crime impossível o agente escolhe meios inidôneos que pensa idôneos, mas que realmente não o são. No crime impossível, portanto, de acordo com as observações de **Neppi Modona**, o juízo de inidoneidade é de caráter objetivo e realizado ex post”* (Instituições de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: 2002, p. 306).

Assim, para a prolação de sentença condenatória — diante de imputação de tentativa incruenta — é fundamental que se afira, previamente, a eficiência da arma. O instrumento de ataque/defesa pode tanto ser arma: de fogo, branca, ou aquela denominada imprópria⁽³⁾. Pode-se estender, sim, a proposição para a arma branca, pois, imagine-se que alguém é acusado por tentar lesionar alguém com o emprego de uma faca que, na verdade, não passava em um artefato de brinquedo, inócuo, portanto, a gerar risco ao valor imantado no tipo penal do art. 129 do Código Penal.

E a constatação não deve anteceder somente a sentença condenatória. Dada a redação do art. 413 do Código de Processo Penal, é manifesto que, para o advento da pronúncia, é necessário um juízo de convencimento profundo sobre a existência do crime. Serve-se novamente, neste passo, dos ensinamentos de **José Frederico Marques**:

“Tudo está a mostrar, portanto, que o Código de Processo Penal, para o juízo da formação da culpa, exige a certeza do crime e a probabilidade da autoria, como pressupostos suficien-

tes da pronúncia do réu.

O crime precisa estar **provado** e a autoria necessita ser pelo menos **provável**. Donde se infere que a expressão **indícios** está empregada com o sentido de **prova levior** a funcionar 'como sub-rogado processual da certeza: uma vez que se não tem, como fato certo, a autoria imputada ao réu, basta, para a pronúncia, a suspeita razoável do fato.

Prova da existência do crime significa certeza do crime. (...)

Provado, ensina **Pasquale Saraceno**, é tudo aquilo que se reconhece como verdadeiro" (A Instituição do Júri. Campinas: Book-seller, 1997, pp. 365-366).

Não se afirme, por outra banda, que seria admissível a vinda do laudo posteriormente à pronúncia, em casos dessa natureza, porquanto a questão do crime impossível poderia vir a ser tratada pelo juiz natural da causa. Ora, ao cabo do sumário de culpa, repise-se, deve o juiz se convencer da existência de crime⁽⁴⁾. Logo, nesta primeira etapa, já devem as partes debater, extensa e exaustivamente, sobre tal tema, sendo defeso ao magistrado sonegar-lhes o direito de impugnar o trabalho técnico, por meio do quê se pode evitar indevida sujeição ao plenário do júri.

Deste modo, por mais que haja dezenas de testemunhas, em uníssona versão, a narrar uma saravada — ensurdecidora mesmo — de tiros, disparados por certa pessoa, tal não se prestará, insuladamente, para embasar a condenação/pronúncia por tentativa branca. Serão úteis tais depoimentos tão-só para elucidação de autoria, mas não para revelar a afetação ao bem jurídico. Tal conclusão ganha mais força em hipóteses em que inexistir vistoria no local dos fatos (ou for ela inconclusiva) a indicar, *verbi gratia*, marcas de bala (perfurações ou vestígios dos projéteis).

Assim, a decisão que reconhecer a existência de crime sem a prévia constatação da eficiência da arma utilizada, quando de tentativa incruenta, será iníqua *per se*: provimento nulo, em absoluto, pois vazado sem se dispor de certeza sobre a idoneidade do meio. E o prejuízo? É ele duplo: por um ângulo, a apresentação de prestação jurisdicional carente de certeza; e, por outro, a violação à ampla defesa, em razão da impossibilidade de se questionar dado fundamental sobre a ocorrência típica.

NOTAS

- (1) HC 88.854/SP, rel. ministra **Laurita Vaz**, 5ª Turma, julgado em 25.10.2007, DJ 19.11.2007 p. 266. HC 58.690/RS, rel. ministro **Arnaldo Esteves Lima**, 5ª Turma, julgado em 18.12.2007, DJ 17.03.2008 p. 1. HC 57.620/SP, rel. ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª Turma, julgado em 28.08.2007, DJ 17.09.2007 p. 360.
- (2) Superior Tribunal de Justiça: HC 59.350/SP, rel. ministro **Paulo Gallotti**, rel. p/acórdão ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª Turma, julgado em 24.11.2006, DJ 28.05.2007 p. 402. No mesmo sentido: HC 86.601/SP, rel. ministro **Hamilton Carvalhido**, rel. p/acórdão ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª Turma, julgado em 30/10/2007, DJE 25/08/2008. Supremo Tribunal Federal: HC 92.871/SP, rel. ministra **Carmen Lucia**, 1ª Turma, julgado em 1º.04.2008, Informativo do STF n. 500, 31/03/2008-04/04/2008. A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, recentemente, entendeu que, *apreendida a arma*, é indispensável a sua perícia: HC 101.884/SP, rel. ministra **Laurita Vaz**, 5ª Turma, julgado em 27/05/2008, DJE 23/06/2008.
- (3) De acordo com o art. 3º do Decreto n. 3665/2000 (fiscalização de produtos controlados):
"IX - arma: artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas;
(...)
XI - arma branca: artefato cortante ou perfurante, normalmente constituído por peça em lâmina ou oblonga;
(...)
XIII - arma de fogo: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma

câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil."

