

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**EDITORIAL:****DEFENSORIA PÚBLICA:
JUSTIÇA PARA QUEM MAIS PRECISA.**

No marco dos 20 anos da Constituição Cidadã que reconheceu significativo rol de direitos do indivíduo em face do Estado, a percepção que ainda prevalece no tecido social é do insuficiente avanço na efetivação dos direitos sociais e da constância maior do que aceitável num regime democrático de violações aos direitos humanos.

Passadas duas décadas, a sociedade brasileira ainda não alcançou ultrapassar a fronteira entre a previsão formal de direitos e a construção palpável de instrumentos efetivos e sólidos de garantia à observância destes direitos.

Neste cenário, a precária estruturação da Defensoria Pública como uma realidade nacional é exemplo contundente desta dívida do poder público em relação à nossa já amadurecida Carta Constitucional. Dívida que está no âmago da dificuldade que se enfrenta na universalização de direitos formalmente previstos para todos, sem distinção.

Esta desigualdade no gozo de direitos tem se sentido de maneira aguda na persecução penal, o que recentemente vem ganhando largo espaço nos veículos de comunicação. A ausência de defesa efetiva que atinge de forma desigual os economicamente necessitados, em razão da insuficiência da Defensoria Pública no aparato estatal, tem inclusive levado a mídia a enxergar a existência de privilégios na fruição legítima de direitos constitucionalmente previstos para aqueles mais abastados.

Na verdade, estamos tão pouco acostumados com a imagem do cidadão excluído no exercício de seus direitos que, por vezes — e mais freqüentemente na área criminal —, caímos na armadilha de buscar produzir a igualdade às avessas, ao invés de externarmos indignação por aqueles que não acessam as palavras insculpidas pela tinta do constituinte.

De fato, os números da realidade de um sistema de justiça que reproduz, no seu interior, a desigualdade social e econômica, parecem não impressionar. A grande diferença apresentada nos quatro cantos do país entre o número de juízes, promotores e defensores é quase encarada com naturalidade. Não se vê, por exemplo, profunda indignação com os dados da execução penal no Estado de São Paulo, responsável praticamente pela metade da população carcerária do país. São mais de 150 mil presos, mais de 400 instalações prisionais, entre penitenciárias e unidades destinadas a presos provisórios, e apenas 35 defensores públicos atuando na área em todo o Estado, nenhum deles, por insuficiência de profissionais, atuando permanentemente nos presídios. Calcu-

la-se que exista sensível quantidade de presos que já cumpriram suas penas ou cumpriram os requisitos para a progressão de regime ou o livramento condicional, mas continuam superlotando as penitenciárias por falta de defesa jurídica. E a sociedade e os governos ainda ficam perplexos com os motins, as rebeliões e com o poder de comando e organização das facções criminosas que atuam no interior destes estabelecimentos.

Não somente na administração do caos que se transformou o nosso sistema (?) prisional que os defensores públicos poderiam agir como uma ferramenta de pacificação. O acesso à justiça como uma garantia que não encontra barreiras nas classes sociais não é apenas um requisito formal indispensável da regularidade do sistema de justiça, mas é pilar para a concretização de outros objetivos sociais, produzindo reflexos sensíveis na segurança pública e na estabilização, em geral, das relações sociais.

Há que se reconhecer um importante passo dado com a EC 45/2004, que conferiu autonomia administrativa e financeira à Defensoria Pública, além das garantias de inamovibilidade e independência funcional aos seus membros. A partir dessa conquista no texto constitucional, é visível o fortalecimento da instituição em alguns Estados, sendo que a pauta do acesso à justiça e da defesa efetiva para todas as classes ingressou na agenda política de forma irreversível. Alguns avanços, contudo, ainda encontram inaceitável resistência, como a conferência de autonomia legislativa à instituição, nos moldes existentes em relação à Magistratura e ao Ministério Público, medida que integra o quadro completo de autonomia desta função essencial à Justiça, indispensável para que ela não esteja sujeita às amarras de governos e possa exercer seu papel de maneira independente, de olhos postos tão-somente na defesa dos direitos da população carente.

A conquista de condições adequadas para a prestação do serviço de assistência jurídica integral e gratuita tem se mostrado apenas pontual e localizada, não sendo significativa o bastante para ser vista como um curso de desenvolvimento da Defensoria Pública no país. A marca da prima pobre do sistema de justiça, apropriando-se da expressão utilizada em sensível artigo recentemente publicado por **Marcelo Semer**, ainda é a hipotrofia institucional.

Duas perguntas são inevitáveis: a quem interessa esse cenário e até quando ele poderá perdurar se vai claramente de encontro aos interesses sociais bem desenhados pela Constituição?

- **EDITORIAL:**
DEFENSORIA PÚBLICA: JUSTIÇA PARA QUEM MAIS PRECISA. 1
- **O PREÇO DA VERDADE REAL: INCONSTITUCIONALIDADE NAS CUSTAS PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS DE DEFESA.**
Alamiro Velludo Salvador Netto e Luciano Anderson de Souza 2
- **A RETIRADA DO RÉU DA SALA DE AUDIÊNCIA E O NOVO ARTIGO 217 DO CPP**
João Fiorillo de Souza 4
- **HAMLET ENTRE NÓS**
Marcos Zilli 6
- **A NOVA REDAÇÃO DOS ARTIGOS 155 E 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL**
Carla Campos Amico 7
- **REFORMA DO PROCEDIMENTO COMUM (LEI N. 11.719/08): O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA E A ABSOLUÇÃO SUMÁRIA (ART. 397 DO CPP).**
Paulo Henrique Aranda Fuller 9
- **JUIZ INQUISIDOR E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA QUESTÃO CONTROVERTIDA.**
Carla Domenico 11
- **INTERVENÇÃO MÍNIMA: UM PRINCÍPIO EM CRISE.**
Élcio Arruda 13
- **JUÍZOS PERIGOSOS**
Eduardo Mahon 14
- **1º CONCURSO DE SÚMULAS DO IBCCRIM: ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E A PRIMARIEDADE NO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES**
Ivan de Carvalho Junqueira 15
- **A SÚMULA VINCULANTE Nº 9 E O DIREITO PENAL: ANÁLISE DE DOIS ASPECTOS À LUZ DA GARANTIA DA LEGALIDADE.**
Mariângela Gama de Magalhães Gomes ... 17
- **ANENCEFALIA E TORTURA**
Debora Diniz e Janaina Penalva 19

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**O DIREITO POR QUEM O FAZ**

- **COLHEITA ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL E CAUTELARIDADE** 1209
- **CRIME AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA** 1211

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1212
- Superior Tribunal de Justiça 1213
- Tribunais Regionais Federais 1214
- Tribunais de Justiça 1215

Judiciária incidente sobre os serviços públicos de natureza forense, salienta, em seu artigo 4º, parágrafo 9º, alínea a, que: “nas ações penais, em geral, o valor equivalente a 100 (cem) UFESP’s, será pago, a final, pelo réu, se condenado.” Ainda que se discuta a inserção dos recolhimentos de oficiais de justiça no conceito de custas (cf. ADIN – nº 3154 – STF), o fato é que o respeito ao exercício pleno da defesa — adicionado ao princípio da presunção de inocência e à busca pela verdade real — também não baliza a edição das Normas de Serviços da forma em que foram estabelecidas.

Em suma, o que culmina a aplicação do disposto nas Normas de Serviços é a mais absoluta violação ao princípio da ampla defesa, consubstanciado na plena possibilidade de trazer aos autos todos os elementos probatórios destinados a afastar a imputação do órgão acusatório.

Diante da constatação prática da condição econômica da maioria dos interlocutores da Justiça Criminal, medidas desta índole destinam-se tão-somente a inviabilizar a defesa, romper com a paridade de possibilidades jurídicas que constrói a equação dialógica da relação entre defesa e acusação. Mesmo nos procedimentos de natureza cível, os quais em muito se distanciam da importância da questão e do bem colocado sob a égide jurisdicional, a concessão da

Justiça gratuita é possibilitada, inclusive, para as partes representadas por defensores constituídos.

No processo criminal, acima de tudo, o aspecto que deve ser mais valorizado é exatamente a oportunidade de defesa, essência maior do paradigma democrático e civilizado. Esta constatação, todavia, coloca-se em total contradição com a norma administrativa editada, o que, por si só, exige a extinção de sua incidência na Justiça Criminal.

Isto posto, lamenta-se o quanto ocorrido no cotidiano forense paulista, aguardando-se o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo em foco a fim de se evitar um retrocesso ainda maior nas medidas de controle do crime e da pena no Estado Democrático brasileiro.

NOTAS

- (1) Prov. CGJ 8/1985.
- (2) Prov. CGJ 27/2006.

Alamiro Velludo Salvador Netto

Mestre e doutor em Direito Penal pela USP, coordenador-adjunto de projetos legislativos do IBCCRIM e advogado

Luciano Anderson de Souza

Mestre e doutorando em Direito Penal pela USP, coordenador-adjunto de cursos do IBCCRIM, professor coordenador do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Penal da ESA/OAB-SP e advogado



EDITAL DE CONVOCAÇÃO

São convocados os associados do **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM**, a se reunirem em **Assembléia Geral Ordinária**, 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.

Alberto Silva Franco
Presidente



(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

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

NÚCLEO DE PESQUISAS: Jacqueline Sinhoretto

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 Tibyriçá

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

SEMIÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

A RETIRADA DO RÉU DA SALA DE AUDIÊNCIA E O NOVO ARTIGO 217 DO CPP

João Fiorillo de Souza

Lamentavelmente, observa-se que virou rotina, no foro criminal, a retirada do réu da sala de audiência, supostamente com fundamento no artigo 217 do CPP, em sua redação original. Antes de iniciar a inquirição das vítimas e testemunhas, os juízes normalmente lhes perguntam se preferem depor na ausência do acusado, independentemente da prática de qualquer conduta ameaçadora ou intimidativa deste.

Esse costume judiciário — que conta com o apoio da doutrina e da jurisprudência do STF e do STJ⁽¹⁾ — contraria frontalmente o citado dispositivo legal, que exige uma *atitude* efetiva do réu capaz de influir no ânimo do ofendido ou da testemunha. Se isso não ocorre, a retirada viola — além da norma contida no artigo 217 — o direito assegurado ao imputado de presenciar os atos processuais (uma das facetas da ampla defesa), previsto na Constituição da República (artigo 5º, inciso LV) e no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (artigo 14, 3, “d”), ratificado pelo Brasil, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 266, de 12.12.91, e promulgado pelo Presidente da República mediante o Decreto n. 592, de 06.07.92 (Delmanto *et al.*, 2003).

Nesse contexto, veio a lume a Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, que alterou a redação, dentre outros, do referido artigo 217, legalizando a infeliz prática judiciária. Segundo o novo texto legal, basta que a testemunha (ou vítima) *sinta-se* humilhada, atemorizada ou constrangida, para que o juiz determine a inquirição por videoconferência, e, na impossibilidade de utilização dessa forma, ordene a retirada do acusado. Não importa se o réu praticou ou não alguma conduta, nem o motivo alegado (objetivo ou subjetivo, razoável ou não), revelando que o tema não foi tratado de forma adequada pelo legislador.

De início, recordemos que o direito conferido ao réu de presenciar os atos processuais não tem fundamento meramente legal, mas constitucional (artigo 5º, inciso LV). Lembre-se, ainda, que o Pacto Internacional acima mencionado assegura ao imputado, de forma *explícita*, o direito de presença (artigo 14, 3, “d”). Ainda que não se atribua a esse tratado a estatura de norma supraconstitucional (Mello *apud* Mazzuoli, 2000) ou constitucional (Grinover *apud* Mazzuoli, 2000), não há mais como negar o seu caráter supralegal⁽²⁾. Logo, não poderia uma lei ordinária restringir um direito estabelecido por norma superior.

Alega-se, em sentido oposto, que

nenhum direito é absoluto (Fudoli, 2008), podendo, portanto, haver restrição legal a direitos previstos constitucionalmente, desde que observados os postulados da razoabilidade e proporcionalidade. É evidente, porém, que tais critérios não foram observados pela nova lei, que permite a retirada do réu *independentemente* de qualquer conduta deste e da existência de motivos objetivos e razoáveis. Além do mais, a restrição ao direito de presença não é medida *necessária* nem *adequada* ao regular desenvolvimento da audiência. Se o réu ameaçar ou intimidar vítima ou testemunhas, poderá vir a ser responsabilizado criminalmente (artigo 147 do CP) e ter a sua prisão preventiva decretada (com fundamento na conveniência da instrução criminal), sem prejuízo da inclusão daquelas em programa especial de proteção (Lei n. 9.807/99).

Veja-se que o direito de presenciar os atos processuais é tão fundamental que está consagrado de forma expressa na Constituição dos Estados Unidos da América (6ª emenda), e a Suprema Corte desse país só admite restringi-lo — excepcionalmente — em caso de *comportamento* desordeiro, desrespeitoso ou atemorizador por parte do imputado (Ramos, 2006), o que se mostra razoável⁽³⁾.

Sabe-se, também, que a prova testemunhal, em regra, é utilizada como principal fundamento para a condenação, diante da precariedade da investigação criminal feita no Brasil. E quem milita na seara penal sabe a importância crucial da presença do acusado na audiência ao lado de seu defensor, auxiliando-o na formulação das perguntas (Fernandes, 2000). Logo, se é para admitir restrições ao direito de presença, que estas sejam feitas em casos realmente excepcionais.

