

Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal

Boletim Informativo IBRASPP - Ano 02 - Nº 02 - ISSN 2237-2520 - 2012/01

www.ibraspp.com.br



IBRASPP

Apontamentos sobre a
Pré-ocupação de Inocência
Augusto Jobim do Amaral

Medidas cautelares diversas:
considerando o risco de expansão do controle
punitivo e traçando critérios para sua limitação
Vinicius Gomes de Vasconcellos

Brevíssimas Considerações sobre
o Exercício da Ação Penal
Marcelo Almeida Sant'Anna

Breves reflexões sobre o prazo de duração
da interceptação telefônica no
Projeto de Lei 156/2009
Rafael Junior Soares

Ainda sobre as reformas parciais
no processo penal (!):
recurso de apelação decorrente de decisão
manifestamente contrária à prova dos autos
no Tribunal do Júri: legitimação exclusiva da defesa
Ricardo Jacobsen Gloeckner

Negociando o *inegociável*:
sobre presunção de inocência, produção probatória
contra si mesmo e novas propostas legislativas para
a questão da *embriaguez* ao volante
Gabriel Antinolfi Divan

O significado da "verdade real" no
processo penal e suas conseqüências
e limites interpretativos.
Thiago M. Minagé

A difícil democratização do processo penal brasileiro

Subscrita em novembro de 1969, como resultado da conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, em San José, Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil apenas vinte e três anos depois, em novembro de 1992, em meio a uma intensa crise política envolvendo o processo de impeachment movido contra o então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, que no mês seguinte renunciaria à presidência. Ofuscada pelas mais variadas denúncias de corrupção, pela crescente extinção de postos de trabalho e por uma inflação que alcançou os 1200% ao ano, tudo a conformar uma crise política sem precedentes na história da recentíssima democracia brasileira, a Convenção foi internalizada pela publicação do Decreto n.º 678, assinado pelo então Vice-Presidente da República, Itamar Franco, cujo artigo primeiro dispunha devesse “ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.”

Desde então, diferentes presidentes ocuparam o posto máximo do Poder Executivo nacional – a primeira mulher a ocupar esse posto recentemente tomou posse – e a economia brasileira se estabilizou. O que inflacionou, nesses vinte anos, foi a legislação em matéria penal e processual penal, não raras vezes motivada por situações isoladas e pontuais, em um apego equivocado à legislação processual penal como forma de combate à criminalidade e solução de todos os males da sociedade.

No âmbito do processo penal, a opção é clara por uma política de reformas parciais, da qual não raramente resultam regras e procedimentos contraditórios e sem uma identificação principiológica necessária a um verdadeiro sistema processual penal. Como exemplos, destacam-se a previsão de respostas à acusação antes ou depois do recebimento da denúncia, a depender do crime imputado; a posição do interrogatório no início ou no final da instrução, conforme o procedimento adotado; e a previsão de uma ou duas hipóteses de absolvição sumária, também conforme o procedimento; além da previsão legal de dois recebimentos da denúncia em momentos distintos, ápice das contradições legislativas estampada pela Lei 11.719/08.

Sobretudo, manteve-se o modelo ideológico que serviu de base ao processo penal da década de quarenta. Isso se observa na autorização legal de o magistrado buscar a prova (art. 156 do CPP), na valorização dos elementos colhidos sem o crivo do contraditório (art. 157 do CPP), da ordinarização da ilicitude probatória, antes de cunho eminentemente constitucional (art. 5º, LVI da CF), na forte incorporação da vítima no processo penal (arts. 201, 387, IV do CPP), na justaposição, reciclagem e superposição dos ritos processuais, geradores de um labirinto teórico e prático. As novas perspectivas exigem

rompimento com o entulho autoritário e repressivo, historicamente herdado, bem como uma imersão do processo penal na complexidade contemporânea.

Em novembro próximo, vinte anos se completarão desde a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil. Vinte e quatro anos terão se passado desde a promulgação da Constituição Federal, cujo artigo 5º, § 2º, já previa uma abertura estratégica do rol de direitos e garantias fundamentais, em expressa referência aos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é parte signatária. Não obstante isso, nessas duas décadas os avanços da legislação processual penal em direção à democracia são tímidos, quase inexistentes. Continua em plena vigência o Código de Processo Penal de 1941, com suas previsões de matriz inquisitorial quase intocadas. Mais do que isso, continua firme a ideologia vigente naquele período, em estampada negativa às previsões da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, também, da própria Constituição Federal de 1988, não raramente propondo uma interpretação do Direito às avessas, não do Código de Processo Penal conforme à Constituição Federal, mas dessa em conformidade com o Código de 1941.

A necessidade premente de uma adequação da legislação ordinária à Constituição e às disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos fez iniciar, há três anos, um novo movimento de reforma global do atual Código de Processo Penal, com nomeação de uma comissão para elaborar um anteprojeto que, no ano passado, acabou aprovado pelo Senado Federal. Não se trata de um Código ideal, longe disso, mas possível e bastante aproximado de um mínimo democrático. Como mínimo, o projeto que agora tramita na Câmara dos Deputados procura unificar procedimentos e, com isso, minimizar as contradições e incompatibilidades que resultam da enorme colcha de retalhos gerada pela inflação de leis esparsas editadas em resposta a situações fáticas específicas. Além disso, propõe inovações que aproximariam o processo penal brasileiro dos ideais humanitários do Pacto de San José da Costa Rica, reforçando a importância da defesa técnica mesmo antes do início da ação penal, a adoção pelo sistema acusatório e, como consequência, estabelecendo diretrizes um pouco mais claras sobre o papel das partes e do juiz no processo. O juiz de garantias é o signo dessas tímidas mudanças, e não por acaso o ponto mais criticado pelos adeptos da ideologia inquisitorial do Código de 1941, evidenciando que mesmo depois de duas décadas da democratização política do país e da internalização da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, é árduo e sinuoso o caminho rumo à democratização do processo penal.

Apontamentos sobre a “Pré-ocupação” de Inocência

A presunção de inocência [...] funciona, para o bem de uma lógica acusatória, como estabilizadora de expectativas, quando não significando, pelo próprio mecanismo da confiança por ela desencadeado, a representação de um desejo de preenchimento de um sistema acusatório.

A teoria das presunções (e do *onus probandi* por consequência) intervém em qualquer controvérsia (GIL, 1984, pp. 484 ss.). Com o processo penal, não seria diferente. Se, de modo mais simples, a prova é a atividade necessária para se verificar se um sujeito cometeu um delito, até que ela se produza mediante um juízo regular, ninguém poderá ser considerado culpado. Assim o princípio da jurisdicionalidade postula a presunção de inocência. Trata-se, para além de ser presunção “até que se prove o contrário”, de um corolário lógico-racional do próprio processo penal e primeira garantia fundamental assegurada ao cidadão pelo procedimento (LUCCHINI, 1899, pp. 10 e 15). Em que pese o princípio da presunção de inocência ter sido afirmado a todos sob reflexo de uma concepção positiva e otimista do homem, respaldado por uma valoração probabilística (CARMIGNANI, 1854, p. 145), independentemente da aceitação disto, atualmente é estado fundamental do cidadão, retrato da opção política ínsita ao Estado Democrático de Direito.