Ensina **Paulo José da Costa Júnior**: "Em sentido amplo, arma é qualquer instrumento idôneo a vulnerar a integridade física, aumentando o potencial da agressão. Poderão as armas ser próprias (revólver, espingarda, metralhadora) ou impróprias (faca, canivete, pedaço de pau, paralelepípedo, foice, tesoura, navalha). As primeiras são as que têm o destino específico de ofender, ferir ou matar" (Curso de Direito Penal. 9ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 398). Lembre-se, ainda, o magistério de **Heleno Cláudio Fragoso**: "A expressão **arma** perante nossa legislação compreende todos os instrumentos normalmente destinados ao ataque ou à defesa (arma **própria**), bem como quaisquer outros instrumentos que, conquanto destinados a outros fins, podem ser eficientemente empregados no ataque ou na defesa (arma **imprópria**). São armas próprias, por exemplo, as de fogo, como revólveres, metralhadoras, pistolas, espingardas; e as armas brancas, como punhais, sabres, estiletes, estoques, espadas. Aqui também se incluem os explosivos, como bombas e granadas, morteiros etc. São armas impróprias, por exemplo, as espingardas de caça, as facas, facões, navalhas, canivetes, não se excluindo qualquer outro instrumento pesado ou utensílio que possa servir ao ataque, como bastões, barras de ferro e, inclusive, pedras" (Lições de Direito Penal, Parte Especial. Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol. 1, pp. 23-24).

- (4) Na anterior redação do art. 408 do Código de Processo Penal, estatuiu-se que a pronúncia seria efetivada diante da "existência do crime". Agora, a matéria encontra-se disciplinada no art. 413, que emprega a expressão "existência do fato". A despeito da alteração, é evidente que somente se preferirá a decisão interlocutória mista diante do convencimento do juiz acerca da ocorrência de fato típico. Ainda mais tendo em conta o espírito da recente reforma processual penal, que tratou, no título do Processo Comum, a atipicidade como hipótese de absolvição sumária, nos moldes do novo art. 397 do Código de Processo Penal.

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Mestre e doutor em Direito Penal pela USP e professor de Direito Penal dos cursos de pós-graduação do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público e do Grupo Atame/DF

A NOVA LEI 11.719/08 E SEUS EFEITOS SOBRE O RITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Ricardo Sidi

A Lei 11.719/08 trouxe significativas alterações aos ritos ordinário e sumário, sendo a intenção deste artigo demonstrar que, também em relação ao procedimento da Lei 9.099/95, a nova lei trouxe dispositivos relevantes, que merecem atenção da doutrina.

Como se trata de norma recentíssima, ainda não existe, por óbvio, consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca de todos os seus efeitos, o que só costuma ocorrer depois de numerosas contribuições acadêmicas.

Na nova redação do artigo 394 do CPP estão definidas as hipóteses em que incidirão os ritos ordinário e sumário⁽¹⁾, considerando, em seu § 1º, inciso III, que será aplicado o rito sumaríssimo "para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei", numa redação que, à primeira vista, parece ter conservado intacto o rito da Lei 9.099/95, que já o intitulava de *sumaríssimo*.

Ocorre que o § 4º do mesmo artigo 394 dispõe o seguinte:

"§4º. As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos

penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código."

Verifica-se claramente que o trecho "todos os procedimentos penais de primeiro grau ainda que não regulados neste Código" alcança o rito das infrações de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95) no que se refere a processos em trâmite no primeiro grau.

Não obstante ser a Lei 11.719/08 uma norma geral e a Lei 9.099/95 especial, o dispositivo acima citado, da forma como veio redigido, constitui exceção ao princípio *Lex posterior generalis non derogat legi*

priori speciali. Segundo Carlos Maximiliano, o referido princípio pressupõe “*não poder o aparecimento da norma ampla causar, só por si, sem mais nada, a queda da autoridade da prescrição especial vigente*”⁽²⁾, o que não ocorre no caso em tela onde as expressões “*todos*” e “*ainda que não regulados neste Código*” mostram com clareza o sentido da nova lei.

Interessa à presente análise, portanto, verificar o que dispõem os artigos 395 a 398⁽³⁾, ou melhor, 395 a 397, já que o 398 está revogado.

A novidade dos ditos artigos, em síntese, foi a introdução da resposta escrita após o recebimento da denúncia (art. 396), com a subsequente possibilidade de o juiz absolver sumariamente o réu (art. 397), além da menção, no art. 395, de causas de rejeição da denúncia, já previstas anteriormente no agora revogado art. 43 do CPP, e que passam a contar com o acréscimo de hipóteses e expressões como “*falta de justa causa*” e denúncia “*manifestamente inepta*”, que, na realidade, já integravam a ordem jurídica, devido a antiga e pacífica posição jurisprudencial e doutrinária.

Frise-se que a criação de uma resposta escrita do réu após o recebimento da denúncia, sucedida de uma oportunidade dada ao magistrado para dar fim à ação penal, representa um excepcional avanço, especialmente porque, antes disso, era inviável, segundo posição majoritária, o “*trancamento*” ou extinção da ação penal pelo próprio juiz do caso antes da sentença. Ou seja, imperava o entendimento de que, uma vez recebida a denúncia, não podia o magistrado reconsiderar a decisão que iniciou a ação penal, sendo necessária uma ordem de *habeas corpus* emanada de instância superior⁽⁴⁾.

Quanto à existência de efeitos da nova Lei 11.719/08 sobre o procedimento dos Juizados, é possível que parte da doutrina venha a entender que o *caput* do art. 396 (“*nos procedimentos ordinário e sumário...*”) teria restringido os institutos da resposta escrita e absolvição sumária exclusivamente aos procedimentos ordinário e sumário, mas, se assim fosse, seria letra morta o § 4º do art. 394, que foi categórico ao estender sua aplicabilidade a “*todos os procedimentos penais de primeiro grau ainda que não regulados neste Código*”.

Fosse outro o sentido da recém editada norma, não haveria motivo para que o § 4º do art. 394 fizesse referência às “*disposições dos arts. 395 a 398*”, já que a resposta escrita e a absolvição sumária ocupam nada menos do que três dos quatro artigos ali mencionados (396, 396-A e 397), lembrando-se que o 398 foi revogado.