Atente-se, ainda, para o fato de que o direito conferido à acusação de ouvir ofendido e testemunhas sem influências indevidas não possui maior importância do que o direito do réu de confrontá-las, não podendo, assim, prevalecer sobre este em caso de conflito. O objetivo do processo não é mais descobrir a “verdade real” a qualquer preço (Lopes Jr., 2007).

Concluimos, portanto, que a retirada do acusado da sala de audiência somente pode ser determinada em caráter absolutamente excepcional, caso o réu tenha um *compor-*

tamento capaz de influenciar indevidamente aquelas pessoas que serão ouvidas. E, nesse caso, deve-se garantir-lhe a possibilidade de assistir ao ato, por videoconferência. Em nosso sistema processual (acusatório), o réu é sujeito de direitos e não

mais objeto do processo. Deve ser tratado como inocente até a condenação irrecorrível e ter a sua dignidade respeitada (artigos 1º, III, e 5º, LVII, da CF/88).

Somente com essa

interpretação é possível salvar a novidade legislativa e evitar a sua retirada do ordenamento jurídico.

Em nosso sistema processual (acusatório), o réu é sujeito de direitos e não mais objeto do processo. Deve ser tratado como inocente até a condenação irrecorrível e ter a sua dignidade respeitada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. “A retirada do acusado da sala de audiências”, *Tribuna do Direito*, São Paulo, outubro de 2003, p. 26. Disponível em <<http://www.delmanto.com/artigo23.htm>>. Acesso em 27 jun. 2008.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2000.
- FUDOLI, Rodrigo de Abreu. “Lei nº 11.690/08: reforma do tratamento das provas no Código de Processo Penal”, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1821, 26 junho de 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11430>>. Acesso em: 27 jun. 2008.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, pp. 231-250, out./dez. 2000. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_148/r148-15.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2008.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-Americano*. São Paulo: RT, 2006.

NOTAS

- (1) STF, HC 67.711, 1ª Turma, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 04/03/06; STJ, HC 62.393, 6ª Turma, rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 04.10.07.
- (2) Cf. o voto do min. Gilmar Mendes no RE 466.343-1/SP, rel. min. Cezar Peluso (julgamento ainda não concluído).
- (3) No caso *Illinois v. Allen*, 397 US 337 (1970), a Suprema Corte assentou que “um dos mais básicos direitos contidos na cláusula de confrontação é o do acusado estar presente na sala durante cada um dos momentos processuais de seu julgamento” (Ramos, 2006).

João Fiorillo de Souza

Defensor público do Estado de Alagoas, especializando em Ciências Penais pela Unisul – Ipan – Rede LFG

PARTICIPE POR ACREDITAR

FORUM ON-LINE IBCCRIM

Veja, abaixo, a programação para os próximos encontros do Fórum *On-line* e participe!

Dia 12 de novembro de 2008: João Paulo Orsini Martinelli (mestre e doutorando em Direito Penal pela USP, professor do Centro Universitário Padre Anchieta [Unianchieta] e das Faculdades de Campinas [Facamp], professor no curso de pós-graduação da Universidade Metodista de Piracicaba e membro da Comissão de Jovens Penalistas da Associação Internacional de Direito Penal [AIDP]. Foi pesquisador na Universidade de Munique [Alemanha]. Curso pós-graduação em Direito Penal na Universidade de Salamanca [Espanha], conversando sobre: “*Lavagem de Dinheiro*”.

Dia 19 de novembro de 2008: Helena Regina Lobo da Costa (mestre e doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP; membro do Conselho Editorial da Revista do IBCCRIM e coordenadora chefe do Departamento de Pós-Graduação do IBCCRIM. Autora da obra *A Dignidade Humana - Teorias de Prevenção Geral Positiva* - Ed. RT, 2008), conversando sobre: “*Dignidade Humana e Finalidades da Pena*”.

Dia 26 de novembro de 2008: Roberto de Carvalho Campos (professor doutor do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Médico), conversando sobre: “*A Responsabilidade Jurídico-Penal do Médico*”.

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 Controvertidos*”.

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

IV SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE BROTAS - BROTAS / SP

Realização: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM e Ordem dos Advogados do Brasil - OAB - Seção de São Paulo - 206ª Subseção de Dois Córregos - Subsede de Brotas

Apoio de Divulgação: Departamento de Cultura e Eventos da OAB – SP

Data: 21 e 22 de novembro de 2008 (sexta-feira e sábado)

Local: Sindicato Rural de Brotas - Rua Américo Piva, 180 - Chapada dos Guimarães - Brotas / SP

Inscrições/Informações: (14) 3653-9800, angelicadalasta@mmol.com.br ou *on-line*: www.ibccrim.org.br

Valor da inscrição: profissional: R\$ 20,00 e estudante de graduação: R\$ 10,00 (o valor das inscrições será revertido para APAE de Brotas – SP)

Programação:

21/11 - 19h00 - Abertura: Carlos Vico Mañas

21/11 - 19h15 - Alvinho Augusto de Sá - *Facções Criminosas nos Presídios: Uma Análise à Luz da Psicologia das Massas*

21/11 - 20h30 - Olga Espinoza - *Sistemas Penitenciários e Reinserção Social*

22/11 - 09h00 - Arnaldo Malheiros Filho - *A Advocacia Criminal no Estado Policial*

22/11 - 10h15 - Susana Maria Aires de Sousa - *Medicamentos e Responsabilidade Criminal*

09 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.

SALAS DOS PROFESSORES

No ar, as novas entrevistas da série “Sala dos Professores” na TV IBCCRIM. Acesse e confira!

- Carlos María Romeo-Casabona
- Eugenio Raúl Zaffaroni
- Lola Aniyar de Castro
- Sylvia Steiner
- Stella Maris Martinez

Para assistir estas e outras entrevistas produzidas pelo IBCCRIM, entre no *site* www.ibccrim.org.br e clique no *banner* TV IBCCRIM.



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	

HAMLET ENTRE NÓS

Marcos Zilli

Receber ou não receber a denúncia?

Como é sabido, o recebimento formal da acusação é ato que não pode ser menosprezado. Com efeito, ao declarar admissível a imputação, reconhecendo a presença de elementos mínimos que lhe conferem sustentabilidade, o Estado-juiz sacramenta graves conseqüências que extravasam o campo processual, para alcançar, também, o meio social. De fato, a admissão de uma acusação penal reforça o estigma social que já pairava sobre quem até então figurava como suspeito, investigado ou indiciado justamente por estreitar o vínculo pessoa/fato-criminoso, tornando mais sólido o caminho em direção à efetivação do poder-dever punitivo.

No entanto, ao tratar desse importante ato, a nova legislação provocou grande perplexidade. Isso porque o recebimento veio referido em dois momentos distintos. O primeiro imediatamente após o oferecimento da acusação (art. 396, *caput*)⁽¹⁾. E o segundo após a realização de um contraditório preliminar materializado com a apresentação da resposta pelo acusado (art. 399)⁽²⁾. Um exame superficial dos dispositivos poderia levar à conclusão de que dois foram os momentos estipulados para o recebimento da acusação, o que, obviamente, se mostra insustentável. As incongruências no texto legal são evidentes impondose ao operador superá-las. Nesse ponto, interpretações puramente gramaticais são reducionistas não contribuindo para uma solução lógica e adequada. Daí ser imperiosa a compreensão do sentido desenhado para cada fase do procedimento penal.

O procedimento é uma unidade lógica, de modo que os atos que o compõem, para além dos efeitos imediatos produzidos, também contribuem para o desenrolar ordenado do processo rumo ao ponto culminante que é a sentença. A seqüência é, repita-se, lógica de modo que os atos singulares integram fases que, por sua vez, também estão interligadas entre si. Nenhum ato ou fase são inócuos e tampouco podem ser esvaziados pelo operador. Afinal, como observa Scarance⁽³⁾: “Cada ato tem um efeito próprio, particular, que opera dentro do universo do processo. Porém, esse efeito serve também para fazer com que o processo progrida na direção da sua meta e, por isso, o resultado de cada ato visa a influir direta ou indiretamente no conteúdo do ato final, cujo efeito se projeta para fora do âmbito processual.”

Há, pois, uma lógica em se desenhar um contraditório anterior ao recebimento formal da acusação. E tal se relaciona com a efetividade que se quer emprestar, tanto à

garantia da ampla defesa quanto à própria atividade processual. De fato, a resposta à acusação é o momento processual oportuno para que o acusado — que, invariavelmente não tomou parte na construção dos elementos informativos — traga todos os elementos que repute aptos a impedir o recebimento da acusação. O objetivo, portanto, é o de evitar que acusações desprovidas de sustentabilidade, ou mesmo desde logo manifestamente infundadas, tenham prosseguimento, prolongando o drama individual, além de onerarem, desnecessariamente, o Estado. Assim, uma vez reconhecida a pertinência da acusação, fica superada uma etapa processual, passando-se para a subseqüente em que todos os esforços estarão concentrados para a discussão e para o exame da veracidade da afirmação acusatória.

A questão não é nova entre nós. Muito pelo contrário. Ela está presente no processo de julgamento dos crimes de responsabilidade de funcionário público⁽⁴⁾ — o que, aliás, remonta a uma tradição oriunda do Código Criminal do Império —, nos crimes de menor potencial ofensivo⁽⁵⁾ e também na Lei de Tóxicos⁽⁶⁾. Por sua vez, os Anteprojetos de reforma do CPP, sucessivamente apresentados, já propunham uma alteração substancial nessa etapa com o estabelecimento da resposta preliminar para todos os procedimentos⁽⁷⁾. E nem se alegue tratar-se de peculiaridade nacional. Há muito está consolidada no direito norte-americano sob a denominação de *preliminary hearings*⁽⁸⁾, além de ter sido incorporada no processo penal internacional pelo Estatuto de Roma⁽⁹⁾.

Logo, não foi por menos que o artigo 394, § 4º, com redação dada pela Lei 11.719/2008, impôs a observância dos artigos 395 a 398 a todos os procedimentos penais, previstos ou não pelo Código. Afinal, a intenção era a de sempre conceder ao acusado uma oportunidade para a apresentação de uma defesa que fugisse do âmbito da mera formalidade. Na verdade, deve ela constituir importante instrumento potencialmente capaz de impedir o recebimento formal da acusação ou mesmo de consagrar a absolvição imediata do acusado, resgatando, assim, o prejuízo moral a que foi submetido.

E foi essa mesma preocupação com acusações desprovidas de requisitos mínimos que levaram à previsão de uma filtragem liminar a ser realizada pelo juiz. Assim, se desde logo constatada a inépcia, a ausência de pressuposto processual, a ausência de condição da ação ou a ausência de justa causa, a denúncia ou queixa será rejeitada

liminarmente⁽¹⁰⁾. Obviamente, nova peça poderá ser apresentada, desde que corrigidos aqueles vícios. O que se pretende, reiterar-se, é evitar a desnecessária movimentação da máquina judiciária. Por outro lado, caso o juiz repute presentes aqueles requisitos mínimos, determinará o processamento sem que tal ato implique recebimento formal da acusação com todos os efeitos jurídicos que lhe são próprios. É, note-se, a melhor, leitura a ser dada à expressão “receber” inserida de última hora no artigo 396. Cuida-se, portanto, de uma aceitação liminar e que leva, tão somente, ao chamamento daquele que foi indicado como o responsável pelo fato imputado. É por isso que ele terá ciência da apresentação da acusação para que então possa, desde logo, exercer a sua defesa em toda a sua plenitude e extensão.

E nem se alegue que a citação pressupõe o recebimento da acusação. Não há, necessariamente, tal ordem como já revelava a própria Lei dos Juizados Criminais. Afinal, o objetivo da citação é o de formalizar a ciência ao acusado dos termos de uma acusação que foi contra ele apresentada. Trata-se, portanto, de ato de informação, condição essencial para o exercício do contraditório e da ampla defesa. E havendo citação válida, desnecessária a sua repetição futura, até mesmo porque a relação, entre todos os sujeitos processuais, estará estabilizada⁽¹¹⁾.

Dessa forma, os argumentos que procuram ver na redação dada ao artigo 395 o momento desenhado para o recebimento formal da acusação partem de uma interpretação literal que desconsidera inúmeros aspectos ligados à estrutura lógica imaginada para o novo procedimento. Com efeito, este “recebimento” jamais poderia ser definitivo, pois do contrário, restaria totalmente esvaziada a previsão de uma resposta ampla por parte do acusado. Ademais, diante da clara regra de extensão dada pelo § 4º do artigo 394, haveria um inadmissível retrocesso em procedimentos que já traziam previstas a resposta preliminar. Por outro lado, imaginar “dois recebimentos” seria de todo absurdo além de trazer graves complicações na determinação do marco interruptivo da prescrição.

Logo, quando do oferecimento de denúncia ou da queixa, caberá ao juiz fazer um exame preliminar e que se limita a averiguar se a peça e a narrativa ali exposta reúnem os requisitos e as condições mínimas para o processamento com o chamamento do acusado para exercer a sua defesa. Não atendidos os requisitos e/ou au-

sententes as condições de ação ou de procedibilidade, o juiz desde logo a rejeitará. E, o recurso em sentido estrito eventualmente interposto poderá levar ao **processamento** da ação com a determinação de citação do réu, desde que julgado procedente. Assim, quando da apresentação da resposta, restarão ao juiz várias alternativas: rejeição diante da configuração de alguma das hipóteses previstas pelo artigo 395, absolvição sumária diante de todo o material que lhe foi apresentado pelas partes, acolhimento de alguma das exceções opostas ou, finalmente, o recebimento formal da acusação com a designação de audiência de instrução, debates e julgamento. E somente na última hipótese é que estará caracterizado o marco interruptivo do prazo prescricional.