O substrato radical da presunção de inocência alude uma clássica opção garantista de civilidade “a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable” (FERRAJOLI, 1995, p. 549). Razão tão bem explicada por Carrara - em prol do maior interesse que todos os inocentes sejam protegidos -, pela contraposição entre o “mal certo e positivo” da condenação de um inocente em oposição ao “mero perigo” (de delitos futuros) representado pela absolvição de um culpável (CARRARA, 1863, p. 373). Máxima a ser trabalhada de forma ideal, mas que denota a radical inclinação de qualquer sistema processual penal. Na medida em que a falta é constitutiva, e não se alcançará a punição de todos os culpados, nem mesmo o resguardo de todos os inocentes, importará indagar, democraticamente, se é preferível termos certo número de casos de culpáveis absolvidos com nenhum risco de algum inocente condenado ou, pendente ao au-

toritarismo, aceitar-se-iam todos os culpados condenados, mesmo ao preço de algum inocente.

Alternativa política esta fundada na linha tênue do complexo nexo entre liberdade e segurança, não raro tidos como irreconciliáveis. O que avança é o enorme investimento no cerceamento de liberdades presente nas dinâmicas securitárias sob a promessa de menos risco, que acabam por acarretar nenhum acréscimo de segurança e, como resultado certo, trilham a passos largos para regimes autoritários (DELMAS-MARTY, 2010, p. 237). Distancia-se da necessária premissa de que ambos os elementos devem estar implicados, segundo Pagano e antes ainda Montesquieu (MONTESQUIEU, 1977, p. 217; PAGANO, 1787, pp. 27-28), porque apenas alguma segurança poderá ser conquistada na medida em que houver confiança na não violação da liberdade de quem quer que seja. Os dois valores jamais vistos exclusivamente que se pudesse afastar a convicção de que a segurança está assentada na própria liberdade política. A presunção de inocência acaba por ser não apenas uma garantia de liberdade como valor fundamental - e de que a verdade produzida validamente no processo penal não será hipertrofiada e sujeita a qualquer preço (AMARAL, 2009, pp. 02-04) - mas de segurança e confiança dos cidadãos na prestação jurisdicional. O medo como sintoma que assola o inocente demonstra tão somente o compasso da quebra da função jurisdicional e a inversão ideológica correlata às práticas inquisitivas de seu obscurecimento (cf. PAGANO, pp. 83-92; CORDERO, 1981, pp. 625-658; FERRAJOLI, 1995, p. 550).¹

Nesta toada, diante da contraposição das hipóteses trazidas ao processo penal, é sobre a dúvida que se fala e, consequentemente, sobre a solução a ser escolhida ao final (vê-se, assim, claramente a implicação disto com a carga da prova). A presunção de inocência funciona, pois, desde o mesmo operador que proíbe a gerência da prova pelo magistrado. Funciona como um estabilizador de expecta-

Augusto Jobim do Amaral
Doutorando em Altos Estudos Contemporâneos (Coimbra/Portugal), Mestre e Especialista em Ciências Criminais (PUCRS) e Professor do Departamento de Direito Penal e Processo Penal da PUCRS.

Medidas cautelares diversas:

Considerando o risco de expansão do controle punitivo e traçando critérios para sua limitação

A Lei 12.403/11 desenhou um modelo polimorfo, abrindo um leque de opções que devem tornar a prisão provisória uma efetiva ultima ratio.

O presente artigo pretende, de modo introdutório e sucinto, apresentar reflexões acerca da inserção das medidas cautelares diversas no Código de Processo Penal brasileiro, a partir da crítica sobre a possibilidade de expansão do controle punitivo, em caso de decretação indevida destas novas restrições. Em seguida, serão analisados os pressupostos para a imposição de uma medida cautelar, para que, assim, tente-se evitar a violação ao princípio da presunção de inocência, base de um Estado Democrático de Direito.

A Lei 12.403/11 desenhou um modelo polimorfo, abrindo um leque de opções que devem tornar a prisão provisória uma efetiva ultima ratio. Inicialmente, devemos observar este novo regime levando em consideração as ponderações realizadas em relação às penas alternativas previstas no Código Penal. Conforme Salo de Carvalho (2010, p. 47),¹ o problema dos substitutivos penais é a sua utilização acrítica pelos operadores do sistema criminal, de modo a desvirtuar a pretendida racionalização do poder punitivo: “O problema que se coloca na investigação, porém, é o de até que ponto os substitutivos penais efetivamente diminuem o impacto do cárcere sobre os grupos vulneráveis/criminalizados, ou seja, se as alternativas são efetivamente incorporadas pelos sistemas político-legislativo, jurídico e executivo como alternativas à prisão (e também ao processo penal) ou se constituem aditivo de ampliação do controle social punitivo retroalimentador da prisão.”

O modelo de penas alternativas não pode reproduzir a cultura encarceradora e inquisitória, não pode simplesmente criar um sistema adicional e apenso, mas sim concretizar medidas que sejam efetivamente alternativas, de modo a acarretar uma real redução do poder punitivo estatal e das taxas

de cidadãos aprisionados. Entretanto, percebe-se que a reforma no Código Penal não cumpriu plenamente tal árdua missão e teme-se que as mudanças implementadas no processo penal pela Lei 12.403/11 sigam caminho semelhante. Segundo Aury Lopes Jr. (2011, p. 121): “O maior temor é que tais medidas sejam deturpadas, não servindo, efetivamente, como redutoras de danos, mas sim de expansão de controle. O problema reside exatamente na banalização do controle, de modo que condutas de pouca reprovabilidade e que até agora não ensejariam qualquer tipo de controle cautelar (até pela desnecessidade), passem a ser objeto de incidência de restrições. O que se busca com a reforma é reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual.” Romper com a cultura do campo criminal é tarefa complexa por requerer a essencial mudança de postura dos atores² muitas vezes não conscientes da essencialidade de um processo penal democrático.

Para que a introdução de medidas cautelares diversas no ordenamento brasileiro tenha como consequência a redução do alarmante número de prisões cautelares, impedindo, também, o efeito colateral de expansão do controle punitivo, resta clara a necessidade de atenção aos fundamentos para a sua decretação, ou seja, qualquer restrição a direitos do acusado antes de uma condenação definitiva, seja prisão ou medida diversa, precisa ser fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*. Pensa-se, por exemplo, no caso da imposição de fiança diante de uma prisão em flagrante. Não há fundamentação para que o acusado continue segregado ou que seja obrigado a pagar por sua liberdade, salvo se houver o *periculum libertatis*, ou seja, se seu estado de liberdade cause

Medidas cautelares diversas:

Considerando o risco de expansão do controle punitivo e traçando critérios para sua limitação

A Lei 12.403/11 desenhou um modelo polimorfo, abrindo um leque de opções que devem tornar a prisão provisória uma efetiva ultima ratio.

O presente artigo pretende, de modo introdutório e sucinto, apresentar reflexões acerca da inserção das medidas cautelares diversas no Código de Processo Penal brasileiro, a partir da crítica sobre a possibilidade de expansão do controle punitivo, em caso de decretação indevida destas novas restrições. Em seguida, serão analisados os pressupostos para a imposição de uma medida cautelar, para que, assim, tente-se evitar a violação ao princípio da presunção de inocência, base de um Estado Democrático de Direito.

A Lei 12.403/11 desenhou um modelo polimorfo, abrindo um leque de opções que devem tornar a prisão provisória uma efetiva ultima ratio. Inicialmente, devemos observar este novo regime levando em consideração as ponderações realizadas em relação às penas alternativas previstas no Código Penal. Conforme Salo de Carvalho (2010, p. 47),¹ o problema dos substitutivos penais é a sua utilização acrítica pelos operadores do sistema criminal, de modo a desvirtuar a pretendida racionalização do poder punitivo: “O problema que se coloca na investigação, porém, é o de até que ponto os substitutivos penais efetivamente diminuem o impacto do cárcere sobre os grupos vulneráveis/criminalizados, ou seja, se as alternativas são efetivamente incorporadas pelos sistemas político-legislativo, jurídico e executivo como alternativas à prisão (e também ao processo penal) ou se constituem aditivo de ampliação do controle social punitivo retroalimentador da prisão.”