Afinal, conforme sustenta Carlos Maximiliano, “*precisa ser inteligentemente com-*

preendido e aplicado com alguma cautela o preceito clássico: ‘a disposição geral não revoga a especial’. Pode a regra geral ser concebida de modo que exclua qualquer exceção; ou enumerar taxativamente as únicas exceções que admite; ou, finalmente, criar um sistema completo e diferente do que decorre das normas positivas anteriores: nesses casos o poder eliminatório do preceito geral recente abrange também as disposições especiais antigas”⁽⁵⁾.

Maria Helena Diniz sustenta que “*a lex posterior apenas será aplicada se o legislador teve o propósito de afastar a anterior*”⁽⁶⁾, e, pela forma como está redigido o novo art. 394, § 4º do CPP, não se consegue vislumbrar outro propósito.

O detalhe a exigir maior atenção, e que pode ser causa de divergências doutrinárias ou questionamentos quanto à constitucionalidade da Lei 11.719/08, é que o art. 81 da Lei 9.099/95 prevê o recebimento da denúncia **em audiência**, após manifestação oral do defensor pugnando por sua rejeição:

“Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.”

Se a nova lei prevê, no art. 396, que, “*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 dias*”, verifica-se uma derrogação ao art. 81 da Lei 9.099/95.

Trata-se de derrogação, e não ab-rogação ou revogação, porque o rito dos artigos 396 a 397 do CPP não chega a atingir os atos de instrução e julgamento propriamente ditos, conservando-se intacta a vigência da parte final do art. 81 da Lei 9.099/95, a saber, “*... serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença*”.

E “*a abolição das disposições anteriores se dará nos limites da incompatibilidade*” entre a norma nova e a antiga, ou seja, “*se em um mesmo trecho existe uma parte conciliável e outra não, continua em vigor a primeira*”⁽⁷⁾.

Segundo a interpretação aqui exposta, portanto, sofreu modificação o procedimento adotado nos Juizados entre o momento do oferecimento de denúncia e o início efetivo da colheita da prova, ficando suprimida a manifestação oral da defesa antes do recebimento da peça acusatória e o juízo de prelibação exercido na própria audiência.

É que, evidentemente, não se pode sim-

plesmente, “*inserir a força*” ou “*encaixar*” o rito previsto nos arts. 395 a 397 no procedimento da Lei 9.099/95 mantendo-o intacto em todas as suas demais etapas processuais, eis que algumas são desarmonicas e inconciliáveis com a nova lei. Nesse sentido, não se poderia manter a manifestação oral da defesa e o subsequente recebimento ou rejeição da denúncia em audiência, e, ao mesmo tempo, promover a citação para resposta escrita em 10 dias caso restasse recebida a inicial acusatória, sob pena de se desdobrar a audiência do art. 81 da Lei 9.099/95 em duas. Esta opção, portanto, exigiria adicionar ao rito dos Juizados Criminais mais uma audiência, não prevista em nenhuma das duas leis.

Assim, tendo em vista a inconciliabilidade e desarmonia do novo procedimento dos arts. 395 a 397 do CPP com a primeira parte do rito do art. 81 da Lei 9.099/95, é de se concluir que este restou derogado pela Lei 11.719/08.

A partir de agora, portanto, segundo a interpretação aqui sustentada, o juiz apreciará a denúncia em seu gabinete, de forma mais cautelosa e fundamentada, e seguirá o rito dos artigos 395 a 397 do CPP.

Ao analisar a denúncia, vislumbrando o magistrado alguma das hipóteses do art. 395, rejeita-la-á de plano. Se entender por recebê-la, fará isso em seu gabinete, em data anterior à AIJ, determinando, em seguida, a citação do réu para apresentar resposta escrita em 10 dias (art. 396). Apresentada esta, o juiz verificará se ocorrerem as circunstâncias para absolvição sumária (art. 397), após o que ou absolverá o réu, ou designará audiência de instrução, que se iniciará já pelas oitavas, exatamente na ordem prevista na parte final do art. 81 da Lei 9.099/95.

É certo que a instituição da resposta escrita pela Lei 11.719/08, em se tratando de nova oportunidade de manifestação da defesa técnica, é algo em evidente consonância com a garantia constitucional da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV), bem como com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), já que se passa a permitir ao juiz da causa fazer cessar imediatamente o constrangimento ilegal em caso de ação penal indevida.

Por outro lado, a dilatação do procedimento dos Juizados com um novo ato, com prazo de 10 dias, e, ainda por cima, escrito e formal, pode ser vista como afronta à exigência constitucional de oralidade e celeridade (art. 98, I, CR: “*procedimentos oral e sumaríssimo*”).

Ocorre que, analisadas tais mudanças sob o prisma das garantias individuais, verifica-se que a imposição de uma defesa escrita, elaborada por advogado constituído ou defensor nomeado pelo juiz (art. 396-

A, § 2º) veio cumprir uma missão extremamente necessária nos Juizados, onde a noção de *oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade, conciliação e transação* (art. 2º, Lei 9.099/95) vinha induzindo o indivíduo acusado a não buscar a assistência técnica na fase preliminar, levando-o, muitas vezes, a admitir ônus e restrições em sua liberdade sem a necessária justa causa, num país em que a Constituição Federal “*lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado*” (STF - HC 82.354/PR - min. Sepúlveda Pertence - DJ 24/9/04)⁽⁸⁾.

E, mesmo em relação à efetividade da defesa técnica na própria audiência de instrução e julgamento nos Juizados, onde a presença do defensor do réu já era obrigatória, o dia-a-dia forense demonstra que os jurisdicionados dependentes da Defensoria Pública costumam ter ali, na própria audiência, o seu primeiro contato com o defensor. Agora, com a Lei 11.719/08, a exigência de uma peça de defesa escrita, cuja falta acarretará nulidade absoluta⁽⁹⁾, exigirá o encontro prévio entre defensor e acusado, fazendo com que a imprescindível “*assistência de advogado*” (art. 5º, LXIII, CRFB) seja mais do que um mero simulacro.