Essa ordem lógica, é importante pontuar, deve ser aplicada a todos os procedimentos, inclusive aos Juizados Criminais e ao Tribunal do Júri. Quanto ao primeiro, todavia, deverá ser compatibilizada com os princípios da celeridade, da informalidade e da concentração dos atos processuais. De qualquer modo, naquele juízo deverão ser observadas a possibilidade de rejeição ou mesmo a absolvição sumária, após a resposta e antes do recebimento formal, mas tudo em audiência de instrução e julgamento.

Quanto ao procedimento do júri, também aplicam-se as regras previstas nos arts. 395 a 398, por mais que uma interpretação

literal do art. 406 indique o contrário. Afinal, a regra de extensão prevista pelo art. 394, § 4º não deixa dúvidas quanto à sua amplitude. Aliás, são justamente os crimes dolosos contra a vida que se mostram compatíveis com muitas das excludentes de antijuridicidade ou de culpabilidade. Nem seria lógico impor-se ao juiz o recebimento formal da acusação quando manifestamente evidenciada a presença de alguma excludente para somente reconhecê-la ao final. Daí o cabimento, também neste procedimento, do contraditório inicial.

É esta, enfim, a interpretação que resgata a lógica de todo o sistema o qual não pode ser comprometido por exegeses puramente literais. Os procedimentos penais devem ser avaliados em sua totalidade. O conjunto recentemente desenhado aponta para a efetividade de uma defesa capaz de impedir o recebimento formal da acusação ou até mesmo de conduzir a uma absolvição sumária. Se o legislador, no entanto, estabeleceu incongruências, cabe ao juiz fixar uma solução que resgate a unidade lógica tendo em vista o dogma do *fair trial*. Afinal, esta é uma das missões que lhe compete.

NOTAS

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

- (2) "Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado..."
- (3) *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33.
- (4) "Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará atulá-la e ordenará a notificação do acusado para responder por escrito, dentro do prazo de 15 (quinze) dias."
- (5) Como dispõe o art. 81 da Lei 9.099/95: "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..."
- (6) É o que dispõe o art. 55, caput da Lei 11.343/06: "Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia por escrito, no prazo de 10 (dez) dias."
- (7) Anteprojeto Tornaghi e Projeto de Frederico Marques. Nesse sentido: **FERNANDES, Antonio Scarance**. *A Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 174-177.
- (8) Trata-se de uma audiência em que a acusação e a defesa apresentam os seus argumentos e as suas provas a fim de ser aferida a existência ou não de fundamentos mínimos para a acusação. Caso esta seja considerada admissível, a causa é levada a julgamento. Ver: **BURNHAM, William**. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 2ª ed., St. Paul: West, 1999, pp. 262-263.
- (9) Art. 61.1.
- (10) De acordo com a nova redação do artigo 395.
- (11) Daí a redação dada ao art. 363, caput: "O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado."

Marcos Zilli

Juiz de Direito, professor doutor de Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e coordenador de Relações Internacionais do IBCCRIM

A NOVA REDAÇÃO DOS ARTIGOS 155 E 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL

Carla Campos Amico

O inquérito policial visa apurar a existência de infração penal e de sua autoria, oferecendo elementos ao titular da ação penal para a promoção da peça acusatória inicial. A investigação, geralmente a cargo da Polícia Judiciária, se desenvolve por impulso oficial sob a forma escrita, sem intervenção das partes (modelo inquisitório), sendo formada por uma série de diligências como buscas e apreensões, exames de corpo de delito, interrogatórios, depoimentos de testemunhas e ofendidos e reconhecimento de pessoas e coisas.

A prova colhida exclusivamente na fase de inquérito policial não passa pelo crivo do contraditório, com a presença das partes e, em razão disso, está sujeita ao contraditório diferido ou deve ser repetida em juízo para ser considerada apta a fundamentar o convencimento do julgador. Algumas provas produzidas na fase poli-

cial, embora não sujeitas ao contraditório prévio tais como as perícias realizadas em infrações que deixam vestígios (CPP, art. 158), guardam a presunção relativa de veracidade capaz de atestar a materialidade da infração e, em regra, não são repetidas em juízo em face do desaparecimento dos vestígios, embora seja admitida prova em contrário.

Na fase de investigação policial, admite-se a produção da prova através da intervenção judicial como a interceptação telefônica, a quebra do sigilo bancário e a busca e apreensão; nesses casos o contraditório será diferido para a fase judicial.

Dentre as provas colhidas no inquérito policial, a prova testemunhal tem valor relevante, pois não raras vezes, por deficiência de perícia técnica adequada e oportuna, as infrações penais só podem ser comprovadas por declarações de pessoas que

assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento.

A prova testemunhal exclusivamente colhida na fase inquisitorial, contudo, não pode fundamentar uma decisão judicial condenatória⁽¹⁾, necessitando ser repetida na ação penal sob o crivo do contraditório.

Aguardar a conclusão das investigações policiais para a adequada propositura da ação penal, resguardando a dignidade da pessoa humana que não deve ser atingida por denúncia temerária, por vezes, no entanto, leva ao perecimento da prova testemunhal colhida na fase investigatória. Daí a necessidade e urgência, ainda na fase de inquérito policial, da produção antecipada da prova testemunhal perante o juiz quando atendidos os requisitos para a concessão da cautelar: fundado receio de que a demora e a incerteza quanto ao comprometimento da testemunha em juízo possam

determinar o perecimento da prova.

A probabilidade de perecimento da prova testemunhal, a exemplo do que prevê a legislação processual penal para a fase judicial (CPP, art. 225), verifica-se quando a testemunha tiver necessidade de ausentar-se da comarca para lugar incerto, ou por enfermidade ou velhice inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista.

A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que alterou a redação dos artigos 155⁽²⁾ e 156⁽³⁾ do Código de Processo Penal, previu a possibilidade de, na fase de inquérito policial, desde que preenchidos os requisitos para a concessão da cautelar, poder ser deferida pelo juiz a produção antecipada da prova testemunhal, para resguardar o direito à prova que está ligado à garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) correlato aos direitos de ação (CF, art. 5º, XXXV) e de defesa (CF, art. LV), em que procuram as partes demonstrar a veracidade de suas afirmações. **Fernandes** (2000, pp. 68-69) sintetiza que o direito à prova se manifesta processualmente através de vários direitos da parte: "a) direito de requerer a produção da prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; d) direito a participar da produção da prova; e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador."

Uma vez produzida a prova testemunhal na fase inquisitorial sob o crivo do contraditório, ela será apta a realizar sua finalidade — convencer o juiz a respeito da existência ou inexistência de fato pretérito, da sua autoria e das circunstâncias em que ocorreram —, visando propiciar uma futura decisão judicial em ação penal que restabeleça um direito violado ou ameaçado.

O pedido de produção antecipada de prova deve ser processado em autos apartados ao da investigação policial da seguinte maneira: 1- formulação de requerimento motivado pelo Ministério Público (ação penal pública), pelo ofendido (ação penal privada) ou pelo indiciado ou suspeito, endereçado ao juiz competente; 2- para apreciar o pedido, em concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, prevalecerá aquele que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do procedimento investigatório, tais como decretação de prisão preventiva, concessão de fiança, mandado de busca e apreensão ou autorização de intercepta-

ção telefônica (CPP, art. 83). Não havendo prevenção entre os juízes, a precedência da distribuição fixará a competência (CPP, art. 75); 3- deferido o pedido, o juiz procederá à ouvida da testemunha, com a participação do Ministério Público, do ofendido, do indiciado ou suspeito, devidamente acompanhados de advogado, resguardado o contraditório.

Como, no inquérito policial, ainda não foi delimitada a acusação que apenas ocorre com o oferecimento da denúncia ou da queixa, quais devem ser os fatos questionados à testemunha sobre o crivo do contraditório? A prova oral deve ser colhida quanto à provável imputação ao agente descrita no auto de prisão em flagrante ou em outras provas até então coletadas. Evidentemente que a prova cautelar produzida sob o crivo judicial só terá valor a respeito dos fatos já identificados e definidos e entre as partes que participaram da coleta da prova, resguardada a ampla defesa e o efetivo contraditório.

Vale ressaltar que o deferimento e a produção da prova como cautelar não subtrai a imparcialidade do juiz que visará unicamente perquirir fatos reais e verossímeis (onde e como ocorreram, quem os praticou e em que circunstâncias), não conhecendo o resultado que a prova trará ao mundo jurídico e qual das partes será beneficiada com a sua produção.

O processo penal acusatório não se desnaturaliza com a produção antecipada da prova testemunhal (cautelar) na fase de inquérito policial, permanecendo hígidos os seus corolários: "a) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo deve desenvolver-se com contraditório pleno, perante o juiz natural" (**Grinover**, 1999, pp. 71-79).

Admitir a produção antecipada da prova testemunhal na fase de inquérito policial, por sua vez, não confere ao juiz a atribuição de investigador, própria da autori-

dade policial, senão a função de determinar providências cautelares sob o manto do contraditório e da ampla defesa para evitar o perecimento do direito do Estado (*jus puniendi*) ou do agente (*jus libertatis*), enfim a perda da possibilidade de elucidação da verdade real.

Na busca da verdade real, a extensão do direito à prova, apenas encontra barreira na inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito (CPP, art. 157), ou quando, na sua produção, não são resguardados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A concessão judicial da medida cautelar de antecipação da produção da prova testemunhal, na fase de inquérito policial, não atenta contra

qualquer princípio constitucional de garantia individual ou mesmo contra o sistema acusatório e, nos dias atuais, sua importância se revela, especialmente, no combate à força do crime organizado que aposta na ineficiência de técnicas periciais do Estado, no poder de atemorizar e fazer desaparecer testemunhas, de corromper agentes públicos e na demora da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FERNANDES, Antonio Scarance.** *Processo Penal Constitucional*. 2ª ed. ver. e atual., São Paulo: RT, 2000.
GRINOVER, Ada Pellegrini. "A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, pp. 71-79, jul./set. 1999.

NOTAS

- (1) STJ – RHV nº 10.456/GO, 6ª T., rel. min. **Vicente Leal**, j. 29.09.01, v.u., DJU 15.10.01, p. 299.
(2) "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."
(3) "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;"

Carla Campos Amico

Promotora de Justiça da Comarca de Natal-RN; especialista em Criminologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e especialista em Processo Penal pela Universidade Potiguar e Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte

REFORMA DO PROCEDIMENTO COMUM (LEI N. 11.719/08): O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA E A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA (ART. 397 DO CPP).

Paulo Henrique Aranda Fuller

1. Colocação do problema

A leitura dos arts. 396, *caput*, e 399, *caput*, ambos do Código de Processo Penal, evidencia uma duplicidade de alusões ao **recebimento** da denúncia ou queixa, suscitando desde logo a indagação sobre o momento processual adequado para a decisão de admissibilidade da acusação: seria depois de afastadas apenas as possibilidades de rejeição liminar (art. 396, *caput*) ou seria depois de afastadas *tanto* as possibilidades de rejeição liminar *como* as de absolvição sumária do acusado (art. 399, *caput*)?

A questão possui repercussão direta na interrupção do lapso prescricional (art. 117, I, do CP) e ainda define a absolvição sumária (art. 397 do CPP) como mera possibilidade de *juízo antecipado do pedido* (depois de instaurada e completada a relação processual) ou como uma *decisão preliminar* à instauração da ação penal (anterior ao recebimento da denúncia ou queixa).

Primeira posição: a decisão de recebimento da denúncia ou queixa seria aquela do art. 396, *caput*, do Código de Processo Penal (decorreria da não-rejeição). Para essa corrente, o termo “recebida”, contido no art. 399, *caput*, seria uma simples remissão ao recebimento ocorrido quando da apuração da ausência das causas de rejeição liminar (art. 395 do CPP).

A adoção da primeira orientação (para o recebimento da denúncia ou queixa basta não caber a sua rejeição) faria da absolvição sumária (art. 397 do CPP) uma mera possibilidade de **juízo antecipado do pedido**, quando o reconhecimento da atipicidade, da exclusão da ilicitude ou da culpabilidade prescindissem da produção de prova oral em audiência.

Seria uma decisão de absolvição proferida *no curso* da ação penal, depois do recebimento da denúncia ou queixa (art. 396, *caput*, do CPP), da citação do acusado e da apresentação de resposta à acusação, antes apenas da fase de instrução, de forma similar ao disposto no art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Segunda posição: a decisão de recebimento da denúncia ou queixa seria aquela do art. 399, *caput*, do Código de Processo Penal (decorreria da ausência das causas de rejeição liminar e de absolvição sumária). Para essa corrente, o termo “recebê-la-á”, contido no art. 396, *caput*, significa a simples não-rejeição liminar da denúncia ou queixa, para fins de continuidade do procedimento (citação e resposta à acusação), mas *não* recebimento propriamente

dito, em sentido técnico-processual de instauração da ação penal.

A segunda orientação (o recebimento da denúncia ou queixa supõe a impossibilidade da rejeição liminar, bem como da absolvição sumária) situaria a decisão de absolvição sumária (art. 397 do CPP) em uma **fase preliminar** à instauração da ação penal, antecedente ao recebimento da denúncia ou queixa (art. 399, *caput*, do CPP).