O modelo de penas alternativas não pode reproduzir a cultura encarceradora e inquisitória, não pode simplesmente criar um sistema adicional e apenso, mas sim concretizar medidas que sejam efetivamente alternativas, de modo a acarretar uma real redução do poder punitivo estatal e das taxas

de cidadãos aprisionados. Entretanto, percebe-se que a reforma no Código Penal não cumpriu plenamente tal árdua missão e teme-se que as mudanças implementadas no processo penal pela Lei 12.403/11 sigam caminho semelhante. Segundo Aury Lopes Jr. (2011, p. 121): “O maior temor é que tais medidas sejam deturpadas, não servindo, efetivamente, como redutoras de danos, mas sim de expansão de controle. O problema reside exatamente na banalização do controle, de modo que condutas de pouca reprovabilidade e que até agora não ensejariam qualquer tipo de controle cautelar (até pela desnecessidade), passem a ser objeto de incidência de restrições. O que se busca com a reforma é reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual.” Romper com a cultura do campo criminal é tarefa complexa por requerer a essencial mudança de postura dos atores² muitas vezes não conscientes da essencialidade de um processo penal democrático.

Para que a introdução de medidas cautelares diversas no ordenamento brasileiro tenha como consequência a redução do alarmante número de prisões cautelares, impedindo, também, o efeito colateral de expansão do controle punitivo, resta clara a necessidade de atenção aos fundamentos para a sua decretação, ou seja, qualquer restrição a direitos do acusado antes de uma condenação definitiva, seja prisão ou medida diversa, precisa ser fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*. Pensa-se, por exemplo, no caso da imposição de fiança diante de uma prisão em flagrante. Não há fundamentação para que o acusado continue segregado ou que seja obrigado a pagar por sua liberdade, salvo se houver o *periculum libertatis*, ou seja, se seu estado de liberdade cause

um perigo concreto ao processo penal em andamento ou à sua pretensão final. Portanto, em regra, o réu deve ser posto em liberdade provisória sem qualquer imposição de medida cautelar diversa!

Neste sentido, percebemos o artigo 282 do CPP como baluarte dos pressupostos gerais das medidas cautelares: primeiro deve-se analisar a fumaça do cometimento de um delito, a partir dos elementos probatórios presentes no estado em que os autos se encontram, somente sendo cabível qualquer medida cautelar se houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; e, em seguida, deve ser analisado o risco que a situação de liberdade do acusado pode trazer ao normal desenvolvimento do processo (cautela instrumental) ou à função punitiva (cautela final). Além destes dois fundamentos de natureza cautelar e, portanto, de aceitável constitucionalidade, o legislador inseriu o motivo de “evitar a prática de infrações penais” que deve ser objeto de críticas, as quais vão além

das pretensões deste trabalho.³ Assim, no inciso I do artigo 282, o legislador traçou de modo amplo três motivos que podem legitimar a imposição de medidas cautelares diversas.

Entretanto, ao analisarmos o artigo 319 do CPP podemos perceber que algumas das espécies de medidas cautelares diversas possuem uma restrição em relação às suas respectivas finalidades (por exemplo, a proibição de ausência da comarca para conveniência ou necessidade da investigação ou instrução). Surge, então, a questão: as medidas cautelares diversas podem ser decretadas com fundamento somente nas previsões de seus incisos (art. 319), ou por qualquer motivo previsto no art. 282 (necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais)? É aí que aparece instigante divergência doutrinária. Gustavo Badaró (2011, p. 219 e 231) sustenta que, em cumprimento

ao princípio da legalidade e à vedação do poder geral de cautela no processo penal, as medidas cautelares diversas só podem ser impostas nos limites das previsões de seus incisos do art. 319, sendo analisados subsidiariamente os ditames do art. 282.

Em sentido diverso, Eugênio Paccelli de Oliveira defende que qualquer das medidas cautelares pode ser decretada com fundamento nas previsões do art. 282, ainda que ela preveja somente uma das justificativas em seu inciso do art. 319. Somente o “risco de reiteração criminosa” necessita de previsão expressa, de modo que todas elas podem ser impostas para resguardar a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal, “(...) mesmo quando afastada da definição legal de seu objetivo”. Tal autor ressalta que “entendimento contrário, além de conduzir a grave retorno a um arcaico positivismo legalista, em que se vê o legislador como ser onipotente e incapaz de erros ou limitações, po-

Sócios-fundadores

Nereu José Giacomolli
André Machado Maya

Diretoria Presidente

Nereu José Giacomolli

Vice-Presidente

André Machado Maya

Secretário

Guilherme Rodrigues Abrão

Tesoureira

Denise Jacques Marcantonio

Departamento Editorial

André Machado Maya

Cristina Di Gesu

Departamento Científico

Vitor Guazzelli Peruchin

Guilherme Rodrigues Abrão

Coordenadorias Regionais

Rodrigo Mariano da Rocha

Fabiano Kingeski Clementel

Conselho Consultivo

Alexandre Morais da Rosa

Alexandre Wunderlich

Aury Lopes Jr.

Fabrcio Dreyer de

Ávila Pozzebon

Fauzi Hassan Choukr

Geraldo Prado

Jacinto Nelson de

Miranda Coutinho

Luis Gustavo Grandinetti

Castanho de Carvalho

Maria Theresa Rocha

de Assis Moura

Maurício Zanoide de Moraes

Coordenadores Regionais Bahia

Marcelo Fernandez Urani

Distrito Federal

Edimar Carmo da Silva

Goiás

Felipe Vaz de Queiroz

Maranhão

Thayara Silva Castelo Branco

Mato Grosso do Sul

Roberto Ferreira Filho

Rondônia

Alexandre Matzenbacher

Santa Catarina

Maciel Colli

Rio de Janeiro

Diogo Rudge Malan e

Leonardo Costa de Paula

Rio Grande do Sul

Luiz Fernando Pereira Neto

(Passo Fundo)

Salah Hassan Khaled Jr.

(Rio Grande)

Bruno Seligman de Menezes

(Santa Maria)



Instituto Brasileiro de
Direito Processual Penal
IBRASPP
Fundado em 02/03/2010

derá justificar o incremento e a preferência pela prisão preventiva, sempre que uma finalidade cautelar não estiver contida na respectiva definição legal.” (Pacelli de Oliveira, 2011, p. 26)⁴

Em face da questão dos limites traçados pelas finalidades postas por cada medida cautelar diversa, pensamos que a posição mais adequada é aquela que respeita o princípio da legalidade, essencial e enfatizado em matéria penal. Ou seja, parece apropriada a posição de Aury Lopes Jr. (2011, p. 128) ao apontar que a proibição de ausência da comarca (art. 319, IV), por exemplo, somente pode ser imposta quando caracterizado o periculum libertatis em relação à necessidade para a investigação ou instrução criminal (cautela instrumental, ou seja, tutela da prova).⁵ E, quando não houver pre-

visão de objetivo específico, como no monitoramento eletrônico (art. 319, IX), a medida poderá legitimar-se tanto para esse fim quanto para garantir a aplicação da lei penal (cautela final), conforme as disposições gerais contidas no artigo 282.