Nesse sentido, o raciocínio aqui exposto aponta para a derrogação do art. 81 da Lei 9.099/95 pela Lei 11.719/08, não se vislumbrando inconstitucionalidade nesta, já que a doutrina garantista recomenda que,

diante de conflitos entre normas constitucionais (art. 98, I *versus* art. 5º, LV e LXIII), a balança penda em favor da liberdade e das garantias individuais, porquanto estas últimas ostentam o *status* constitucional de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV).

NOTAS

- (1) “Art. 394. *O procedimento será comum ou especial. § 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.*”
- (2) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense: 2006, p. 294.
- (3) “Art. 395. *A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.*”
“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.
Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.”
“Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.”

“Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente. Art. 398. Revogado.”

- (4) STJ, HC 86.903/DF, min. Napoleão Nunes, 5ª T. - j. 28/5/2008, DJ 30/6/2008; STJ, EDecl no REsp. 173.395/PA, min. Fernando Gonçalves, 6ª T. - j. 27/6/2000, DJ 2/10/2000; e STF, RHC 51423/PA, min. Aliomar Baleeiro, Pleno, j. 17/10/1973, DJ 2/1/1974.
- (5) MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 294.
- (6) DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35.
- (7) MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 293.
- (8) Este acórdão, que inaugurou uma linha jurisprudencial firme na Suprema Corte acerca do direito do investigado acessar autos de inquérito, deixou claro que, não obstante a não incidência de contraditório e ampla defesa na fase inquisitorial, o investigado é sujeito de direitos, devendo-se lhe assegurar garantias como a assistência de advogado e proteção contra a auto-incriminação (art. 5º, LXIII, CRFB).
- (9) Diferentemente da controvérsia acerca do art. 514 do CPP (nulidade relativa ou absoluta), a “resposta escrita” da nova Lei 11.719/08 constitui peça a ser apresentada após o recebimento da denúncia, portanto, quando já em curso a ação penal, momento em que a incidência das garantias de ampla defesa e contraditório é inquestionável.

Ricardo Sidi

Advogado criminalista e pós-graduado em Direito Penal Empresarial pela PUC/RJ

COM A PALAVRA, O JUIZ

Fábio Aguiar Munhoz Soares

Tal como já mencionado em artigos anteriores e da lavra dos mais eminentes juristas, importantes mudanças no Código de Processo Penal foram feitas com a publicação de pelo menos três novas leis (Leis nºs 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08), com alterações significativas no que toca ao procedimento do júri, provas em geral e procedimentos.

Não seria justo de nossa parte criticar a novel legislação antes que seja verificada na prática forense eventual piora na tramitação do processo penal, o que não impede, entretanto, é bom dizer, sejam feitas ressalvas ao que vem sendo dito por parte da doutrina mais especializada acerca da correta interpretação a ser dada aos artigos de lei ora inseridos com nova redação no Código de Processo Penal.

Antes, porém, de ser feita a ressalva a um dos pontos que mais vêm chamando nossa atenção, cumpre asseverar ser a le-

gislação acima mencionada fruto de trabalho levado a efeito por comissão formada no início da presente década, com os notáveis juristas **Ada Pellegrini Grinover, Petrónio Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti**, havendo, segundo se sabe, pelo menos outros quatro projetos de lei em vias de serem aprovados, preocupando-nos e muito, em especial, o projeto de lei nº 4.206/01, que cuida de alterações no sistema recursal do processo penal, importando, *v.g.*, do já retalhado Código de Processo Civil a figura do agravo de instrumento, como se tal fosse necessário no processo penal, já que, a bem da verdade, o sistema de preclusão e nulidades, que atua junto da sistemática recursal, opera sem maiores problemas no processo penal atual,

não sendo crível que instituto inserido no Código de Processo Civil de 1973 e já substancialmente reformado por pelo menos três vezes em curto de espaço de tempo pelas Leis nºs 9.139/95, 10.352/2001 e 11.187/2005, tamanha a confusão criada pelo assustador número de recursos gerado, possa ser de alguma serventia.

Não é, entretanto, objeto de nossa discussão a sistemática recursal vigente ou a que está por vir, mas sim a nova redação dada ao art. 212, do CPP, e que vem sendo interpretada por grande parte da doutrina brasileira como sinal mais do que evidente quanto à abolição *in totum* do sistema presidencialista de inquirição de testemunhas até então vigente.

Ousamos discordar.

Com efeito, no sentido acima mencionado, no *Boletim IBCCRIM*, de julho de 2008, sustentou **José Barcelos de Souza** que a recente Lei nº 11.690, de 9 de junho de

2008, relativa à prova, rompeu com o chamado sistema presidencial, adotando também para a instrução criminal a inquirição direta pelas partes, o mesmo se dizendo em relação a **Rogério Schiatti Machado Cruz**, que, no mesmo *Boletim*, foi taxativo em suas palavras quanto ao fato de, doravante, dever assegurar o juiz às partes a iniciativa das perguntas.

Sem embargo do quanto aduzido, quanto à iniciativa das perguntas, não existe para nós diferença alguma entre a redação antiga do art. 212 e a redação dada pela Lei nº 11.690/08, diferença havendo tão-somente quanto à possibilidade de fazerem as partes suas perguntas diretamente às testemunhas, o que antes, é sabido, não se via.

Pensamos dessa forma porque na redação antiga do art. 212 do Código de Processo Penal (*“As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida”*) não havia qualquer linha ou nota que dissesse ser do juiz a iniciativa das perguntas, também não se vendo nos demais artigos referentes à colheita da prova qualquer indício de que assim o fosse, sendo em verdade a redação antiga do art. 212, do CPP indicativo tão-somente de ser necessário prévio controle judicial do que fosse perguntado pelas partes às testemunhas.