A fase preliminar abrangeria então as seguintes etapas:

- a) rejeição liminar (encerramento *sem* resolução de mérito) / não-rejeição liminar da denúncia ou queixa (continuidade do procedimento);
- b) citação do acusado;
- c) apresentação da resposta à acusação;
- d) absolvição sumária do acusado (encerramento *com* resolução de mérito) / recebimento da denúncia ou queixa (instauração formal da ação penal).

2. A solução proposta

Entendemos correta a segunda orientação, no sentido de que a decisão de recebimento da denúncia ou queixa somente teria lugar depois de superadas as possibilidades de rejeição liminar (art. 395 do CPP) e de absolvição sumária (art. 397 do CPP), de sorte que os arts. 395 a 397 representariam uma **fase preliminar** à instauração da ação penal.

Tal posição, no entanto, enfrenta uma objeção freqüente: como se poderia conceber uma decisão de absolvição antes da instauração formal da ação penal?

Demonstraremos, a seguir, a inconsistência da aludida objeção.

O regime processual anterior determinava a *rejeição* da denúncia ou queixa quando “o fato narrado evidentemente não constituir crime” (art. 43, I, do CPP), caso em que sempre se reconheceu a apreciação do *meritum causae*, com a conseqüente formação de coisa julgada material (antes mesmo da instauração formal da ação penal).

A respeito, **Ada Pellegrini Grinover** preleciona que, “ainda que declarada por ocasião da apresentação da denúncia ou da queixa, ocasionando a sua rejeição (art. 43, I, CPP), a falta de tipicidade não deixará de configurar sentença de mérito: aliás, o parágrafo único do art. 43 possibilita novo exercício do direito de ação, única e exclusivamente na hipótese do inciso III, do mesmo dispositivo. Não se refere, o parágrafo único, ao item I do artigo, demonstrando que a rejeição da denúncia ou queixa, por atipicidade dos fatos narrados, preclui a via judiciária

ria e impossibilita novo exercício do direito de ação, porque a lide já foi solucionada pelo mérito”⁽¹⁾. E adiante conclui: “em nosso entender, o art. 43, I, do CPP representa exatamente o permissivo legal para que o juízo de mérito venha antecipadamente, com todos os efeitos da coisa julgada material.”⁽²⁾

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal entende que a decisão de arquivamento dos autos de inquérito policial, quando fundada na atipicidade do fato, opera a formação de coisa julgada material⁽³⁾, a despeito de sequer haver acusação formal neste momento da persecução penal, em que o juiz exerce função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Como se percebe, a circunstância de a Lei n. 11.719/08 alterar a rubrica da decisão de “rejeição” por atipicidade do fato narrado (antigo art. 43, I, do CPP) para *absolvição sumária* (art. 397, III, do CPP) em nada modificou a sua essência (produção dos mesmos efeitos), pois “o que caracteriza um instituto, ressalte-se, não é sua posição topográfica no Código, ou o nome que lhe dão o legislador ou o intérprete, mas, sim, o seu real conteúdo”⁽⁴⁾.

A nosso ver, a Lei n. 11.719/08 apenas sistematizou as hipóteses do antigo art. 43 do Código de Processo Penal, de acordo com o seu fundamento: as de origem *processual*, como a ilegitimidade da parte e a falta de condição exigida para o exercício da ação penal (inciso III), continuam deflagrando a **rejeição liminar** da denúncia ou queixa, sem resolução de mérito (art. 395 do CPP), enquanto que as de origem *material*, como a atipicidade do fato narrado e a extinção da punibilidade (incisos I e II), ensejam agora a **absolvição sumária** do acusado, com resolução de mérito (art. 397 do CPP).

E o mais importante: afirmar que o recebimento da denúncia ou queixa ocorreria no momento processual do art. 396, *caput*, do Código de Processo Penal (não-rejeição liminar), implica o absurdo de obrigar o juiz a admitir acusações em que o fato narrado seja evidentemente atípico ou em que esteja extinta a punibilidade, simplesmente porque tais situações foram rotuladas como causas de absolvição sumária do acusado⁽⁵⁾ (art. 397, III e IV, do CPP).

Como anotado, a lógica do sistema processual penal não pode ser subvertida por força da singela mudança do *nomen iuris* de uma decisão, notadamente quando considerado que o art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal, determina o reconheci-

mento *ex officio* das causas de extinção da punibilidade, em qualquer fase do processo (e o oferecimento da denúncia ou queixa estabelece relação processual entre o órgão da acusação e o juiz).

Cabe salientar que a possibilidade de absolvição sumária não representa novidade em nosso sistema processual penal: o art. 6º, *caput*, *in fine*, da Lei n. 8.038/90⁽⁶⁾, que disciplina o procedimento das ações penais de competência originária dos Tribunais, permite que estes deliberem sobre “a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas”⁽⁷⁾, antes mesmo do recebimento da denúncia ou queixa⁽⁸⁾, ou seja, antes da instauração formal da ação penal. Portanto, se a absolvição sumária é admitida para os detentores de prerrogativa de função, por que não o seria para os acusados em geral?

Weber Martins Batista, ao discorrer sobre o saneamento no processo penal, sustenta a possibilidade de absolvição preliminar: “nos processos do júri, a decisão preliminar baseia-se nas provas colhidas no sumário. Nos processos das varas comuns poderá basear-se na prova do inquérito policial, esclarecida pelas alegações e complementada com as provas que o acusado produzir com sua defesa prévia.”⁽⁹⁾ E acrescenta: “o próprio legislador admite como possível a apreciação de mérito, para absolvição do acusado no nascedouro do processo, com base em prova colhida antes da instrução criminal, desde que plena e indiscutível, pois não é outra coisa o que consagram os arts. 514-516 do Código, que tratam dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos. Salvo a fase inicial, em tudo o mais são esses processos semelhantes ao processo ordinário.”⁽¹⁰⁾

Por derradeiro, nada impede que a citação do acusado seja operada antes da instauração formal da ação penal (art. 396, *caput*, do CPP), tal como sucede no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais (arts. 78, *caput* e § 1º, e 81, *caput*, ambos da Lei n. 9.099/95).

3. Aplicação da rejeição liminar (art. 395 do CPP) e da absolvição preliminar (art. 397 do CPP) ao procedimento do júri

Entendemos ter aplicação ao procedimento do júri as fases de rejeição liminar da denúncia ou queixa (art. 395 do CPP) e de absolvição preliminar do acusado (art. 397 do CPP), antes da instauração da ação penal.

Passaremos a designar por *preliminar* a absolvição sumária do art. 397 do Código de Processo Penal (anterior ao recebimento da denúncia ou queixa), para distinguir daquela proferida ao final da instrução preliminar do procedimento do júri (art. 415 do CPP).

Com efeito, se o fato narrado for evidentemente atípico, não teria sentido o juiz ser obrigado a receber a denúncia ou queixa para, somente ao cabo da instrução preli-

minar, proceder à absolvição do art. 415, inciso III, do Código de Processo Penal.

O mesmo se diga em relação aos casos de extinção da punibilidade ocorrida antes do recebimento da denúncia ou queixa, mesmo porque o art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal, determina o seu reconhecimento *ex officio*, em qualquer fase do processo.

Do contrário, em crimes dolosos contra a vida, por força da suposta incompatibilidade do art. 397 do Código de Processo Penal, o acusado teria sempre que impetrar *habeas corpus* contra a decisão de recebimento da denúncia ou queixa para, somente então, obter o reconhecimento da extinção da punibilidade (art. 648, VII, do CPP), agora erigida à categoria de absolvição (art. 397, IV, do CPP).

Ademais, as situações de absolvição preliminar (art. 397 do CPP) e de absolvição sumária (art. 415 do CPP) são claramente distintas.

A atipicidade da absolvição preliminar é aquela evidenciada pela *narrativa* do fato contido na denúncia ou queixa (art. 397, III, do CPP), independentemente da apreciação dos elementos de convicção coligidos na investigação criminal, enquanto que a atipicidade da absolvição sumária é aquela resultante da valoração das provas produzidas durante a instrução preliminar do procedimento do júri (art. 415, III, do CPP).

Cumpre discernir a atipicidade abstrata (do fato narrado na denúncia ou queixa) da atipicidade concreta (do fato apurado durante a instrução preliminar do procedimento do júri). A primeira enseja a absolvição preliminar (art. 397, III, do CPP); a segunda, a absolvição sumária (art. 415, III, do CPP).

Temos, portanto, três possibilidades:

a) a ausência de suporte fático (elementos de convicção coligidos durante a investigação criminal) para a acusação acarreta a *rejeição liminar* da denúncia ou queixa, sem resolução de mérito, por falta de justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III, do CPP);

b) a atipicidade (abstrata) do fato narrado na denúncia ou queixa, *v.g.*, a descrição de crime impossível, acarreta a *absolvição preliminar*, com resolução de mérito (art. 397, III, do CPP), antes mesmo da instauração da ação penal (anterior ao recebimento da denúncia ou queixa);

c) a atipicidade (concreta) do fato apurado durante a instrução preliminar do procedimento do júri, *v.g.*, a demonstração cabal da ocorrência de erro de tipo permissivo (art. 20, § 1º, do CP), acarreta a absolvição sumária, com resolução de mérito (art. 415, III, do CPP), ao final da instrução preliminar do procedimento do júri.

Paralelamente, a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, constatada durante a investigação criminal, permite a absol-

vição preliminar (art. 397, I e II, do CPP), antes do recebimento da denúncia ou queixa, ao passo que a *demonstração* dessas situações, durante a instrução preliminar do procedimento do júri, possibilita a absolvição sumária (art. 415, IV, do CPP).

A aplicação da rejeição liminar e da absolvição preliminar a esses casos é reforçada pelo art. 394, § 4º, do Código de Processo Penal, que, depois de aludir ao procedimento do júri (§ 3º), determina a incidência dos arts. 395 a 398 “a todos os procedimentos penais de primeiro grau”.

Assim, haveria incompatibilidade apenas em relação ao momento da citação (art. 396 do CPP), que no procedimento do júri se opera *depois* do recebimento da denúncia ou queixa (art. 406, *caput*, do CPP), de sorte que as decisões de rejeição liminar e de absolvição preliminar seriam proferidas independentemente da manifestação do acusado (antes da apresentação da resposta à acusação), tal como sucedia no regime do antigo art. 43 do Código de Processo Penal.

NOTAS

- (1) GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: Uma Tentativa de Revisão*, São Paulo: Bushatsky, 1977, pp. 70-71.
- (2) GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal: Uma Tentativa de Revisão*, São Paulo: Bushatsky, 1977, pp. 72-73.
- (3) STF, 1ª Turma, HC 83.346/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 17.05.2005, DJ 19.08.2005; STF, Tribunal Pleno, Inq-QO 1.604/AL, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 13.11.2002, DJ 13.12.2002.
- (4) BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 125.
- (5) Cumpre esclarecer que, a partir da Lei n. 11.719/08, a atipicidade do fato narrado na denúncia ou queixa e a extinção da punibilidade (antigo art. 43, I e II, do CPP) não podem mais ser consideradas como situações de impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse processual (*carência de ação*, que ensejaria a rejeição liminar do art. 395, II, *in fine*, do CPP), respectivamente, pois agora constituem causas de absolvição sumária do acusado (*improcedência do pedido*), a teor do art. 397, incisos III e IV, do Código de Processo Penal. Acolheu-se, assim, a proposta formulada por Ada Pellegrini Grinover (*As Condições da Ação Penal: Uma Tentativa de Revisão*, São Paulo: Bushatsky, 1977, pp. 70/75-76).
- (6) O art. 1º da Lei n. 8.658, de 26 de maio de 1993, determina a aplicação das mesmas normas aos processos de competência originária dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.
- (7) STJ, Corte Especial, Apn 404/AC, rel. min. Gilson Dipp, j. 05.10.2005, DJ 24.10.2005; STJ, 5ª Turma, REsp. 245.005/PR, rel. min. Felix Fischer, j. 04.09.2001, DJ 08.10.2001.
- (8) STJ, 5ª Turma, REsp. 142.168/GO, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, j. 19.08.1999, DJ 20.09.1999; STJ, Corte Especial, Apn 240/PA, rel. min. Fernando Gonçalves, j. 18.08.2004, DJ 20.09.2004.
- (9) BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 146.
- (10) BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 147.

Paulo Henrique Aranda Fuller

Juiz de Direito em Minas Gerais, mestrando em Direito Penal pela PUC-SP e professor de Processo Penal da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (LFG)

JUIZ INQUISIDOR E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA QUESTÃO CONTROVERTIDA.

Carla Domenico

JUIZ INQUISIDOR E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA QUESTÃO CONTROVERTIDA.

As tão esperadas mudanças no Código de Processo Penal vieram. Mas, infelizmente, com surpreendentes distorções. Se, de um lado, é um alívio a disposição segundo a qual “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão **exclusivamente** nos elementos informativos colhidos na investigação...” (art. 155, do CPP), de outro, vê-se o estabelecimento de regras que legitimam a figura de um juiz inquisidor, inexistente no processo penal do tipo acusatório e a afronta à amplitude do direito de defesa.