Referências bibliográficas

- BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas Cautelares Alternativas. In: FERNANDES, Og (coord.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 205-297.
- CARVALHO, Salo. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOPES JR., Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Atualização do processo penal. Lei no 12.403, de 05 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Notas

1. Neste sentido, também: APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. Breves reflexões sobre o aumento do controle punitivo do Estado pela via alternativa à prisão. Pelotas: Universitária UFPEL, 2011; LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias en las penas alternativas. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas, n. 53, 2005, p. 66-87.
2. Sobre isso, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson. Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade. In: Revista de Estudos Criminas, São Paulo, no 33, abr.-jun. 2009, p. 7-9; COUTINHO, Jacinto Nelson. Lei 12.403/11: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. In: Boletim IBCCRIM, ano 19, no 223, junho/2011.
3. Sobre isso: LOPES JR., Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 126 e 132.
4. Nesse sentido, também: CRUZ, Rogério Schietti Machado. Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 169.
5. “Portanto, a medida seria melhor utilizada para minorar o risco de fuga e não para a tutela da prova, cuja legitimidade é profundamente discutível, mas infelizmente não foi esse o texto final aprovado. E, como não vemos espaço hermenêutico para, por passe de mágica, mudar de ‘tutela da lei penal’ para ‘tutela da prova’, a medida deve ser usada nos limites legais e não subvertida. E nos limites legais, é inadequada aos fins que se pretende...” (LOPES JR., Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 128)



Revista e Boletim
IBRASPP

Estrutura e Organização

Editor-chefe

André Machado Maya

Assessoria editorial

Cleopas Isaias Santos,
Denise Luz, Gabriel Divan,
Marcelo Sant’Anna

Conselho Diretivo

André Machado Maya,
Nereu José Giacomolli,
Guilherme Rodrigues Abrão,
Giovani Agostini Saavedra

Conselho Editorial

Integrantes estrangeiros

Juán Montero Aroca Espanha
Teresa Armenta Deu Espanha
María Félix Tena Aragón Espanha

Raul Cervini

Rafael Hinojosa Segovia

Daniel Obligado

Rui Cunha Martins

Uruguai

Espanha

Argentina

Portugal

Integrantes nacionais

Alexandre Morais da Rosa,
Aury Lopes Jr.,
Diogo Rudge Malan,
Elmir Duclerc Ramalho Junior
Fauzi Hassan Choukr,
Giovani Agostini Saavedra,
Gustavo H. R. I. Badaró,
José Antonio Paganella Boschi,
Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin,
Marcelo Machado Bertolucci,
Marcos Eberhardt,
Marcos Vinícius Boschi,
Ricardo Gloeckner

Conselho de Pareceristas

Décio Alonso Gomes,
Ney Fayet Junior,
Odone Sanguiné,
Rafael Braude Canterji,
Roberto Kant de Lima,
Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo,
Vera Regina Pereira de Andrade,
Walter Bittar

Editora

Atlas

Planejamento Gráfico

Elpidio Fortes Junior

Linha editorial

Processo Penal, Direitos Humanos e Democracia

Periodicidade

Semestral

Normas de submissão

Artigos devem ser inéditos e obedecer à linha editorial do periódico;

Os artigos devem obedecer aos seguintes critérios:

Arquivo em formato doc;

Máximo de 7.500 caracteres com espaço;

Espaçamento entre linhas simples, parágrafos justificados e fonte times new roman tamanho 12;

Citações em formato autor-data, conforme exemplo:

(GIACOMOLLI, 2008, p. xx.)

Notas explicativas de até 1.500 caracteres com espaço, no final do texto.

Referências bibliográficas ao final do texto.

Os artigos devem ser remetidos em duas vias para o email boletim@ibraspp.com.br até a data final indicada no edital de chamada de artigos, publicado no site do IBRASPP (www.ibraspp.com.br), constando na identificação do assunto a expressão artigo boletim. Ambos os arquivos devem ser em formato doc, sendo um identificado e outro devidamente desidentificado, para fins de avaliação.

Os artigos serão avaliados pelo método do “duplo blind peer review” que possibilita a análise dos trabalhos sem identificação, garantindo isenção para os autores e para os avaliadores.

Reflexões sobre o prazo de duração da interceptação telefônica no PLS 156/2009

[...] o PLS 156/2009 previu o prazo máximo de 360 dias para duração das interceptações telefônicas, o que, sem dúvidas, é exagerado e desproporcional quando se está diante de violação a direito fundamental [...].

Rafael Junior Soares

Mestrando em Direito Penal pela USP, Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC/UFPR e Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito de Coimbra/IBCCRIM, Professor de Direito Penal e Processo Penal. Advogado.

A Constituição Federal previu em seu art. 5º, XII, o direito fundamental à privacidade, intimidade e sigilo das comunicações, instituindo a possibilidade de restrição de tal garantia na hipótese de interceptação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual de caráter penal¹, desde que haja ordem judicial e legislação infraconstitucional para regulamentá-la. Por conseguinte, a Lei 9.296/96 veio disciplinar o regramento constitucional, introduzindo no ordenamento jurídico o conteúdo essencial (GOMES, 2011, p. 22) da interceptação das comunicações telefônicas, por meio do estabelecimento das hipóteses cabíveis, requisitos, procedimento e limites para sua aplicação, o que, até hoje, mesmo depois de quinze anos do advento da lei, redundou em acirrados debates doutrinários e jurisprudenciais.

Ocorre que, há pouco tempo, o tema examinado foi objeto de estudo pela Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, resultando na criação dos arts. 245 a 263 que pretendem regulamentar a interceptação telefônica, nos moldes do que foi consignado no Projeto de Lei do Senado (PLS) 156/2009, atualmente em trâmite perante a Câmara dos Deputados sob o nº. 8045/2010.

Diante disso, sem desmerecer o excelente trabalho realizado pela comissão, mas sempre com a intenção de aprofundar e desenvolver o debate, faz-se necessário tecer breves ponderações acerca do que foi regulamentado sobre a matéria, visto que, especialmente no tocante ao prazo de duração da técnica de obtenção de prova (art. 252, do PLS 156/2009),

constata-se um manifesto retrocesso, que comentaremos no presente trabalho.

O tema do PLS 156/2009 examinado aqui consiste no prazo de duração da quebra das comunicações telefônicas, que foi fixado em 360 dias, em clara lei restritiva, desmedida, desajustada e desproporcional frente às limitações das liberdades e garantias envolvidas, ou seja, o sigilo das comunicações telefônicas (CANOTILHO, 1993 apud GOMES FILHO, 1997). Observa-se, assim, que a exceção à regra da privacidade, intimidade e sigilo das comunicações deve ser examinada sob o princípio da proporcionalidade (MENDES, 2011, p. 330/332), ou seja, deverá haver necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (DIMOULIS, 2008, p. 197/232) para justificar e legitimar a intervenção estatal tão drástica, de modo que não há como concordar com excessivo lapso temporal de violação a direito tido como fundamental, pois há necessidade de se garantir ao indivíduo que o teor da sua comunicação seja inviolável, exceto em situações excepcionalíssimas e por prazo razoável, como infelizmente não faz o PLS 156/2009.