Houvesse na redação do antigo art. 212, do CPP alusão expressa à iniciativa de perguntas pelo juiz e poder-se-ia chegar à conclusão quanto ao fato de dora-

vante não mais poder o juiz iniciar a inquirição das testemunhas arroladas pelas partes, dado não contemplar a nova redação do art. 212, do CPP, referida possibilidade. Não é o que se vê, entretanto, pois, repita-se, não cuidava o art. 212 do CPP de dizer ser do juiz ou das partes a iniciativa das perguntas, não podendo, portanto, a nosso ver, *data máxima vênia*, ser a nova redação do art. 212, do CPP interpretada como vedação peremptória quanto ao fato de não mais poder o juiz iniciar a inquirição de testemunhas quando assim igualmente não o fazia em sua antiga redação o art. 212, do CPP.

De fato, a nova redação do art. 212, do CPP (*“As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”*) apenas viabiliza a realização de perguntas pelas partes diretamente às testemunhas, o que antes expressamente não se admitia, podendo ainda o juiz complementar a inquirição, o que, muito embora não fosse previsto, já era de comum ocorrência, intocada, portanto, a iniciativa de inquirição da testemunha pelo juiz.

Como afirma **Gustavo Badaró**, juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial. É um juiz atento aos fins sociais do processo e que busca exercer sua função de forma a dar ao jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional possível⁽¹⁾, inadmissível que

se possa ver o processo penal com feições absolutamente acusatórias, sem qualquer peculiaridade ou sinal distintivo, quando se denota da própria reforma levada a cabo pelo legislador, ser de interesse do Estado e, por conseguinte, da sociedade, permaneça em mãos do juiz algum poder instrutório⁽²⁾, o que não se coaduna com o modelo acusatório propugnado pela doutrina mais garantista, mas que realça, por via oblíqua, não ser descabida a interpretação por nós dada ao art. 212, do CPP, segundo a qual remanesce a possibilidade de continuar o juiz a iniciar a inquirição das testemunhas arroladas pelas partes, as quais, em seguida, poderão fazer seus questionamentos diretamente às testemunhas, complementando o juiz, caso queira, a inquirição, esclarecendo ponto.

NOTAS

(1) **BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy.** *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 84.

(2) *“Art. 156: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”*

Fábio Aguiar Munhoz Soares

Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Guarulhos/SP, mestre em Direito e professor de Direito Penal e Processual em cursos de graduação, pós-graduação e preparatório a carreiras jurídicas

A LEI Nº 11.719/08 E A RELEITURA NECESSÁRIA DO ARTIGO 366 DO CPP

Alexey Choi Caruncho

Ao tempo em que advém a incidência de três leis processuais penais que trazem profundas alterações ao Código de Processo Penal (ao que parece, duas outras ainda virão⁽¹⁾), muito se tem dito a respeito das alterações promovidas no procedimento relativo ao Tribunal do Júri, ignorando-se, por vezes, que outros institutos também sofreram relevantes modificações.

Malgrado em diversos aspectos as Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719 tenham previsto regras que, na sua maioria, já vinham sendo aplicadas por boa parte dos aplicadores, atentos que estavam aos comandos impostos pelos princípios constitucionais, parece oportuno que, dentre as novas regras, passemos a analisar uma que também merece reflexões mais cuidadosas, sob pena de ferir de morte um instituto processual existente desde 1996 e de fundamental importância na constitucionalização do siste-

ma processual penal pátrio. Referimo-nos à suspensão do processo, que continua prevista no art. 366.

É sabido que o instituto em questão ingressou no ordenamento através da Lei 9.271/96, a qual trouxe nova redação ao então art. 366 passando a estabelecer que se o acusado, citado por edital, deixasse de comparecer ao interrogatório e de constituir defensor, ficariam suspensos o processo e curso do prazo prescricional.

Há de se perceber que, referida modificação, já naquela época, nada mais desejava do que estender à fase citatória uma incidência integral e real do *princípio constitucional do contraditório* (CF, art. 5º, LV). Isto porque, longe de significar tão-só uma garantia de *participação no processo* — através da qual se permite às partes a contribuição na formação do convencimento do julgador —, reconhecia-se que tal princí-

pio trazia em seu bojo a regra da *paridade de armas*, significando a busca de uma efetiva igualdade processual.

Neste sentido, já vinha reconhecendo a moderna doutrina que o contraditório, além de garantir às partes o *direito à informação* (de qualquer alegação contrária ao seu interesse) e o consequente *direito à reação*, também garantiria *“que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade”*⁽²⁾.

Daí se concluir que a alteração trazida pela Lei 9.271/96, na verdade, tão-somente era um reconhecimento de que não havia uma real informação da imputação ofertada ao réu que estivesse nas condições do art. 366. É dizer, a ele teria havido uma fictícia informação; fictícia igualmente seria sua reação. Longe, portanto, da *reação inte-*

gral exigida pela dita “simétrica paridade”. Reconhecia-se, então, normativamente que fictamente informado da ação era o mesmo que não estar informado, daí a necessária suspensão do processo, pois só assim se poderia resguardar o seu direito a uma futura reação e, por conseguinte, preservar a exigida igualdade processual referida. A suspensão do processo, desta forma, significava (e deve continuar significando) um corolário do princípio constitucional do contraditório, reconhecendo que só quando efetivamente informado de uma ação penal poderia o denunciado apresentar a reação exigida pelo sistema processual penal (que se desaja) acusatório.

Pois bem, esta a sistemática em vigor até a vinda da Lei 11.719/08.

Uma leitura mais apressada na referida lei poderia gerar uma primeira interpretação (equivocada) de que não houve qualquer alteração no instituto em questão, já que o novel art. 366 previsto na lei fora “vetado”, sob o argumento (cf. mensagem do veto) de “se assegurar vigência ao comando legal atual”. Analisando com vagar as alterações trazidas, porém, bem se vê a precipitação de tal interpretação⁽³⁾.

Com efeito, tal qual referido, a suspensão do processo tem uma *ratio* bastante clara: preservar o princípio do contraditório, isto é, impedir que uma ação penal tenha início sem que o acusado saiba que a mesma existe, quiçá sendo condenado sem seu conhecimento, o que por vezes ocorria sob a vigência da previsão original do art. 366⁽⁴⁾.