Atendendo à ansiedade de um processo mais célere, o artigo 212, trazido pela Lei nº 11.690/08, regulamentou a possibilidade de as partes indagarem diretamente à testemunha, sem desnecessárias repetições e interpretações. Sem embargo, no parágrafo único, vem a seguinte disposição: “sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

Tal disposição vaga e elástica coloca a defesa em posição absolutamente desequilibrada e injusta, merecendo severas críticas. O que são pontos não esclarecidos? No que consiste tal possibilidade? Se pensarmos que o juiz não tem no processo penal a figura de inquisidor e, portanto, perseguidor das proposições acusatórias, dever-se-ia pensar que pontos não esclarecidos são *obscuridades* percebidas na resposta da testemunha em decorrência das indagações direta das partes. Na prática, no entanto, tal dispositivo veio para consagrar a participação do magistrado na busca de provas, afastando-se cada vez mais de sua posição equidistante das partes e próxima da Justiça. E pior, após a defesa ter direito de questionar as testemunhas. Vale dizer, feitas as reperguntas da defesa, o juiz, a pretexto de buscar apenas “esclarecimentos” pode desmontar o trabalho defensivo.

Como ensina o prof. **Tourinho Filho** “No Direito pátrio, o sistema adotado é o acusatório. A acusação, nos crimes de ação pública, está a cargo do Ministério Público...”⁽¹⁾. Aliás, lembrando a lição de **Marcellus Polastri Lima**, o sistema acusatório já adotado anteriormente à Carta de 1998 “hoje deflui de princípios processuais inseridos na própria Constituição, mormente ao estabelecer a Carta Magna o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), o princípio do juiz natural e imparcial (arts. 5º, LIII, 92 e 126) e, principalmente, a privatividade da promoção da ação penal pública assegurada ao Parquet (art. 129, I)”⁽²⁾. É por isso que “dispondo o art. 129, I, da Constituição Federal,

que compete ao Ministério Público a exclusividade da promoção da ação penal pública, e examinando-se os demais incisos do art. 129, mormente o VII, que confere o controle externo da atividade policial ao Parquet, não há dúvida que constitucionalmente foi adotado no Brasil o sistema acusatório”⁽³⁾.

Portanto, embora, o processo penal no Brasil seja, ao menos formalmente, do tipo acusatório, ou seja, o ônus da prova cabe a quem a alega (artigo 156, do CPP), o artigo 212, parágrafo único, do CPP, **contraditoriamente**, dá ensejo a interpretações que consagram a figura do juiz inquisidor, que não só tem a possibilidade de perguntar por último à testemunha — preterindo, quando não, anulando, o direito de defesa —, como invade o campo acusatório para buscar provas sobre o fato afirmado na denúncia (artigo 212, parágrafo único, do CPP).

Insista-se, se a lei permite ao magistrado questionar a testemunha após as partes terem encerrado suas indagações, este questionamento deve restringir-se unicamente a esclarecimentos sobre pontos controvertidos do depoimento e não sobre a acusação, ônus exclusivo de quem alega. Do contrário, é manifesta a falta de isenção do magistrado que investe a função de acusador. A sistemática anterior convenha-se, era melhor, pois ainda que o juiz fosse do tipo “acusatório”, a defesa poderia relativizar o peso do magistrado perguntando por último. Se não era o ideal, estava, ao menos, mais próximo do que agora sem tem considerando o valor constitucional da ampla defesa.

Aliás, a inovação trazida pelo novo artigo 156 também merece atenção. Enquanto estabelece que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, faculta ao magistrado de ofício “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” (inciso I), e, ainda, “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante” (inciso II).

Mais uma vez, tais dispositivos afrontam diretamente os princípios que norteiam um processo penal do tipo acusatório, permitindo que o juiz determine a realização da prova, sem qualquer requerimento das partes. Não que isso já não aconteça. Causa preocupação, porém, que o legislador contemple regras em franco desalinhamento com o modelo constitucional do processo penal.

Como se vê, com as alterações do Código de Processo Penal, especialmente aquelas trazidas pela Lei nº 11.690/2008, houve um alargamento das atribuições e poderes do magistrado à frente do processo penal, podendo, inclusive, de ofício, intervir no curso das investigações, antes de instaurada a ação penal.

Se o interesse e dever de provar a acusação é ônus da parte que acusa e esta não requereu diligências ou, mesmo no caso da realização de oitiva de testemunhas, esgotou seus questionamentos, é inadmissível que o magistrado num âmbito cognitivo absolutamente discricionário e sem qualquer provocação das partes produza provas.

Até porque, como lembrado pelo ilustre procurador da República **Rodrigo de Grandis** em artigo brilhante publicado na **RBCCRIM** sob o título “Juiz x compromisso com a luta contra o crime?”: “o principal atributo do juiz — em especial, o juiz criminal — é a **imparcialidade**. De fato, esse atributo é tão importante, tão fundamental, que é possível afirmar, sem medo de equívoco, que ele consubstancia verdadeira condição sine qua non do legítimo exercício da função jurisdicional”⁽⁴⁾. E a imparcialidade com que deve agir o magistrado, parece especioso dizer, deve mantê-lo distante da pretensão que se postula. Como lembra o autor “ao concretizar o ato de julgar, o magistrado deverá conduzir-se com isenção, humildade e sabedoria, fechando os olhos — e o coração — ao ódio, ao preconceito e às suas próprias paixões”⁽⁵⁾. E conclui: “o conceito de compromisso não casa, não se conforma, não se amolda ao exercício da atividade jurisdicional, notadamente aquela desempenhada no âmbito do direito processual penal, pautado, hodiernamente pelo sistema acusatório, no qual apenas o juiz criminal tem o poder de dizer se alguém cometeu crime, cabendo a titularidade da ação penal ao Ministério Público e a defesa dos direitos constitucionais fundamentais do réu ao advogado”⁽⁶⁾.

Assim, deve-se sempre ter em mente que “o dever de perseguir a verdade real, todavia, não é absoluto, incondicional. Ele sofre temperamentos decorrentes da adoção, no Brasil, do sistema acusatório, calcado, consoante declinado alhures, no actum trium personarum, isto é, no postulado de que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e no ne procedat iudex ex officio, o que significa dizer que, enquanto sujeito processual imparcial, não se confere ao juiz a prerrogativa de iniciar a ação penal ou adotar qualquer providência probatória na fase

pré-processual, como, exemplo, determinar, ex officio, a interceptação de comunicações telefônicas⁽⁷⁾.

Por isso, alerta **Geraldo Prado** que “atribuir ao juiz o poder de produzir provas de ofício deforma o ‘duelo intelectual’⁽⁸⁾. Como lembra o autor, o juiz não pode estar “desde logo psicologicamente envolvido com uma das versões em jogo. Por isso, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante. (...) a posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na idéia reitera do princípio do juiz natural — garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição — que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, tomada a expressão no sentido de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido a priori a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõem durante o processo⁽⁹⁾. Isso sem dizer que a isenção e imparcialidade representam a base da garantia da paridade de armas de raiz constitucional porque “só há processo penal real se no início do procedimento ambas as teses — de acusação e de resistência — puderem ser apresentadas em condições de vencer o juiz (Otto Kirchheimer)⁽¹⁰⁾”.

Não por outra razão, o Pleno do STF no julgamento da ADIN nº 1570/DF quando declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º, da Lei nº 9.034 de 3 de maio de 1995, que permitia o juiz investigar os fatos diretamente, afastou a possibilidade da existência de um juiz inquisidor que se imiscui na função que deve ser exclusivamente exercida pelo Ministério Público nas ações penais públicas incondicionadas: “Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público a às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e §2º; e 144, §1º, I e IV, e §4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia” (Pleno, STF, rel. min. **Maurício Correa**, DJ 12/02/2004).

O juiz é espectador e destinatário das provas colhidas no inquérito e processo para que possa livremente formar sua convicção, devendo zelar para que os direitos e garantias das partes sejam rigorosamente respeitados. O questionamento indiscriminado sobre a acusação ao final formulado à testemunha, após a manifestação da defesa, **substituindo-se ao órgão**

acusatório, viola o direito constitucional à ampla defesa. O mesmo se diga da sua interferência na determinação antecipada de provas que **subjettivamente** entende como relevantes e urgentes.

A missão do julgador, perdoe-se a redundância, é julgar. Aplicar a lei diante do caso concreto e provado. Não tem compromisso com a acusação, tampouco com a defesa. Tem compromisso, sim, de julgar as provas apresentadas no processo e concluir se a pretensão acusatória é procedente. **Quem acusa tem o dever de provar**. Se não o faz, não cabe ao magistrado — que deve ser absolutamente imparcial — buscar a prova acusatória. Até porque, não se pode perder de vista que o réu é inocente até que se prove o contrário. Isto não quer dizer que o juiz deva ser um espectador inerte. Até porque se pode buscar provas para acusar, poderia fazê-lo para absolver o réu e suprir uma defesa técnica falha. No entanto, como sabemos, no processo penal, não cabe ao réu provar a sua inocência, mas sim o órgão acusatório é quem deve provar suas imputações. Não é a toa que o princípio da presunção de inocência é norteador do processo penal e, portanto, se o réu é inocente por presunção constitucional (CF, art. 5º, inciso LVII), não deve fazer prova de sua inocência e nem deveria ser auxiliado a fazê-lo pelo magistrado.

O que se quer dizer é que o juiz deve sim dentro da sua soberania e independência buscar a realização da Justiça, sem, contudo, tornar-se com esta atuação aliado do órgão acusatório na sua pretensão, desequilibrando, assim, a balança que mede a igualdade processual.

Não se pode conceber em uma ação penal, que haja verdadeira **disparidade de armas**, em que o juiz em papel nitidamente inquisidor assessora as atividades do Ministério Público, complementando o trabalho acusatório. Todos contra a defesa.

Parece evidente que se a lei não pode se sobrepor à Constituição Federal, a única interpretação possível e aceitável dos dispositivos abertos deve ser feita de acordo com a Lei Maior: portanto, o juiz poderá esclarecer pontos controversos

da própria inquirição e não buscar provar o fato apontado pela acusação, dando oportunidade à defesa, se por esta reclamado, de reperguntar por último; e, ainda, a determinação para produção antecipada de provas deve ser permitida apenas com a demonstração do seu real risco de perecimento, dando ciência sem-

pre às partes, ou seja, Ministério Público e acusado, ainda que não instaurada a ação penal.

Não se pretende de forma alguma tisonar a independência do magistrado, mas apenas preservar as garantias de uma Constituição Federal de um Estado Democrático de Direito. Como lembrou o eminente min. **Nilson Naves** ao reconhecer violação ao

devido processo legal no julgamento histórico do *Habeas Corpus* nº 76.686 pelo colendo Superior Tribunal de Justiça: “[...] *Afinal, somos ou não somos nós que à lei damos espírito? Sou daqueles, e todos já sabem, que defendem, com unhas e dentes, a independência do julgador; independência, porém, que não consigo dissociar de interpretação equilibrada, sem paixão, arrojada, se for o caso, mas sempre respeitadora dos direitos individuais.*”

NOTAS

- (1) *Processo Penal*, 18ª ed., vol. I, Saraiva: Rio de Janeiro, p. 90.
- (2) *Ministério Público e Persecução Criminal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, pp. 124/125.
- (3) *Ob cit.*, p. 125.
- (4) *RBCCRIM* 71/250.
- (5) *Idem*.
- (6) *Idem*.
- (7) **Rodrigo de Grandis**, “Juiz x compromisso com a luta contra o crime”, *RBCCRIM* 71/258.
- (8) “Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, 3ª. ed., Ed Lumen Juris, 2005, p. 105.
- (9) *Ob. cit.*, pp. 108/9.
- (10) *Ob. cit.*, p. 109.

Carla Domenico

Advogada em São Paulo, especialista em Administração Legal para Advogados pela FGV - *GLaw* (2006); pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM (2004/2005); especialista em Direito Penal Econômico pela FGV - *GLaw* (2003); e professora da Pós-Graduação da Escola Paulista de Direito (2008-atual)

INTERVENÇÃO MÍNIMA: UM PRINCÍPIO EM CRISE.

Élcio Arruda

Sabidamente, o Direito Penal é instrumento à salvaguarda dos bens e valores mais relevantes na sociedade, aqueles cujo maltrato torna *insuportável* a vida em comum. Por se cuidar de suprema forma de coação estatal, impõe-se extrema cautela na filtragem dos valores/bens sujeitos à sua incidência. Por isto, a tarefa dele é assegurar o núcleo *mínimo da moral* — ou o “*mínimo ético*”, de que falava Jellinek⁽¹⁾ —, extraído à luz das violações reputadas *intoleráveis* pela consciência social. De tal sorte, sua ingerência nas relações sociais há de ser a menor possível. Aí, pois, o princípio da *intervenção mínima*, balizado pela Escola de Frankfurt⁽²⁾.

Contudo, nos últimos tempos, o princípio sob foco, tal como enunciado, parece envolto em profunda crise, quando confrontado a dados reais⁽³⁾. O núcleo mínimo da moral passível de tutela penal tem sido alvo de substancial dilatação. Assim o revela a torrencial edição de leis penais, ocorrência cosmopolita. Novos tipos são concebidos, os existentes são incrementados, novos setores são alcançados (novos bens jurídicos), alargam-se os espaços de riscos juridicamente relevantes, flexibilizam-se as regras de imputação e garantias processuais são reinterpretadas. Hoje, soa duvidoso falar de “núcleo mínimo”, tamanho o espectro de abrangência do Direito repressivo. Vale dizer, o minimalismo doutrinário é severamente colocado em xeque pelas tendências de maximização da legislação penal⁽⁴⁾.