Somente para ilustrar o exagero do legislador, a Lei 9.296/96, em seu art. 5º, previu o prazo de quinze dias para duração da interceptação das comunicações telefônicas, com a possibilidade de renovação por uma única vez. Ocorre que, na prática forense, o dispositivo mencionado não foi observado com o rigor, existindo medidas investigativas que perduraram por diversos anos, sem maiores cuidados dos membros da Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário. Porém, tal fato foi enfrentado de forma séria pelo Superior Tri-

bunal de Justiça que, no paradigmático HC 76686/PR², após interessante e feliz análise do Min. Nilson Naves sobre a restrição das garantias individuais no estado de defesa, considerou ilícita toda a prova produzida no bojo da ação penal, ante a existência de violação à lei infraconstitucional e ao princípio da razoabilidade. Mesmo assim, o PLS 156/2009 previu o prazo máximo de 360 dias para duração das interceptações telefônicas, o que, sem dúvidas, é exagerado e desproporcional quando se está diante de violação a direito fundamental, uma vez que o uso da técnica por período tão longo consubstancia verdadeira bisbilhotice estatal. A doutrina acertadamente já alertou para este problema colocado pelo PLS 156/2009, ao afirmar que “o art. 252, ao alargar o prazo da interceptação telefônica para 360 dias, dá ao Poder Judiciário poderes mais amplos do que se estivéssemos sob o estado de defesa declarado, o que é totalmente desproporcional, implicando séria restrição às liberdades individuais, por tempo absurdamente longo, tendo a pessoa investigada a sua vida devassada por um ano!” (DELMANTO JR., 2011, p. 135/148).

Conforme decidiu o STJ, a orientação dada foi no sentido de que o prazo máximo para quebra das comunicações telefônicas protegidas pelo art. 5º, XII, CF, deveria ser aquele previsto na Lei 9.296/96 ou, em algumas situações, o de 60 dias do estado de defesa (art. 136, § 2º, da CF). Afirmou-se ainda que se poderia extrapolar o prazo citado, desde que houvesse decisão exaustivamente fundamentada. No entanto, o PLS, em seu art. 252, além de estender o prazo de duração para 60 dias, prorrogáveis por igual período, elasteceu a duração máxima para 360 dias, num verdadeiro exagero do legislador, ainda mais quando se pensa em razoável duração do processo e na extinção da prescrição retroativa na fase de investigação (art. 5º, LXXVIII, da CF e art. 110, § 1º, do CP). Ora, ao menos num exame inicial da matéria, não é desarrazoado falar que os 60 dias autorizados pela lei já se revelam bem significantes, eis que a interceptação telefônica só pode ser autorizada a

partir do momento em que informações essenciais à investigação ou instrução processual não puderem ser obtidas por outros meios, o que evidencia o caráter sempre excepcional e residual da medida.

O STJ aguardou aproximadamente 12 anos para proferir a decisão sobre a duração das interceptações telefônicas e, assim, criar balizas e parâmetros para se verificar o lapso temporal comedido do meio de obtenção de prova, o que evidencia a desproporcionalidade do legislador que está em dissonância com o atual entendimento da Corte cidadã. Note-se que tal dispositivo vai de encontro aos próprios fundamentos contidos na Exposição de Motivos do Anteprojeto, que reafirmou a necessidade da construção do processo penal a partir da Constituição Federal³ (LOPES JR., 2007, p. 07/11) sempre em respeito às garantias individuais do cidadão⁴, visto que o dispositivo do PLS está em franca contradição com a excepcionalidade disposta no art. 5º, XII, da Carta Magna.

Importa destacar, ainda, que o Projeto de Lei 7987/2010 de autoria do Deputado Federal Miro Teixeira, apensado ao PLS 156/2009⁵, estabeleceu o prazo do meio de obtenção de prova por 30 dias prorrogáveis apenas uma vez, sem prever, contudo, lapso temporal máximo de duração, o que deve ser examinado pelos congressistas durante a tramitação do projeto. Por outro lado, por entender que a atual previsão mostra-se exagerada, o Instituto Brasileiro de Direito Processual já apresentou proposta de emenda sugerindo a redução do prazo de duração da medida para 180 dias (GRINOVER, 2010, p. 02/03).

Portanto, observa-se que o legislador estabeleceu prazo excessivo para a duração da interceptação telefônica, que pode e deve ser admitida somente em situações excepcionais, não se justificando sua manutenção por lapso temporal tão longo, ante a possibilidade de configuração de verdadeira devassa na vida do cidadão, mormente se examinada a restrição ao direito fundamental sob o prisma da proporcionalidade. Espera-se, assim, que haja alterações junto à Câmara de Deputados do PLS 156/2009

em relação ao tema examinado e, também, um debate maior entre os operadores do Direito com o objetivo de limitar o prazo máximo que fora previsto para duração da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, servindo o presente trabalho como incentivo a troca de idéias para pontos tão polêmicos e relevantes tratados no futuro e esperado Código de Processo Penal.

Referências:

- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional. 6ª ed. Coimbra: Alamedina, 1993, p. 617 apud GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: RT, 1997.
- DELMANTO JR., Roberto. A garantia da razoável duração do processo penal e a Reforma do CPP. In Revista do Advogado. São Paulo. Ano XXXI, nº. 112, Setembro de 2011.
- DIMOULIS, Dimitri. Teoria geral dos direitos fundamentais. Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. Luiz Flávio Gomes, Sílvio Maciel. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Do regime das interceptações telefônicas no projeto do novo CPP – propostas de emenda do IBDP. In Boletim do IBCCRIM. São Paulo Edição Especial. Agosto de 2010.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Notas

- Muito embora o texto legal seja claro no sentido de que a quebra do sigilo das comunicações telefônicas pode ocorrer somente no âmbito penal, o STJ, em recente decisão, admitiu a interceptação telefônica em processo de natureza cível, por entender que se tratava de hipótese excepcional, onde se apurava a possibilidade de desaparecimento de menor, em verdadeira interpretação extensiva de normas que criam exceção aos direitos fundamentais contidos no art. 5º, X e XII, da CF. (STJ – 3.ª T. – HC 203.405 – rel. Sidnei Beneti – j. 28.06.2011 – public. 01.07.2011).
- Nas palavras do eminente Ministro “a interceptação de que estamos cuidando, deferida, vimos, a 17.5.04, renovada e renovada e renovada, tantas vezes renovada, e o foi por mais de dois anos, de exceção, revestiu-se de regra, de medida excepcional, tornou-se medida normal, tornando-se, dessa forma, a interceptação de que estamos cuidando, repito, em medida que, primeiro, ultrapassou o prazo e o tempo do art. 5º da Lei nº 9.296, segundo, o do art. 136, § 2º, da Constituição, ultrapassou também o limite da razoabilidade”. (HC 76686/PR, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 10/11/2008).
- Como destaca Aury Lopes Jr., o processo penal deve ser sempre lido à luz da Constituição Federal, que serve como parâmetro para a adequada conformação das leis aos postulados democráticos e garantistas da Carta Magna. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 07/11.
- Exposição de Motivos elaborada pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>. Acesso em: 19.01.12.
- Projeto de Lei nº. 7987/2010 de autoria do Deputado Federal Miro Teixeira. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=488850>. Acesso em: 19.01.12.

Negociando o inegociável:

sobre presunção de inocência, produção probatória contra si mesmo e novas propostas legislativas para a questão da embriaguez ao volante.

seria tanto desnecessária quanto inoportuna [...] qualquer alteração legislativa que procure [...] alterar a mecânica básica do processo penal para permitir que se instaure um regime onde o acusado [...] precise comprovar seu estado natural de inocência perante o Estado

Gabriel Antinolfi Divan
Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pelo PPGCCrim da PUC-RS. Conselheiro do Instituto de Criminologia e Alteridade. Professor de Processo Penal na Universidade de Passo Fundo/RS. Advogado.

A comunidade jurídica brasileira entra no ano de 2012 com uma pauta legislativa já recorrente e que há muito se encontra (não sem razão) em evidência: o constante questionamento sobre a necessidade de maior profusão de medidas jurídico-administrativas que visem coibir o assombroso número de acidentes fatais no trânsito.