Mais. A suspensão do processo implica no reconhecimento de que só com a real possibilidade do acusado exercer o seu direito de presença no curso dos atos instrutórios estará mantido íntegro o respeito ao princípio constitucional da ampla defesa. Não por outra razão que a suspensão ocorria antes do início da fase instrutória, e não na fase decisória, hipótese que, por óbvio, desrespeitaria toda a bagagem principiológica citada. De fato, é esta base que bem demonstra a lógica da sistemática então adotada pelo legislador de 1996.

Se assim é, mostra-se incorreto que, a partir da Lei 11.719, o art. 366 persista sendo aplicado como se nada tivesse ocor-

rido. Tal geraria inevitável prejuízo aos princípios referidos, pois com a vinda do novo texto legal, o interrogatório, em boa hora⁽⁵⁾, deixou de ser o primeiro ato posterior à citação.

Com efeito, nos termos da nova redação dos arts. 394 e seguintes, o interrogatório será o último ato da audiência, que agora se pretende seja de instrução e julgamento (CPP 400). É dizer, o interrogatório, pela nova sistemática, só precederá o requerimento de diligências finais e as derradeiras alegações (CPP 402).

Logo, parece evidente que a atual redação do art. 366 há de ser interpretada sistematicamente. É dizer, não há que se aguardar o não comparecimento do acusado citado por edital no atual momento do

interrogatório para que haja a aplicação da suspensão. Ao assim agir, o intérprete certamente estaria violando a *ratio* do instituto e, por consequência, os princípios constitucionais que o embasam.

Para que o instituto permaneça íntegro, não parece existir outra leitura que não a de se perceber que o ato cuja ausência deve servir de referência para a aplicação do art. 366 não mais é o interrogatório, mas o primeiro ato processual posterior à citação trazido pela nova legislação. Em outros termos, se com a Lei 9.271/96 havia a suspensão do processo quando o denunciado fosse citado por edital, não comparecesse ao interrogatório (então o 1º ato posterior à citação) e nem constituísse advogado; atualmente, o processo ficará suspenso sempre que o denunciado, em sendo citado por edital, não constituir defensor para apresentar a resposta à acusação, a que faz referência o atual art. 396 do Código⁽⁶⁾. Parece reforçar este entendimento a própria previsão do parágrafo único do dispositivo, ao estabelecer que “No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído”. É dizer, numa interpretação a contrario sensu, não comparecendo o acusado (para apresentar a chamada “resposta à acusação”), nem constituindo defensor para tanto, há de se aplicar a suspensão do processo⁽⁷⁾.

Atente-se que mesmo o § 2º do art. 396-A, trazido pela lei, não soluciona o caso em apreço, devendo o mesmo ser compatibilizado com o art. 366 e o próprio parágrafo único do artigo 396⁽⁸⁾. Neste sentido, há de se reconhecer que só estará respeitado o princípio do contraditório, nos moldes antes referidos, se entendermos que a previsão do § 2º em questão se refere única e exclusivamente aos acusados realmente citados, isto é, aos acusados citados pessoalmente (ou, no máximo, por hora certa).

Enfim, por força de uma interpretação sistemática, ao invés do interrogatório ser tido como o marco processual definidor da aplicação do art. 366, por força das modificações trazidas pela Lei 11.719, deve-se levar em conta para a aplicação do instituto da suspensão do processo o 1º ato posterior à citação, que, agora, é a resposta à acusação, conforme a nova redação do art. 396. Só assim, acredita-se, estará sendo respeitada a *ratio* do instituto em questão e toda sua base principiológica constitucional.

NOTAS

- (1) Conforme notícia extraída do site <http://www.senado.gov.br/novocpp/default.asp>, sem embargo de uma reforma geral, encontra-se em discussão projetos de lei voltados a alterações nos procedimentos cautelares e nos recursos.
- (2) OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7ª ed., rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: 2007, p. 28 (grifos no original).
- (3) Foge à pretensão deste trabalho discutir a correção (ou não) do veto em questão. Neste particular, recomenda-se interessante análise realizada por ESTEFAM, André. *O veto equivocado à Lei 11.719/2008*. Disponível em <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/313773/>>. Acesso em: 01 de agosto de 2008.
- (4) “Art. 366. O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado.”
- (5) Fala-se “em boa hora”, porque há muito a doutrina mais abalizada já vinha ressaltando que, dada a natureza atual do interrogatório (muito mais um ato de defesa, do que um meio de prova), imprescindível que sua realização ocorresse após a fase instrutória, tal qual inclusive já era reconhecido, em caráter excepcional, no rito sumariíssimo da Lei 9.099/95 para as infrações de menor potencial ofensivo.
- (6) “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.”
- (7) Neste sentido: Pacelli de Oliveira asseverou que “deve-se ler o art. 366 do CPP, substituindo-se a expressão ‘comparecer’ por ‘apresentar defesa escrita’” (in *Curso de Processo Penal*. 10ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: 2008, p. 487). No mesmo sentido, embora sem aprofundamento, manifestou-se Estefam no artigo referido.
- (8) “Art. 396-A, § 2º. Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.”

Alexey Choi Caruncho

Pós-graduado, professor universitário, especialista em Direito Criminal e promotor de Justiça/PR

CITAÇÃO POR HORA CERTA NO PROCESSO PENAL, CONTRADITÓRIO E ISONOMIA

Christian Sthefan Simons

No atual estágio de evolução do Direito Processual, todo o operador do Direito deve estar consciente de que a principal finalidade do processo é propiciar ao cidadão o acesso a uma ordem jurídica justa⁽¹⁾, percebendo-se, com relativa facilidade, o caráter de direito fundamental que é assegurado constitucionalmente ao cidadão de ter direito a acessar a esta ordem jurídica justa, de acordo com o estabelecido como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988. E como forma de garantir proteção e efetividade a este direito fundamental, ele próprio exige que sejam construídos procedimentos destinados a protegê-lo, conforme valiosa lição de **Robert Alexy**⁽²⁾.