Muitos divisam a constatação como corolário exclusivo da chamada “legislomania”, materializada na *inflação legislativa*: ao emoldurar um problema na lei penal, supõe o legislador estar o solucionando⁽⁵⁾. Modificações gravosas e produção maciça no campo legislativo resolveriam as chagas sociais. Neste tema, os *meios de comunicação*, amiúde, retroalimentam demandas populistas por mais leis penais, fomentam soluções irracionais, sem qualquer compromisso ético e propulsores pela avidez lucrativa⁽⁶⁾. Com enfoques descontextualizados, sob um “clima punitivista”, convolam-se numa verdadeira fábrica de medo e, com isto, geram infundáveis postulações por segurança, acriticamente abrigadas pelas instituições estatais⁽⁷⁾.

Urge abordagem mais ampla da questão. Há mais, bem mais, propelindo a hipertrofia do Direito punitivo.

A verdadeira gênese do filão *expansionista* jurídico-penal deita raízes noutros fatores, comumente olvidados. Com efeito, a época hodierna é caracterizada pela

infundável demanda social por segurança, por maior proteção estatal, a desaguar em correlata demanda por punição. Os principais motivos de tanto, entrelaçados entre si, assim podem ser compendiados:

a) Novas realidades forjaram novos bens jurídicos passíveis de tutela penal. *In exemplis*: a-1) As práticas espúrias e altamente lesivas protagonizadas por agentes de instituições econômicas/financeiras deixam à mostra a premência na regulação de crimes econômicos/financeiros; a-2) O branqueamento do produto obtido com práticas ilícitas leva à incriminação da lavagem de dinheiro; a-3) A contumaz agressão a bens e riquezas naturais, indispensáveis à vida planetária, conduz à instituição dos crimes contra o meio-ambiente e tipos congêneres; a-4) O risco de uso indevido de tecnologia atômica também rende ensejo à instituição dos tipos atômicos; a-5) As fraudes cometidas através de redes de informática e da rede internacional de computadores impõem o combate à chamada delinqüência cibernética ou *ciberdelinqüência*; a-6) As diversas formas de criminalidade organizada, operando sem fronteiras, reclamam a atuação resoluta do Direito repressivo;

b) O alto grau de complexidade experimentado pela sociedade, com o enleamento de diversas esferas organizativas, potencializa o risco de resultados danosos, produzíveis a longo prazo. A tradicional relação de causa e efeito, inerente aos tipos de resultado material, tem se mostrado insuficiente à abordagem da problemática. Na sociedade complexa, a palavra de ordem é *precaução*. Daí o freqüente recurso aos tipos de *perigo abstrato* ou *presumido*, cuja consumação reclama a mera probabilidade de causação do dano, independentemente de o agente querê-lo: é suficiente o dano possível ou o *eventus periculi*;

c) O entrelaçamento nas relações sociais exacerba a interdependência entre as pessoas. A realização e a preservação dos bens de cada um dependem, cada vez mais, de condutas ou prestação positivas de outrem. Por isto, à medida que frustram bens jurídicos, as *omissões* ganham espaço no campo da incriminação, mormente através do recrudescimento dos crimes omissivos impróprios ou *comissivos por omissão*. A conduta positiva (ação), tradicional foco da tipicidade penal, cede espaço à omissão penalmente relevante: alarga-se, sensivelmente, a figura do garante;

d) A regulação penal vem adelgçando, paulatinamente, os limites do *risco permitido*. Na ponderação entre os custos e os

benefícios advindos de dada conduta, tem preeminência capital a segurança. O conseqüente é a restrição ao leque de liberdades, porquanto muitas delas são reputadas *socialmente perigosas*: a liberdade ilimitada é manancial de riscos;

e) A interdependência imperante no mundo moderno induz à forçosa conexão entre o resultado lesivo e a conduta de alguém, comissiva ou omissiva. A produção de danos, supõe-se, é conseqüente de alguma intermediação do homem: sempre há algum responsável. Há resistência psicológica em tolerar o casual, o fortuito, o imprevisível, o infortúnio: a tendência é metamorfoseá-los em *injustos penais*. Se o gravame ou o risco de sua ocorrência é empiricamente inextrincável, cumpre irrogá-lo a alguém;

f) Numa sociedade dominada por classes passivas (destinatários de prestações públicas e assistenciais de todos os matizes, consumidores, pensionistas, bolsistas etc.), a postura dos sujeitos do bem-estar propiciado pelo Estado-Providência ou do Bem-Estar é no sentido de garantir-lhe a existência, como forma de satisfação da própria esfera pessoal: o homem vive no Estado e do Estado. Há insuperável paradoxo entre um Estado *maximamente* dimensionado, a fim de propiciar bem-estar ao maior número possível de súditos, e um Direito Penal *minimamente* formatado. Nesta ordem de idéias, o Direito Penal é divisado, essencialmente, como instrumento de defesa dos próprios cidadãos (vítimas: sujeitos passivos) frente a quem (infrator: sujeito ativo) ataca o provedor do bem-estar (Estado). É instituída a concepção do Código Penal como *Magna Carta da vítima*, sobrepujando a clássica noção dele ser, antes de tudo, a *Magna Carta do delinqüente*. A nova perspectiva tem possíveis repercussões, inclusive, na esfera da tradicional interpretação restritiva dos tipos penais e da analogia *in bonam partem*, alvo de abordagem noutro espaço;

g) A percepção do arcabouço penal também como *Magna Charta* da vítima transmuta o paradigma clássico de reflexão jurídico-penal, focalizado na delinqüência tradicional (condutas atentatórias à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade). A ordem do dia é a persecução quanto aos crimes perpetrados pelos poderosos (*crimes of the powerful*), pelos agentes de grandes corporações (*corporate and business crime*), pelos grupos organizados, pela classe alta ou de colarinho branco (*white-collar criminality*), composta por respeitáveis ou pelo menos respeitados homens de negócio ou

profissionais, num contexto aparentemente insuspeito. Contra eles, a Justiça Criminal há de desembainhar a espada, brandida, até agora, contra os despossuídos, os marginalizados (*crimes of the powerless*);

h) A falência, a ineficiência e o descrédito dos mecanismos informais (não-jurídicos) de contenção ao crime resultam na convocação do Direito Penal para suprir a demanda por segurança. De fato, hoje, de modo geral, a sociedade evidencia parâmetros sofríveis de moral e ética. A família, a escola, o trabalho, a igreja, os usos e costumes calcados na solidariedade, na compaixão, os órgãos assistenciais e de formação são instituições não-econômicas e, portanto, consideradas secundárias. O exacerbado individualismo outorga preponderância ao critério econômico, relegadas instituições não-econômicas⁽⁸⁾. A situação se avizinha à anomia, um mau presságio às liberdades públicas, porquanto conducente ao Estado tirânico, suposto veículo hábil a arrear a desordem e o receio dela decorrentes⁽⁹⁾. Nem os novos *gestores atípicos da moral coletiva* (*atypische moralunternehmer*) — associações de ecologistas, de consumidores, de bairros, de pacifistas, de contrários à discriminação, de direitos humanos etc. — têm dado alento às instâncias não-jurídicas convencionais. Talvez por isto cerrem fileiras ao incremento legislativo-penal, no afã de acudir-lhes as respectivas plataformas. Por outra parte, os demais ramos do Direito — *civil e administrativo* —, conquanto teoricamente aptos a tanto, têm se revelado impotentes em arrostar as postulações por segurança. A objetivação da responsabilidade e o modelo de seguro imperantes na seara cível diluem a eficácia preventiva em relação a condutas danosas: não se propõe discussão de culpa e o dano se encontra assegurado. As instâncias administrativas padecem de crônico emperramento burocrático, desnaturam o princípio da oportunidade e, muitas vezes, têm quadros integrados por côm-

plices de delitos.

Há, bem se vê, muitas razões legítimas ao expansionismo jurídico-penal.

Nesta conjuntura, o Direito Penal mínimo — e, pois, o princípio da intervenção mínima, na conformação tradicional — aparenta estar em rota de colisão com as aspirações sociais. Há um raro discurso unânime, conquanto desconforme quanto ao objeto e aos limites, advogando a expansão do Direito Penal. Por isto, disse-o **Silva Sánchez**, “*não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal mínimo*”⁽¹⁰⁾.

Na atual quadra, a concretização da intervenção mínima parece possível através do prosseguimento cauteloso dos processos de despenalização e diversificação. Descriminalização somente é viável se não fizer periclitara a paz pública. De toda maneira, é fundamental rememorar: Direito Penal mínimo não significa nenhum Direito Penal. É inadmissível deságüe o minimalismo em laxismo penal⁽¹¹⁾, impregnado de retórica meramente simbolista e convolado, com alguma frequência, em braço doutrinário do crime organizado.

A ligeira reflexão em redor da intervenção mínima, princípio assaz caro à ciência penal, tem um porquê. Ao operador do Direito não é lícito ferreamente se apegar a princípios etiquetados inflexíveis e ignorar os fatos da vida. Ao ensimesmar-se em torre de marfim, brandindo refrões da moda acriticamente, desconecta-se do real e corre o risco de propor soluções irresponsáveis. O academismo lírico é atropelado pela dura e inexorável realidade quotidiana. O avanço da civilização, ao incrementar-lhe a complexidade, impõe o repensar e o debate quanto a dogmas reputados intangíveis, numa perspectiva retroativa e prospectiva.

NOTAS

- (1) “(...) o direito não é senão o mínimo ético que a sociedade precisa em cada momento de sua vida

para continuar vivendo” (**JELLINEK, Georg**. *Teoría General del Estado*. Tradução espanhola da 2ª ed. alemã por **Fernando de los Rios**. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 29). Cf. **MANZINI, Vincenzo**. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução espanhola de **Santiago Sentís Melendo**. Buenos Aires: EDIAR, 1948, pp. 39-41, v. 1, t. 1.

- (2) A Escola de Frankfurt, integrada por **Hassemer, Naucke e Lüderssen**, dentre outros, perfilha um Direito Penal ultraliberal, de conteúdo mínimo e maximamente garantista (**HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSSEN, Klaus**. *Principales Problemas de la Prevención General*. Tradução espanhola de **Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw**. Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 9-10).
- (3) **ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfried; NIETO MARTIN, Adán**. *El Derecho Penal en el Cambio del Siglo. Análisis Crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla la Mancha, 2004.
- (4) **SILVA SÁNCHEZ, Jesús María**. *Perspectivas Sobre la Política Criminal Moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 52.
- (5) **BONFIM, Edilson Mougnot**. *Direito Penal da Sociedade*. 2ª ed., São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, pp. 45-46.
- (6) Os *mass media*, estruturas de comunicação altamente organizadas e de atuação modulada pelo lucro, manipulam e persuadem a mente dos espectadores. É corrente, destarte, açularem demandas irracionais por punição.
- (7) **DIEZ RIPOLLÉS, José Luis**. *La Política Criminal en la Encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 108.
- (8) **MESSNER, Steven F.; ROSENFELD, Richard**. *Crime and the American Dream*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1994, pp. 109-111.
- (9) **DAHRENDORF, Ralf**. *A Lei e a Ordem*. Tradução portuguesa de **Tamara D. Barile**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 14.
- (10) **SILVA SÁNCHEZ, Jesús María**. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2008, p. 179.
- (11) O *laxismo penal* consiste na “*tendência a propor a) solução absolutória quando as evidências do processo apontem em direção oposta, ou b) punição benevolente, desproporcionada à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e à periculosidade do condenado, tudo sob o pretexto de que, vítima do fatalismo socioeconômico, o delinqüente sujeita-se, quando muito, a reprimenda simbólica*” (**MORAES JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de; DIP, Ricardo Henry Marques**. *Crime e castigo: Reflexões Politicamente Incorretas*. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2002, p. 2).

Élcio Arruda

Professor de Direito Penal e de Processo Penal, mestre em Direito e juiz federal

JUÍZOS PERIGOSOS

Eduardo Mahon

Nenhum juiz reconhece que julga conforme suas impressões pessoais sobre o acusado. Preferem dizer que julgam os fatos. Não é verdade. Os magistrados, ainda atentos à etiologia e teorias do risco, ainda centram suas sentenças nos supostos “índices de periculosidade” do autor, atuando mais como psicólogos do que julgadores, aplicando seus próprios valores sobre terceiros, numa fundamentação essencialmente jurídica. Uma rápida consulta ao

banco de sentenças do Tribunal de Justiça de Mato Grosso é capaz de desvendar essa armadilha neopositivista.

Convido o leitor para ler referências reais de sentenças e decisões penais do Estado de Mato Grosso e refletir sobre elas*. Com objetivo de facilitar a leitura, não colocarei entre aspas e sim aplicarei o itálico como método de referência à fala judicial selecionada. Para alguns, a “periculosidade” é, simplesmente responder

a outro processo criminal, como se extrai: *o fato dela encontrar-se respondendo a processo, pela mesma prática delitativa, evidenciando sua periculosidade*. Para outros, a afetação social são causas de “periculosidade”: *assim, a presença de duas causas de aumento de pena denota maior periculosidade do agente, que agride a ordem social de modo mais exacerbado e maior risco para a vítima, impondo, por consequência uma majoração acima do mínimo legal*.