Do ponto de vista do incremento de leis punitivas, a agenda mais discutida e que maior impacto sócio-cultural produz é a da regulação de índices de alcoolemia que caracterizariam desde a aceitabilidade (não-configuração de infração), passando pela existência de ilícito administrativo e até mesmo configurando situação de perigo que implica em incidência criminal¹.

Recente discussão no âmbito do Poder Legislativo federal aventa a possibilidade de que haja alteração legal para uma curiosa inversão no ônus probatório processual quanto à caracterização do tipo penal referido (conduzir veículo automotor sob o estado de ‘embriaguez’ – ou similar): a proposta é a de que o teste do etilômetro (popularmente chamado de ‘bafômetro’) bem como outros tipos de exames congêneres², passe a ser um artifício/possibilidade lançada no momento da autuação do acusado para o caso de esse querer fazer prova de seu não-estado de embriaguez, derrubando uma estranha (e, doravante vigente) “presunção” de embriaguez (no caso, culpa) para situações de flagrância na espécie.

Não são necessárias muitas luzes na matéria em questão nem um conhe-

cimento avançado da principiologia constitucional-democrática para se ter em conta o disparate que nesta quadra histórica representaria em nosso ordenamento uma alteração legislativa que fizesse de um acusado em âmbito criminal alguém que precisa comprovar sua inocência partindo-se de uma presumida culpa. Por isso nos furteremos, aqui, de uma digressão maior nesse aspecto.

Chamamos atenção, contudo, para um viés que pouco parece ser notado pelos defensores da nova e alarmista proposta: as soluções para o impasse da negação do condutor em realizar exames comprobatórios de alcoolemia (exercendo seu direito de não fazer prova contra si mesmo – sentido amplo, consagrado pelo patamar constitucional que possuem os ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José³) já existem e não precisam tangenciar uma aberrante proposta legislativa que inverte o ônus probatório em matéria criminal.

Sabemos, desde GOLDSCHMIDT (1936, pp. 88 e seguintes), que o acusado que deixa de usufruir de um espaço probatório não pode com isso angariar prejuízo automático (*Nemo tenetur se detegere*), muito embora abra mão também, nesse aspecto, de se livrar de uma carga processual (não se pode presumir culpado quem se recusa a usar o “bafômetro”, muito embora haja a perda da chance de fazer prova da inocência, para aqueles não-embriagados). Ou seja: existe, no jogo processual, a perda da oportunidade de fazer prova em prol de si mesmo, o que não redundaria, nem pode redundar,

em assunção de culpa ou presunção legal de tanto. Certamente, contudo, o não-uso desse espaço (a não liberação de uma carga), se não gera prova direta contra o acusado, cria um vácuo que traz o risco de ser preenchido com pressuposições jurisdicionais calcadas em outras provas e indícios.

O próprio parágrafo 2º do artigo 277 do CTB avisa que outros meios de prova como a verificação de “notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor” podem integrar o conjunto de evidências para o indiciamento e futura acusação (carga que o acusado poderia liberar se quisesse e pudesse usar uma prova a favor de si).

E mais: sabemos que o Código de Processo Penal (CPP) permite que, na impossibilidade de averiguação (essencial) do corpo de delito, a prova testemunhal lhe supra a ausência⁴. No caso da intoxicação do condutor em níveis acima dos estabelecidos legalmente, recusando ele ao exame no momento do flagrante, por exemplo, praticamente se elimina a possibilidade de comprovação cabal de alcoolemia posteriormente, por outros tipos de verificações, restando os demais expedientes probatórios (como a palavra testemunhal), para talvez evitar a pura e simples chicana.

A análise de provas periféricas ao dito resultado material do crime, o corpo de delito (que no caso é a própria presença de substâncias tóxicas - ex: álcool etílico - em níveis excedentes no organismo do condutor) também pode ser usada: presença de garrafas

de bebidas alcoólicas vazias no veículo ou baganas (‘pontas’) de cigarros de maconha, p. ex., podem constituir “provas” utilizáveis, salientando, sempre, que elas não são o corpo de delito, não o substituem, deliberadamente, e que não são artefatos para que se presume (jamais) a embriaguez (culpa) de modo levemente causal.

Quanto a isso, importante lembrar, na lição de LOPES JR. (2011, pp. 597 e seguintes) que a prova testemunhal que substitui a ausência de exame de corpo de delito não pode ser chamada de “exame indireto de corpo de delito” (ao contrário do que diz volumosa doutrina pátria), uma vez que “exame” pressupõe análise conduzida por especialistas: o exame indireto é feito nos rastros periféricos do corpo de delito enquanto que a prova testemunhal constitui indiretamente o corpo de delito através da palavra (ex: em uma acusação de homicídio sem a visão do cadáver, a palavra de uma testemunha compõe indiretamente o corpo de delito, enquanto que uma mancha de sangue na parede seria alvo de um verdadeiro exame indireto). A discussão é abordada rapidamente também por OLIVEIRA (2011, pp. 432-433) e nos parece mais importante do que as poucas linhas que geralmente recebe da maioria da literatura.

O que fica, portanto, é a idéia de que, claramente, subsistem no direito brasileiro mecanismos suficientes que permitem a composição de um bom conjunto probatório para aduzir a culpa de um cidadão acusado de embriaguez na condução de veículo auto-

motor, ainda que não haja o exame do ‘bafômetro’. A acusação, nesse caso, deixa de contar com um item central, mas não há terra arrasada. Cabe ao juiz verificar a plausibilidade da acusação diante dos argumentos defensivos com os elementos de prova/informação em mãos. É necessário bom senso para concordar que alguém que não apresenta quaisquer indícios, sinais, odores e objetos que lhe indiquem embriagado talvez realmente não o esteja.

Desta maneira, seria tanto desnecessária quanto inoportuna (e totalmente inconstitucional e anti-democrática) qualquer alteração legislativa que procure, no combate à violência no trânsito, alterar a mecânica básica do processo penal para permitir que se instaure um regime onde o acusado (de modo inimaginável) precise comprovar seu estado natural de inocência perante o Estado, caso queira mantê-lo.

Referências

- GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJE, 1936.
 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 1. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Notas

1. Conforme Lei Nº 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB), em seu Art. 165, havendo disposição criminal de per se para o grau de embriaguez intolerável conforme o disposto no Art. 306 do mesmo diploma.
2. Art. 277, CTB.
3. Em seu artigo 8, n. 2, alínea ‘g’. No ordenamento interno, Ver Art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal e Dec. n. 678/92.
4. Cf. Art. 158 e 167 CPP.

Entidades parceiras do IBRASPP

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM (www.ibccrim.org)

Centro de Estudos Avançados em Processo e Justiça – CEAPJ (www.ceapj.udg.edu)

Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica – SBPJ (www.sbpj.org)

Escola Superior da Advocacia da OAB/RS (www.oabrs.org.br/esa)

PUCRS (www.pucrs.br)

Atlas (www.atlas.com.br)

O significado da “verdade real” no processo penal e suas consequências e limites interpretativos

Não podemos fechar os olhos para esse novo tempo jurídico, onde, após a referida revolução copernicana, os métodos interpretativos não permitem mais interpretações solipsistas, despidas de todo e qualquer conteúdo democrático

A linguagem filosófica no estudo do direito

Desde uma nova concepção jurídica, consideradas por alguns autores como verdadeira “virada linguística” (STRECK, 29.01.2012), a filosofia apresenta-se de forma forte através do uso da linguagem, superando assim o antigo estudo entre pessoa - objeto. Assim, passou-se a utilizar a filosofia como método ou forma de interpretação, porém por uma concepção nova, buscando-se assim uma forma de compreensão voltada para um processo compreensivo distinto daquele que até então se via nos tribunais (via decisões monocráticas ou mesmo colegiadas) e livros jurídicos utilizados em nosso dia a dia acadêmico nas salas de aula.