Portanto, é tarefa primordial do legislador infraconstitucional observar o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa durante a fase legislativa de construção de um novo procedimento ou de alteração de um procedimento já existente, observando os postulados principiológicos que visam dar concretude a este direito fundamental, estabelecidos no art. 5º e inciso da Constituição Federal de 1988, dentre eles o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, juiz natural, dentre outros.

Porém, não se verificou por parte do legislador a prudência em atender a estes princípios, principalmente no tocante ao contraditório e a isonomia, ao trazer para o processo penal a citação por hora certa, mediante a alteração do art. 362 do Código de Processo Penal e o acréscimo de um parágrafo único ao mencionado dispositivo do Código de Processo Penal, alterações essas promovidas pela Lei 11.719/2008.

Todavia, para que sejam exercidas as necessárias críticas à adoção da citação por hora certa no processo penal, é necessário fazer uma breve distinção entre a natureza jurídica do direito de defesa no processo civil e no processo penal.

No processo civil, o direito de defesa, com exceção nas ações que versam sobre direitos indisponíveis (art. 213 do Código Civil e art. 351 do Código de Processo Civil), assume a faceta de um ônus para a parte, ou seja, de um encargo que a parte deve suportar no interesse de atender as suas próprias pretensões. Neste sentido, ensina **Tucchi** que "(...) no processo *extrapenal*, particularmente no processo civil, delinea-se satisfatório, com a citação inicial válida, a possibilidade de contraditório; até porque o réu, insta-

do a comparecer e atuar, não tem o dever, mas, apenas, o ônus de defender-se, podendo, consequentemente, o procedimento tramitar a sua inteira revelia"⁽³⁾.

Por outro lado, o direito de defesa no processo penal assume a natureza de um dever, conforme se conclui em face do disposto no art. 261 do Código de Processo Penal⁽⁴⁾, ou seja, o Direito pátrio, em sede processual penal, não se contenta com a mera possibilidade de contraditório, como ocorre no processo civil, mas demanda a existência de defesa efetiva e real como condição de validade do processo penal, cuja ausência pode ser causa de nulidade absoluta ou relativa, conforme o caso⁽⁵⁾.

Tendo sido estabelecida a premissa da obrigatoriedade de defesa no processo, imposta pela necessidade imprescindível da existência de contraditório real e efetivo, torna-se forçoso concluir que a adoção da citação por hora certa no processo penal não garante o contraditório real e efetivo e ainda gera uma situação de profunda desigualdade com o réu citado por edital, outra modalidade de citação ficta, situação pela qual, torna-se imperioso a aplicação analógica do art. 366 do Código de Processo Penal, determinando-se a suspensão do processo também nas hipóteses de réu citado por hora certa que não comparecer e não constituir defensor.

Conforme a nova redação do art. 362 do Código de Processo Penal, fica estabelecido que, na hipótese do réu se ocultar para evitar a citação, deverá o oficial de Justiça certificar o ocorrido e proceder à citação por hora certa, nos termos dos arts. 227 a 229 do Código de Processo Civil. Porém, a antiga redação do art. 362 do Código de Processo Penal, que previa a realização de citação por edital do réu que se ocultasse para evitar a citação, trazia consequências processuais penais mais condizentes com a necessidade de contraditório real e efetivo,

na medida em o réu citado por edital não comparecesse nem constituísse defensor teria o processo suspenso, bem como teria o curso do prazo prescricional suspenso⁽⁶⁾.

Porém, o legislador não previu para a citação por hora certa do novo art. 362 do Código de Processo Penal a suspensão do processo, podendo o processo seguir o seu trâmite normal à revelia do réu, o qual se presume estar se escondendo da citação,

É tarefa primordial do legislador infraconstitucional observar o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa durante a fase legislativa de construção de um novo procedimento ou de alteração de um procedimento já existente, observando os postulados principiológicos que visam dar concretude a este direito fundamental, estabelecidos no art. 5º e inciso da Constituição Federal de 1988, dentre eles o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, juiz natural, dentre outros.

dando-o por cientificado da acusação que lhe é feita, contrariando justamente o espírito que motivou a alteração no art. 366 do Código de Processo Penal pela Lei 9.271/96.

Tal falha legislativa gera importantes consequências jurídicas: a primeira refere-se ao flagrante prejuízo imposto ao contraditório e a ampla defesa, na medida em que o réu não pode exercer sua autodefesa, com o processo tramitando a sua revelia, não tendo contato

com o juiz natural da causa, não podendo, desta forma, oferecer-lhe a sua versão dos fatos. Também é prejudicial ao correto julgamento da causa, tendo em vista que o juiz extrai importantes elementos de convicção do seu contato com réu durante o interrogatório, propiciando-lhe mais elementos para poder proferir uma decisão de melhor qualidade.

Assim, é imperativo que, para as hipóteses onde ocorra a citação por hora certa, se aplique a previsão de suspensão do processo prevista no art. 366 do Código de Processo Penal. Pode ser oferecida a objeção de que a suspensão do processo é prevista somente no caso de citação por edital, porém tal argumentação se mostra deficiente, pois, no momento histórico em que fora aprovado à atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal⁽⁷⁾, existia apenas uma espécie de citação ficta, a citação por edital. Portanto, era indiferente para o legislador da época utilizar o gênero (citação ficta) na redação legislativa

quando existia no processo penal apenas uma única espécie de citação ficta no processo penal (citação por edital). Atualmente, com a introdução da outra espécie de citação ficta no processo penal (citação por hora certa), a não aplicação analógica do art. 366, CPP, aos casos de citação por hora certa gera um tratamento desigual inaceitável em um processo penal de cunho garantista, posto que àquele que for citado por edital terá direito à suspensão do processo, tendo seu direito de defesa e de presença garantidos quando comparecer em juízo, porém aquele que for citado por hora certa terá tramitando, contra sua pessoa, processo criminal à sua completa revelia. Portanto, a mera interpretação gramatical do art. 366, CPP, de que este prevê a suspensão do processo e do prazo prescricional somente nas hipóteses de citação por edital, excluindo-se a aplicação analógica nos casos de citação por hora certa, nega concretude ao princípio da isonomia insculpido no art. 5º, caput da Constituição Federal de 1988.