A prevenção especial ainda é utilizada pelos magistrados, cotejando a pena pela iminência da agressão à sociedade ou da probabilidade calculada pelo próprio magistrado, conforme se pode observar: *Portanto, permitir que elementos desse nível de periculosidade tenham acesso à sociedade novamente, antes de efetivamente cumprirem suas penas, é expor a vida de inocentes a perigo.* Considerações de ordem moral, ética, social, psicológica também são frequentes na definição de “periculosidade”. Termos como destemor, sordidez, baixa e outros termos subjetivos também se fazem maciços. Observemos alguns casos onde os conceitos pessoais do juiz foram determinantes: a) *revela audácia e destemor do agente da infração, além de completa insensibilidade moral, despida de valores éticos, denotando intensa periculosidade, todo a exigir repressão mais rigorosa;* b) *revelando alto grau de periculosidade, haja vista tratar-se de crime hediondo, repugnante e sórdido;* c) *às circunstâncias ficaram estampadas face da audácia e periculosidade do agente, visto ter praticado o crime à luz do dia em local movimentado da cidade, demonstrando uma total insensibilidade;* d) *revela pela sua conduta alta periculosidade social, ausência de limites e de senso crítico, além de preocupante ousadia.*

E, finalmente, julgam conforme o conceito social do delito e não conforme a própria legislação, agravando-se assim duplamente a pena: *devendo prevalecer o bem-estar social sobre o individual, pois a quantidade de substância entorpecente encontrada com*

o denunciado evidencia a sua periculosidade e a conduta do mesmo, que se revela extremo risco à ordem pública, com a prática de um crime abominável para a sociedade.

Todavia, separei três casos extremamente significativos. O primeiro diz respeito à medicalização do Direito Penal. O magistrado repassa a responsabilidade penal a outros órgãos estatais a coadjuvar uma pena indeterminada. Observemos: *determino que a perícia médica para apurar a sua periculosidade seja realizada no prazo de um ano, ficando a incumbência a cargo da Secretaria Municipal de Saúde.* O segundo caso emblemático diz respeito ao julgamento conforme a opinião pública, sendo essa a justificativa para mensurar a “periculosidade”. O juiz cita o clamor social e o interesse público como elementos jurídicos capazes de majorar a pena, conforme se vê: *há que se ter em vista a necessidade de manutenção da ordem pública em crimes de tamanha gravidade, que não apenas suscitam clamor público como revelam periculosidade de seus autores, devendo o interesse da sociedade prevalecer em detrimento do direito individual do réu, independentemente das condições pessoais que este possa ostentar.* Quero sublinhar o final — é perigoso o réu pelo clamor social, independentemente das condições pessoais exibidas em juízo. E, por fim, o magistrado utiliza-se da repercussão do fato nos jornais para amparar o seu entendimento: *no caso dos autos, o acusado, em concurso de agentes, desempenhou atuação extremamente audaz,*

com elevada periculosidade, tendo causado verdadeiro sentimento de pânico nas vítimas, o que foi amplamente reproduzido pelos veículos de comunicação local.

Ao estudar o banco de dados do TJMT, exceção deve ser feita a três magistrados que discutem a questão da indeterminação da “periculosidade” e seu conteúdo profundamente subjetivo e ideológico: **Célia Vidotti, João Alberto Menna Barreto Duarte e Douglas Romão.** Pesquisando todas as indexações contidas no repositório de jurisprudência, extraio o nítido delineamento de várias teorias que são mal absorvidas e misturadas entre si: o Direito Penal do autor, seja pelo funcionalismo, seja pelo funcionalismo penal. E algumas tendências: a) julgar conforme a moral e ética pessoal; b) julgar conforme o clamor público; c) julgar conforme a mídia; d) identificar o inimigo na zona de pobreza, protegendo os bens jurídicos ligados ao patrimônio; e) não há qualquer sistematização da definição de “perigoso”, sendo completamente arbitrária a fixação do conceito. Afinal, quem é mais perigoso?

NOTA

* Todos os julgados citados são referentes aos anos de 2006 a 2008 e foram encontrados no Banco de Sentenças do TJMT, no endereço eletrônico <http://www.tj.mt.gov.br/cgj/ServicesBancoSentenca.aspx>, sistema ligado à Corregedoria do mesmo tribunal, acessível em <http://www.tj.mt.gov.br/cgj/>.

Eduardo Mahon
Advogado

1º CONCURSO DE SÚMULAS DO IBCCRIM:

ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E A PRIMARIEDADE NO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

Diante do adolescente em conflito com a lei, faz-se incabível a imposição de internação em estabelecimento educacional por ato infracional equiparado a tráfico ilícito de entorpecentes, comprovada a primariedade do jovem, por ausência de fundamentação legal.

Ivan de Carvalho Junqueira

1. Ao advento da Constituição Federal, de 1988, retomou o país seu viés democrático, após anos de totalitarismo. Tal perspectiva, por assim dizer, representou uma verdadeira mudança de paradigma à seara jurídica brasileira, estabelecendo, por conseguinte, um leque de direitos e de garantias não mais direcionados a este ou aquele indivíduo, mas a todos, indistintamente. No que tange, em especial, à infância e juventude, angariou, de forma expressa, a doutrina da proteção integral, pautada no efetivo reconhecimento, de cada criança e adolescente, como legítimo sujeito de direito, vale di-

zer, protagonista de sua história.

Em consonância à Magna Carta de 1988: *“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”* (CF, artigo 227, caput). Destarte, antecipou-se o legislador à própria Convenção sobre os Direitos da Criança, em âmbito das Nações

Unidas, de 1989. Em meio a mudanças substanciais, preceitos inovadores acabaram incorporados pelo ordenamento pátrio, em se partindo de uma ética e respeito universais. De acrescentar, também, a ratificação pelo Brasil de importantes documentos: as *Regras Mínimas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude* (Regras de Beijing), as *Diretrizes para a Prevenção da Delinquência Juvenil* (Diretrizes de Riad), bem como, as *Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade*.

Como qualquer indivíduo, carecem da devida atenção por parte do Estado, com

máxima primazia e dignidade. Ademais da peculiaridade inerente a esta especial condição, qual seja, de pessoa em desenvolvimento, *in concreto*, direitos outros devem ser observados fazendo jus, crianças e adolescentes, autores ou não de atos infracionais, à plataforma emancipatória dos direitos humanos. Com efeito, é sempre oportuno lembrar: “*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos*” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 1º).

Quando da promulgação da Lei nº 8.069/90, passou-se a cuidar de uma só infância, de maneira integral, abandonando-se, em contrapartida, o apregoado pelos antigos Códigos de Menores, de 1927 e 1979, sustentados na doutrina da situação irregular. Ao curso deste período, arbitrariedades sucederam-se, ao cerceamento de inúmeras prerrogativas à adoção de uma política de natureza excludente, centralizadora e assistencialista, não se concebendo sobre devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Ao presente, é fato, “*a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade*” (ECA, art. 3º).

Diversamente do usualmente difundido pelos porta-vozes do sensacionalismo, não se presta o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) à proteção de “bandidos mirins”. Promove, ao contrário, legítima transformação, não apenas formal, mas, sim, conceitual, à (re)construção político-social do atendimento infanto-juvenil. Introduce, ademais disso, consistente sistema de responsabilização, direcionado não só ao adolescente, quando do conflito com a lei, como à família, comunidade, sociedade e poder público enquanto co-responsáveis.

2. De há muito, infelizmente, disseminou-se no país uma cultura punitiva. À recepção dos deletérios ideários da *law and order*, patrocinam-se inflamados discursos a clamar, de modo insistente, por maior reprimenda estatal em se tendo por objetivo, não raro, triste abrandamento para com uma série de direitos e garantias, a duras penas, conquistados. Condenações mais severas, tipificação de novas condutas, adoção de prisões perpétuas, quando não, capitais, acabam alardeados a cada esquina, bastando a divulgação dos assim denominados “*atos de sangue*”, à expressão de **Eugenio Raúl Zaffaroni**, para que, uma vez mais, retrógrados pontos de vista venham à tona.

No que se refere à adolescência, como um todo e, muito especialmente, ao adolescente a quem se atribui conduta previamente descrita como crime, faz-se notório, supracitados posicionamentos parecem adquirir ainda mais fôlego. Ilusoriamente,

criou-se uma espécie de misticismo ao redor da juventude cujas atuações, invariavelmente, assumem maior repercussão. Tempos depois, temas como redução da idade penal são novamente apresentados, não obstante afirmar-se que: “*São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial*” (CF, artigo 228), consistindo, sem embargo, em cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV). Diante deste quadro, tendem a associar inimputabilidade a impunidade. Sob referida ótica, militam que ao adolescente autor de ato infracional não haveria, por suposto, qualquer responsabilização.

Noutra vertente, confrontados os índices de violência e criminalidade no país, ver-se-á, desde logo, que o número total de adolescentes envolvidos é infinitamente inferior ao de adultos autores de delitos.

Mais que isso. Em se analisando quais os bens jurídicos mais ofendidos, cerca de 60% recaem sobre o patrimônio das vítimas à égide de uma sociedade capitalista em que o *Ter* sobrepõe-se ao *Ser*. Já os crimes dolosos contra a vida ocupam posição secundária, embora despertem, com desmedido vigor, grandioso clamor social.

Hoje, adolescentes são muito mais vítimas de violência que vitimizadores.

3. É a internação, das medidas socioeducativas, disciplinadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a mais drástica delas, retirando o jovem de seu habitual convívio social.

Sem desprezo à natureza jurídica, de caráter sancionatório e conteúdo prevalentemente pedagógico, não há que se supor ser, por isso, menos tormentosa. Sentimentos de medo, ansiedade, angústia, tristeza e desespero caminham juntos, em maior ou menor grau de intensidade, ao curso desta medida, tal como a um adulto. Como em uma penitenciária, referida experiência mostra-se única e intransferível, às palavras de **Ana Messuti**.

Com relação à internação, propriamente dita, sendo uma medida privativa de liberdade, deve-se sujeitar aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (ECA, artigo 121, *caput*). De observar que “*em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada*” (ECA, artigo 122, § 2º).

Ao disciplinar o legislador, no artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, quais as medidas socioeducativas previstas, não o fez, por evidente, de forma aleatória. Assim sendo, começa na advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade para, somente ao final, dispor acerca da internação em estabelecimento educacional (incisos I a VI).

Como a pena privativa de liberdade, di-

recionada ao imputável, aplicar-se-á a internação, indissociavelmente, sob o prisma da imprescindibilidade, como *ultima ratio*, quando da impossibilidade, *in concreto*, à imposição de medida menos gravosa.

A prática, entretanto, são largamente implementadas. De exceção tornou-se regra. Já em 29 de outubro de 1996, afirmara a Resolução nº 46, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) que “*medidas de internação vêm sendo aplicadas em desobediência ao disposto no art. 122, incisos e parágrafos, tendo como consequência, em alguns Estados, um exorbitante número de adolescentes internados*”.

4. À letra do artigo 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990:

“*A medida de internação só poderá ser aplicada quando:*

I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III – por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta”.

Fácil denotar-se a não recepção pelo ordenamento pátrio juvenil do episódio aventado, vez que não se enquadra a quaisquer dos incisos anteriormente citados, configurando, *in casu*, constrangimento ilegal. As supramencionadas hipóteses apresentam-se taxativas e não meramente exemplificativas, tratando-se de *numerus clausus*, não admitindo, por decorrência, uma única exceção em face do princípio da legalidade, constitucionalmente assegurado.

É cediço, o tráfico ilícito de entorpecentes não implica em grave ameaça ou violência a pessoa, tornando incabível a incidência do inciso I;

Em se tratando de adolescente primário, ou seja, ausente passagem anterior por entidade executora de medida socioeducativa, não há que se cogitar do inciso II;

Finalmente, inconcebível falar-se em eventual descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta (inciso III), não configurando internação-sanção.

Toda pretensão assim tendente ao estabelecimento de medida de internação à hipótese ora comentada carece de fundamentação legal, não se fazendo presente às circunstâncias do rol elencado pela legislação especial⁽¹⁾.

Em que pese enquadrar-se o tráfico ilícito de entorpecentes ao disciplinado pela Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), ressalvada, deveras, edição da Lei nº 11.464/07 reparando nítida inconstitucionalidade frente à individualização da sanção, subtraindo a obrigatoriedade, inerente àquela, do cumprimento de pena ao adulto, integralmente, em regime fechado, não se dá por legitimada a imposição de medida privativa de liberdade ao jovem.

Sendo inaplicável a internação, nada

obsta, porém, imposição de medida socioeducativa de natureza diversa, como mecanismo bastante à responsabilização dos adolescentes às voltas com a lei.

5. Doravante, a pensar sobre as condições de cumprimento de medida socioeducativa de internação em entidades executoras no país, cujos resquícios irregulares ainda permeiam todo o sistema, em meio a procedimentos obscuros e pouco transparentes, é por demais relevante reduzir-se ao máximo, assim como o disposto em lei, o encaminhamento de adolescentes às suas respectivas dependências que, n'alguns lugares, longe de serem ambientes de caráter pedagógico assem-

ham-se, ao contrário, às nossas malfadadas e falidas prisões. Ainda hoje, século XXI, mostra-se de preciosa valia a superação de uma verdadeira cultura "menorista", banindo-se elevada carga de estigmas e preconceitos, os quais, há tempos, persistem no seio da sociedade à terrível desconsideração dos direitos humanos de que são titulares todos os adolescentes.

NOTA

(1) Conforme já se decidiu:

"Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo aos crimes previstos nos artigos 12 e 14, ambos da Lei 6.368/76. Medida socioeducativa de internação. Constrangimento ilegal evidenciado" (HC 30.959/RJ, rel. min. **Paulo Medi-**

na, DJ, 24.05.2004).

"Habeas corpus. Pacientes internados. Concedida a ordem para aplicar aos adolescentes a medida socioeducativa de liberdade assistida" (HC 94.334/SP, rel. min. **Nilson Naves**, DJ, 12.02.2008).