Com base nas afirmações de Habermas (2004) podemos observar que não se pode escapar à ascendência da linguagem, ou seja, todas as dúvidas de origem contextualista acerca da intuição realista e universal, no que se refere ao valor atribuído à verdade, faz saber a razão necessária para se levar em conta “a invasão linguística” que modifica o critério de objetividade de uma instância subjetiva e privada para uma instância pública de justificação de uma comunidade de falantes, que se comunicam entre si. O ser inserido na sociedade. Onde, a responsabilização do ser desviante pode se dar em função do momento comunicativo previamente firmado e posteriormente violado.

Ainda hoje, se busca uma completa aceitação do fato de que a linguagem e a realidade se completam/complementam mutuamente, por consequência, não se pode mais confrontar proposições com uma realidade que não esteja também fundada na linguagem. No que se refere a uma opinião tida como verdadeira e, outras já aceitas, Habermas (2007) nos diz que uma coerência estabelecida tão

somente por uma cadeia de fundamentação é incapaz de dar conta até mesmo de asserções justificadas, mesmo porque a verdade continua sendo um conceito “inalienável”, mas que agora não mais goza de evidência e correspondência no mundo, já que a sua justificação envolve uma discussão pública e que requer uma ampla participação. Deixando assim clara a distinção entre Discurso de Aplicação e Discurso de Justificação, sendo certo que este deverá sempre obedecer ao momento e as circunstâncias envolvidas do ponto debatido.

Toda legislação democrática visa ser verdadeiro reflexo da realidade e das necessidades inerentes à sociedade, mesmo porque seria impossível que pudéssemos compreender todas as situações existentes e, com o decorrer do tempo, surgem mudanças que devem ser acatadas e incorporadas pela legislação. Todavia, com tamanha velocidade que as transformações sociais, culturais, científicas e tecnológicas se sucedem, se torna impraticável para um sistema engessado e enraizado no positivismo acompanhar tais mudanças.

Com a mencionada revolução copernicana, a interpretação, como um dos resultados possíveis frente a um contexto, pode ser realizada ou mesmo efetivada de forma válida e justa, coadunando com aquilo que se requer de um Judiciário atuante em um Estado Democrático de Direito, onde os fatores reais, motivos fáticos que levaram à criação hermenêutica de determinados modelos jurídicos, precisam estar amparados por contextos válidos, sob pena de cair em erro, ou seja, deve o intérprete se valer de conceitos morais e extra jurídicos de forma complementar e harmonioso.

Os muitos anos de história da sociedade brasileira, com sua formação heterogênea de descendentes de tantos povos e culturas diferentes, não foram suficientes para que se firmasse certa es-

Thiago M. Minagé

Advogado Criminalista. Professor da Pós-Graduação lato sensu da UNESA/RJ e UCAM/RJ. Professor de Processo Penal da Graduação do UniMSB/RJ. Mestrando em Direito pela UNESA/RJ.

tabilidade social. Constituir uma Carta Política que viesse a ser constantemente modificada acarretaria insegurança por parte da sociedade. Para reger as estruturas, situações, comportamentos e condutas da convivência social, as Constituições devem perdurar, devem ser rígidas, ou seja, exigir um processo mais elaborado e solene de modificação de seu texto. No entanto, deve ser interpretada, interpretação esta que deve ser aprimorada e aperfeiçoada com os ditames democráticos.

Sem que se opere algum tipo de ruptura na ordem constituída, pois a ruptura está na forma interpretativa, como movimentos revolucionários ou convocação do poder constituinte originário, duas são as possibilidades legítimas de mutação ou transição constitucional: a uma; a reforma do texto, através do poder constituinte derivado; a duas; através do recurso aos métodos interpretativos.

Chegar a um consenso entre a rigidez constitucional e a necessidade de adaptação à realidade fática e temporal demonstra a importância da interpretação da norma constitucional, eis que, destarte, cumpre a adaptabilidade necessária, sem prejuízo ao texto constitucional e seu prestígio e o contexto fundante de seus preceitos.

Por tanto, nada impede, impor-se à interpretação constitucional determinados limites para que não afetem os preceitos da democracia e culmine por encontrar uma contradição, onde, em matéria constitucional, não são recomendáveis as interpretações livres ou contra a lei, de forma exegética e engessada, mesmo porque toda construção hermenêutica constitui processo contínuo e incessante no decorrer da evolução social, e não um simples pensar e dizer aquilo que já foi dito e pensado.

Verdade real no processo penal

O conceito de Verdade Real rotineiramente passado aos alunos de graduação aponta no sentido de que o processo penal lida com a dita verdade dos fatos, ou seja, somente existirá processo penal contra alguém se for possível provar os fatos imputados. A atividade desenvolvida no processo penal é tratada de forma objetiva – dependendo apenas de prova e não da opinião do julgador ou dos demais personagens da Justiça criminal. Assim, inadmissível concluir o presente parágrafo sem antes citar como iniciação à crítica, as palavras de Lenio Streck (01.02.2012) onde afirma que: Este é o

estado da arte do modus interpretativo que ainda domina o imaginário jurídico prevalente em parcela considerável da doutrina e da jurisprudência praticada em terrae brasilis.

Não se pode conceber, de forma alguma, que o Processo Penal independa da opinião dos personagens integrantes e atuantes no processo. Processo é reconstrução histórica dos fatos, deve ser tratado como verdadeiro jogo, onde as regras estão previamente estabelecidas.

O Sistema processual que vigora em nossa realidade jurídica é o denominado “Sistema Acusatório”, onde na precisa definição de Geraldo Prado (2006) compreende-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório. O princípio acusatório orientador de todo o sistema de mesmo nome é identificado por características que lhe são próprias e que o distinguem de outros sistemas.

Nossa realidade política não condiz com um processo que caminha em direção a um tratamento desigual com a pessoa a ele submetido, onde o indivíduo é colocado como objeto do processo, refletindo assim um verdadeiro Estado Totalitário, muito pelo contrário, desde a promulgação da Constituição de 1988, passamos a era do Estado democrático de Direito, verdadeiro Estado-de-direito-social.

Dimensões e limites da interpretação

Toda interpretação, vale sempre ressaltar, é um exercício inerente à própria atividade judicante, pois aplicar a lei é interpretá-la, mas somente com um trabalho hermenêutico constitucional é que se poderá determinar qual o melhor caminho a seguir, ou melhor, qual a melhor decisão a proferir.

Com isso, o trabalho hermenêutico constitucional constitui verdadeiramente um mecanismo de controle do sujeito solipsista, uma vez que a análise e a interpretação da lei deve observar a Constituição como um sistema integrado de normas, oriundas de um processo democrático de instituição do Estado, não como um simples “texto e norma” que nos remonta a um positivismo semântico, pois a noção de texto e norma que vai além do que está no poder de interpretação dos juizes, por isso a importância da Hermenêutica.

A interpretação de normas, como já

fora dito, não deve afastar-se do texto e do sentido constitucional ou a finalidade legislativa, mesmo porque, ater-se aos limites da interpretação constitui tarefa que, ao longo do tempo, torna-se delicada. Além de serem os limites extremamente difíceis de se precisar com nitidez, as inúmeras interpretações feitas da mesma lei, uma após e baseada na outra, a fim de se obter uma maior adequação temporal, social, pode acabar por ultrapassar o sentido da norma, transpor o da própria lei e culminar numa interpretação inautêntica, o que já seria eivar de inconstitucionalidade a hermenêutica adotada.