A mera interpretação gramatical do art. 366, CPP, não estendendo sua aplicação aos casos de citação por hora certa, viola também o próprio espírito da lei que motivou a sua reforma (Lei 9.217/1996), cuja intenção era impedir que o réu que fosse fictamente citado por meio de edital e fosse pro-

cessado sem ter plena ciência da acusação que lhe é imputada, que certamente será prejudicado no caso de não ser estendida a aplicação do art. 366, CPP, para os casos de citação ficta na modalidade de hora certa.

Diante desta breve exposição e dos argumentos expostos, torna-se forçoso concluir no sentido da aplicação analógica do art. 366, CPP, aos casos de citação por hora certa, como forma de garantir a isonomia entre àqueles que citados fictamente, não comparecem nem constituem defensor, e também como forma de garantir em ambas as situações o direito de defesa e de presença do acusado.

NOTAS

- (1) Neste sentido **CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo.** 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46. Saliente-se ser esta a postura adotada por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, tais como o Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha, nos julgados BVerfGE 42, 64; 49, 220; 52, 131, enfatizando, em apertada síntese, que a missão do Direito Processual é a produção de decisões conforme a lei, desde que estas sejam corretas e justas, enfatizando, assim, a tarefa do direito processual de realizar justiça.
- (2) **ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales.** Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, Trad. Ernesto Garzón Valdés, 2002, p. 473.
- (3) **TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias In-**

dividuais no Processo Penal Brasileiro. 2ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 179. Em sentido similar **CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, op. cit.,** p. 280, asseverando que se atribui ao réu a eventualidade da defesa.

- (4) Novamente invocamos a lição de **Tucci**, que sustenta que “o direito deste à contrariedade real assume natureza de indisponível, dada, precipuamente a impessoalidade dos interesses em conflito, sendo, portanto, indispositivo” (**TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal.** São Paulo: RT, 2003, p. 181).
- (5) Súmula 523 STF: “No processo penal, a falta de defesa técnica constituirá nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo do réu.”
- (6) A suspensão do processo para o réu que fosse citado por edital e não comparecesse nem constituísse defensor foi objeto de reiterados pedidos por sua adoção, como forma de se garantir a efetividade do direito de defesa através da informação sobre a imputação que lhe é feita, que resta prejudicada na citação por edital (**GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal.** 8ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 124). Sobre a imprescindibilidade da informação, **Canuto Mendes de Almeida** acentua a impossibilidade de se defender sem o conhecimento dos termos da imputação (**MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. Processo Penal: Ação e Jurisdição.** São Paulo: RT, 1975, p. 114).
- (7) A atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal foi dada pela Lei 9.271/1996.

Christian Sthefan Simons

Advogado, mestre em Direito Processual Penal pela FDUSP e professor de Direito Processual da Universidade Nove de Julho

UM VETO E O MALABARISMO PSICOLÓGICO

Carlos Henrique Borlido Haddad

O Código de Processo Penal, por mais que tenha tentado resguardar a imparcialidade do juiz (arts. 252, 254 e 427), nunca foi pródigo em evitar ou coibir a prevenção do magistrado. Pelo contrário, o Direito Processual penal pátrio, como bem adverte **Aury Lopes Jr.**, escolhe a prevenção como critério de definição de competência⁽¹⁾, pois, em concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, prevalecerá aquele que, antecedentemente, praticar algum ato do processo ou conhecer de medida a este relativa. De acordo com essa orientação, regimentos internos de tribunais costumam definir a prevenção do relator em variadas hipóteses. O art. 69 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal dispõe que “o conhecimento do mandado de segurança, do habeas corpus e do recurso civil ou criminal torna preventa a competência do relator, para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução, referentes ao mesmo processo”. Não é diferente a regulamentação contida no regimento do Superior Tribunal de Justiça, com o acréscimo de que “a

distribuição do inquérito e da sindicância, bem como a realizada para efeito da concessão de fiança ou de decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa, prevenirá a da ação penal” (art. 71).

Por outro lado, os países europeus parecem caminhar em sentido oposto. A *Corte Costituzionale*, ao proferir a *sentenza* n. 432/1995, decidiu que não poderia participar da instrução criminal o juiz que, durante as *indagini preliminari*, tenha aplicado medida cautelar pessoal contra o acusado. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no julgamento do caso Castillo-Algar contra Espanha, em 28/10/98, declarou vulnerado o direito a juiz imparcial o fato de dois magistrados, que haviam formado parte de uma Sala que denegou recurso interposto na fase pré-processual, também terem participado do julgamento⁽²⁾.

O juiz que já tomou conhecimento, mesmo que em escala superficial, de fatos cujo mérito será por ele apreciado, segundo a regulamentação nacional, torna-se mais habilitado ao julgamento da causa.

As duas tendências baseiam-se em premissas distintas que afetarão ou não a imparcialidade, dependendo do tratamento que se dá à prevenção. O juiz que já tomou conhecimento, mesmo que em escala superficial, de fatos cujo mérito será por ele apreciado, segundo a regulamentação nacional, torna-se mais habilitado ao julgamento da causa. O prévio conhecimento obtido, indiciária ou integralmente, propiciaria melhor julgamento em virtude da maior soma de elementos que compõem a esfera de saber do julgador. E se no Direito Processual Civil e Penal permite-se ao magistrado ordenar, de ofício, a produção de provas, o ativismo judicial em busca da mais profícua elucidação dos fatos converge com a necessidade de se prevenir o juiz que, comparativamente a seus pares, guarda maior grau de cognição sobre o caso submetido a sua apreciação.