Da lavra do Pretório Excelso:

"Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Tráfico de entorpecentes. Julgamento em liberdade. Matéria não submetida a exame da Corte Estadual. Não conhecimento pelo STJ. Condenação superveniente. Medida socioeducativa de internação pelo prazo mínimo de um ano. Ausência de previsão legal. Constrangimento ilegal" (HC 89.326-1/SP, rel. min. **Eros Grau**, DJ, 06.11.2006).

Ivan de Carvalho Junqueira

Bacharel em Direito, educador na Fundação Casa/SP e autor dos livros *Dos Direitos Humanos do Preso* e *ABC dos Direitos Humanos*

A SÚMULA VINCULANTE Nº 9 E O DIREITO PENAL: ANÁLISE DE DOIS ASPECTOS À LUZ DA GARANTIA DA LEGALIDADE.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Introdução

Os debates que são observados, no ordenamento jurídico em geral, quanto às súmulas vinculantes, encontram maior evidência quando a questão envolve o Direito Penal. Isso se dá, principalmente, porque na esfera penal a garantia da legalidade é mais incisiva, de modo que os princípios da reserva legal, taxatividade e anterioridade da lei não admitem exceções nem relativizações.

Ocorre, entretanto, que a prática do Direito Penal tem nos ensinado que a rigidez do princípio da legalidade nem sempre se traduz numa jurisprudência uniformizada e, conseqüentemente, num Direito Penal previsível e igual para todos. Veja-se, a esse respeito, as importantes discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre ser absoluta ou relativa a presunção de violência nos crimes sexuais, acerca da possibilidade de remição da pena pelo estudo, sobre o que significa "crimes da mesma espécie" para fins de caracterização do crime continuado ou a respeito da configuração da tentativa de latrocínio, por exemplo.

Isso demonstra, claramente, que mesmo num setor do ordenamento em que o respeito à taxatividade apresenta-se como pressuposto de constitucionalidade da norma, sempre há algum espaço em que o juiz será chamado a atuar. E isso será sempre uma constatação inevitável, uma vez que as próprias palavras que compõem o enunciado jurídico já comportam uma interpretação.

Nesse contexto, utilizar as súmulas vinculantes como instrumento para se tentar minimizar os efeitos deletérios de uma jurisprudência aleatória parece ser a melhor justificativa para a inserção desse novo instituto no Direito brasileiro. No entanto, a simples importação de instrumentos estrangeiros sem o acompa-

nhamento de um sistema de garantias a eles atrelados (que lhes são inerentes em seus ordenamentos de origem) pode gerar efeitos tão ou mais indesejáveis se comparada com a situação anterior. Dessa forma, sob a ótica dos valores expressos pelo princípio da legalidade (garantia primeira do Direito Penal), serão analisados dois aspectos atinentes às súmulas em geral e, especificamente, à Súmula Vinculante nº 9, a fim de procurar entender e operacionalizar o uso dos precedentes judiciais a favor do Direito Penal, e não torná-lo um perigoso instrumento de engessamento do sistema.

Da interpretação da súmula

A fim de evitar a petrificação do Direito, é importante observar e considerar que, mesmo quando a jurisprudência estiver sedimentada — inclusive quando isso se der por meio de súmulas vinculantes — é necessário que as decisões judiciais possam sempre ser valoradas e constantemente submetidas à crítica, sem que isso signifique desrespeito à interpretação legal realizada pelo STF. A estabilização da jurisprudência, portanto, não pode significar uma barreira intransponível para a evolução do direito, o que o tornaria infenso às transformações sociais.

A possibilidade de interpretação da súmula, então, torna-se essencial para garantir não só a evolução do Direito, mas também para possibilitar que a norma penal seja aplicada do modo mais adequado ao caso concreto. Uma vez que o direito que resulta de uma jurisprudência constante se apresenta também sob a forma de enunciados lingüísticos, estes, assim como os enunciados legislativos, carecem de interpretação. Aliás, segundo **Larenz**, os entendimentos judiciais carecem de interpretação em

maior medida do que as leis, pois devido à sua referência a casos concretos examinados, freqüentemente seu alcance é duvidoso e, por conseqüência, também a sua aplicabilidade a outros casos⁽¹⁾.

Analisemos, então, o enunciado da Súmula Vinculante nº 9. Está escrito que "o disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58". Ou seja, em outras palavras, está dito que a proibição de que a punição exceda a trinta dias (prevista para os casos de isolamento, suspensão e restrição de direitos) não se aplica à perda dos dias remidos causada pela prática de falta grave durante a execução penal, ou, ainda, que a perda dos dias remidos *pode* ser superior a trinta dias.

Resta, então, a pergunta: a Súmula Vinculante nº 9 estabelece que a falta grave obriga o magistrado a reconhecer a perda de *todo* o tempo anteriormente remido? Embora o conteúdo da súmula seja claro no sentido de não levar necessariamente a essa conclusão, algumas observações merecem ser feitas.

Se quisermos atribuir às súmulas de jurisprudência o mesmo sentido de garantia que é atribuído aos precedentes judiciais nos sistemas da *Common Law*, a análise apenas dos enunciados sumulados não deve ser suficiente para a compreensão do seu alcance. Significa, portanto, que teremos que levar em consideração não só o texto da súmula aprovado pelo STF, mas também o precedente como um todo, isto é, as razões temporais, sociais e culturais que levaram à edição da súmula, assim como os debates que precederam sua aprovação e, ainda, eventuais manifestações por parte de ministros que restaram vencidos.

No caso específico da Súmula nº 9, há que

se observar, em primeiro lugar, que a sua edição não se deu de forma unânime. O ministro **Marco Aurélio** manifestou-se contrário à sua edição seja por motivos formais (não se esclareceu quem levou a proposta ao ministro **Lewandowski**, a discussão não se deu a partir do julgamento de um caso concreto e a edição da súmula não foi submetida à Comissão de Jurisprudência do tribunal), seja por questões de fundo (segundo o ministro, “*não há como, diante de uma falta grave verificada, fazer-se retroagir; em si, as conseqüências a ponto de se afastar do cenário jurídico um pronunciamento judicial já reconhecendo o direito que, portanto, passou a integrar o campo de interesses do presidiário*”).

Além disso, durante as discussões que antecederam a aprovação da súmula, ficou absolutamente claro que a súmula afirma, apenas e tão-somente, que não cabe mais falar em inconstitucionalidade da perda dos dias já remidos. Quanto ao alcance dessa perda nada é estabelecido, cabendo à prudência do magistrado estabelecê-la. Nesse sentido, o ministro **Carlos Britto** foi explícito. Disse ele, textualmente: “*Senhor presidente, vou aderir, insistindo nas duas observações. O conceito de falta grave está em aberto. Nós não estamos aqui fechando nenhum compromisso com o conceito de falta grave. Depois, a perda dos dias remidos pode se dar por forma proporcional à gravidade da falta*”; posteriormente, afirmou: “*não estamos dizendo que se perde tudo, que os dias remidos serão totalmente perdidos a partir da constatação da falta grave*”; e, mais adiante: “*apenas isso, que a previsão da perda dos dias remidos é constitucional. É o que estamos afirmando*”. Também explicitamente manifestaram-se de acordo com essas observações do ministro **Carlos Britto** os ministros **Cezar Peluso** e **Gilmar Mendes**. Este último, ainda, esclareceu que a decisão sobre a proporcionalidade entre a perda do tempo remido e a gravidade da falta deverá ser submetida ao controle judicial devido, assim como o único efeito concreto da súmula é deixar claro que não há direito adquirido quanto ao tempo remido; disse claramente: “*não haveria falar em direito adquirido, porque estaria submetido a regras específicas*”, e conclui afirmando: “*É só isso*.” Nenhum dos outros ministros se opôs ou fez ressalvas às observações feitas por **Carlos Britto** e **Gilmar Mendes**, nem mesmo o vice-procurador-geral da República⁽²⁾.

Difícil ser mais claro do que isso. Interpretar a súmula no sentido de que passou a ser obrigatória a perda de *todo* o tempo remido quando se pratica uma falta grave é interpretar contrariamente ao que se decidiu no Plenário do STF e, mais grave do que isso, é interpretar a súmula de maneira mais gravosa para o condenado — em flagrante afronta à garantia da legalidade.

Da irretroatividade da súmula

Não se pode ignorar que, ao mesmo tempo em que a valorização do precedente judicial tem por finalidade garantir ao cidadão a

previsibilidade do direito e impedir a aplicação arbitrária e casuística da lei, a necessária evolução da jurisprudência (que pela própria essência do ato judicial somente pode ser conhecida no momento em que o juiz profere a decisão) pode surpreender o cidadão que agiu de acordo com a forma como o direito vinha sendo interpretado.

Portanto, assim como se dá com o advento de uma nova lei, eventual mudança na orientação jurisprudencial pode trair a confiança dos cidadãos que realizaram suas condutas antes da modificação, que se aplicará não apenas ao futuro, mas também àquela conduta em julgamento, que faz parte do passado.

Dessa forma, com fundamento no princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais severa, também se torna possível falar em limites a interpretações mais restritivas à liberdade do acusado, não admitidas à época do fato criminoso e desenvolvidas posteriormente em razão da evolução natural do Direito. Nesse contexto, faz sentido afirmar a regra da irretroatividade não apenas quando, por meio de lei, for introduzido um tratamento mais rigoroso do que aquele aplicado anteriormente, mas também quando, ainda que por meio de uma nova interpretação judicial, o tratamento jurídico-penal tornar-se mais severo — o que se dá, por exemplo, com a Súmula Vinculante nº 9.

É justamente por causa dessa constatação que alguns magistrados já vêm reconhecendo a impossibilidade de aplicação retroativa da referida súmula. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem entendendo que, com relação a faltas graves ocorridas antes de 20/06/08 — data da publicação da Súmula Vinculante nº 9 —, não é obrigatória a obediência ao entendimento sumulado. Constatam de acórdãos proferidos nesse sentido, as seguintes observações: “*em prol, sobretudo, da segurança jurídica, cumpre afastar a possibilidade de casos contemporâneos e que versam sobre a mesma controvérsia jurisprudencial receberem soluções díspares, pelo simples fato de alguns serem apreciados antes e outros depois da vigência da Súmula Vinculante*”⁽³⁾, “*se a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais rigorosa impede sua aplicação a fato ocorrido anteriormente, da mesma forma, veda a incidência do enunciado da Súmula Vinculante nº 9 a fato anterior, na medida em que prejudique a situação do recluso*”⁽⁴⁾ e, também, “*a segurança jurídica, direito fundamental inviolável (art. 5º, caput, da Constituição Federal) que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social e que justificou a edição da mencionada súmula, é também o fundamento que determina a aplicação desta tão-somente a fatos posteriores, já que se conferiu ao art. 127 da LEP interpretação mais gravosa ao sentenciado*”⁽⁵⁾.

Conclusão

Embora a utilização de súmulas vinculantes possa vir a significar uma diminui-

ção de processos que versem sobre as mesmas questões de Direito já pacificadas em nossos tribunais, isso não significa que essa possa ser a finalidade última de tal instituto. Ao contrário, imaginar ser possível colocar eventual desafogo do Poder Judiciário como valor mais importante do que a justiça do caso concreto constituiria verdadeira afronta aos valores do Estado Democrático de Direito.

Assim, se queremos trazer para o nosso ordenamento a possibilidade de usarmos os precedentes judiciais para conferir ao cidadão mais garantia quanto à certeza do direito a ser aplicado, devemos ter claro que a única forma adequada de se fazer isso é trazeremos, também, as garantias atreladas a tal tradição, tais como a exigência de que o precedente não seja analisado exclusivamente a partir de seu enunciado final (que nada mais é do que o resumo da decisão) e a necessidade de que novos entendimentos que impliquem maior restrição à liberdade individual não sejam aplicados retroativamente. Quanto à eventual objeção no sentido de que tais garantias levem a uma diminuição do número de demandas judiciais abaixo do esperado — já que não pouparão os juízes de analisar cada caso concreto —, resta a justificativa de que as garantias decorrentes do princípio da legalidade não devem fazer concessões em prol de uma eficiência apenas formal.

No caso da Súmula nº 9, independentemente de se concordar ou não com o seu conteúdo, parece que a sua edição traz para a sociedade uma importante certeza quanto à constitucionalidade da perda dos dias remidos quando da prática de falta grave, o que deve evitar que recursos sejam interpostos a fim de se discutir esse específico aspecto da questão. Ocorre, entretanto, que o Poder Judiciário continuará sendo chamado a decidir, em cada caso concreto, não só sobre a possibilidade de perda dos dias remidos, mas, sobretudo, quanto ao alcance de tal perda. Vê-se, portanto, que a súmula vinculante acarretará, sim, uma diminuição no número de processos, mas não impedirá que cada caso seja analisado individualmente e que sejam consideradas suas especificidades, a fim de se estabelecer qual é a punição mais adequada para cada indivíduo que cometer falta grave durante o cumprimento da pena.

NOTAS

- (1) **Larenz**, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., trad. **José Lamego**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 506.
- (2) Os debates que levaram à edição da Súmula Vinculante nº 9 encontram-se publicados no *DJ* nº 172/2008, pp. 31 e 32, também disponível no *site* do STF.
- (3) *HC* 993.08.041328-2, rel. des. **Breno Guimarães**.
- (4) *Agravo* 993.07.022129-1, rel. des. **Angélica de Almeida**.
- (5) *Agravo* 990.08.014874-5, rel. des. **Vico Mañas**.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Mestre e doutora em Direito Penal pela USP e professora de Direito Penal da USP e da USJT