O uso da interpretação como alternativa legiferante de adequação ao fato, enquanto instituto de matéria constitucional é de interesse comum, não apenas por seu caráter usual, mas também por constituir uma forma direta de participação política e não deve restringir-se a uma minoria inautêntica e despida de qualquer legitimidade para tanto.

Conclusão

A importância interpretativa fundada em uma hermenêutica autêntica nos leva a real e efetiva aplicação/interpretação das regras constitucionais e também das demais normas a se adequarem à realidade Constitucional em vigor.

Não podemos fechar os olhos para esse novo tempo jurídico, onde, após a referida revolução copernicana, os métodos interpretativos não permitem mais interpretações solipsistas, despidas de todo e qualquer conteúdo democrático.

Todo conhecimento necessariamente é provisório. Logo, não há espaço para aceitar doutrina equivocadas que afirmam existir conceitos e princípios completamente desconectados com a realidade político-social-processual-democrática atualmente vivida. Assim, verdade real nada mais é que uma falácia dos métodos interpretativos ainda utilizados em nosso âmbito jurídico.

Referências bibliográficas:

- HABERMAS. Jurgen. Correção versus verdade: o sentido deontológico de juízos e normas morais. Verdade e Justificação. Edições Loyola: São Paulo, 2004.
- _____. A ética da Discussão e a Questão da Verdade. Martins Fontes: São Paulo, 2007.
- PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- STRECK. Lenio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Disponível em: <http://www6.univall.br/seer/index.php/nej/article/view/230> acessado em 29.01.2012.
- _____. Crise de paradigmas. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. Extraído do site www.leniostreck.com.br. Acesso em 01/02/2012.

Brevíssimas considerações sobre o Exercício da Ação Penal

O paradoxo inicial reside justamente na faculdade de não oferecer a ação penal, mas, uma vez oferecida, de não poder – pela letra fria da lei – “desistir”, como se todo resultado do pensamento humano fosse infalível.

A instantaneidade da atualidade e a velocidade com que os fatos e realidades se transformam abandonam as instituições jurídicas em ambientes dominados por concepções que se distanciam desses processos de modificação. Contrariamente ao que deveria ocorrer, não se verifica – concretamente - uma conjunção de forças capazes de conectar o Direito às transformações. Muitos diriam, com alguma razão, que essa afirmação é tão antiga quanto o próprio Direito e que assim é mais prudente, na medida em que o tempo da sociedade é diferente do tempo do Direito. Ainda que se possa compreender esse pensamento, há de se aguçá-lo o espírito crítico para determinados institutos de ordem processual, os quais exigem nova compreensão; e, se o legislador não oferece um novo diploma processual, talvez o debate acadêmico paginado nos autos de casos concretos possa estabelecer as condições necessárias para a diminuição de resistências, produzindo as maiorias essenciais aos processos legislativos.

Estabeleceu a Constituição Federal que cabe ao Ministério Público o exercício da ação penal, não bastasse isso, o constituinte de 1988 ampliou, consideravelmente, as atribuições do Parquet. Tal iniciativa se sustenta por argumentos e reflexões além dessas poucas palavras, diz-se – tão somente – que a autonomia desejada aos membros e a instituição do Ministério Público atendia (e atende) a interesses democráticos. Nesse cenário, cumpre questionar sobre os limites e a autonomia do promotor de justiça¹ no oferecimento ou não da ação penal, ou ainda, na descrição do fato imputado.

Nascido na década de 40, nosso código de processo determina que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal (art. 42), criando uma vinculação legal entre a atuação do promotor de justiça e a denúncia oferecida. Pois é justamente nesse ponto que desperta

nosso olhar crítico. Em princípio, observa-se que – diante de um fato atípico – cabe ao agente ministerial postular o arquivamento do inquérito policial (art. 28), todavia, se o magistrado entender que se trata de fato típico remeterá os autos ao procurador-geral, o qual poderá: a) oferecer a denúncia, b) designar outro membro para promover a ação ou c) insistir no arquivamento. Então, em última análise, para o início da ação penal, cabe tão somente ao Parquet avaliar o binômio fato-norma², ainda que o juízo final seja de atribuição do procurador-geral de justiça; de sorte que se resguarda uma esfera reflexiva, na qual haverá uma ponderação normativa, muitas vezes. O paradoxo inicial reside justamente na faculdade de não oferecer a ação penal, mas, uma vez oferecida, de não poder – pela letra fria da lei – “desistir”, como se todo resultado do pensamento humano fosse infalível. Não parece, dessa maneira, constitucionalmente viável exigir que determinado réu suporte todo o processo penal, quando – logo após a denúncia crime – sobrevêm provas que eliminam a adequação típica visualizada na peça vestibular³. Muitas críticas poderiam (e devem) ser dirigidas a essa afirmação, a começar pela independência funcional que assegura ao promotor de justiça postular a absolvição do réu, de modo a promover a “justiça”. Sem olvidar e respeitando tais manifestações, não podemos ignorar a morosidade processual e o impacto que o processo penal gera. Tais fatos afrontam as retinas e caminham – cada vez mais – para verificação empírica, de sorte que não é razoável aguardar todo o trâmite processual para se obter uma sentença absolutória, que desde o início já se anunciava.

Um olhar profundo sobre o processo demonstra que o promotor de justiça dispõe de fato da ação penal do início ao fim. A análise do inquérito policial fornece os elementos necessários para um juízo inicial sobre a lesividade da conduta e a ofensa ou não ao bem

juridicamente tutelado; de sorte que um dos fundamentos dos pedidos de arquivamento é o princípio da insignificância. Assim, mesmo diante do indiciamento pela autoridade policial, a conduta imputada poderá ser considerada irrelevante ao direito penal, fato que demonstra que existe, desde o primeiro momento, certa ponderação normativa.

Ademais, os autos da investigação permitem a seleção inicial das provas que serão produzidas na ação penal, entre essas se destaca a prova testemunhal, cujo rol deve ser entregue junto com a denúncia. Há, evidentemente, um número limitado de testemunhas para cada fato. Ainda que o inquérito ofereça um número muito maior de pessoas ouvidas, deverá o agente ministerial escolher (dispor) quais testemunhas são mais relevantes. Em etapa posterior, poderá o promotor de justiça desistir (dispor) de uma ou mais testemunhas arroladas, medida que poderá beneficiar ou não o réu, mas que exemplifica as responsabilidades que repousam nas decisões do Parquet.

Da mesma maneira, a participação do promotor de justiça na audiência de instrução envolve atos que podem determinar o sucesso da tese acusatória ou não. Diante da moderna interpretação do artigo 212 do código de processo, que veda ao magistrado absorver as funções do órgão acusador, exige-se do Parquet participação mais direta. No sistema cross-examination a formulação das perguntas pode ser elemento determinante, bem como a percepção sobre o estado de ânimo da testemunha. Significa dizer que a diversidade de situações exige decisões que irão contribuir (ou não) para resultado final

do processo.

Ampliando nossa abordagem, não se pode ignorar a substancial alteração introduzida pela Lei 9.807/1999, a qual auxiliou a positivar a deleção premiada no direito brasileiro. O prêmio pela traição não é novo na história do poder punitivo, com raízes nos inquisitivos procedimentos medievais, o instituto iniciou sua história em território nacional através das Ordenações Filipinas (Livro V, Título CXVI)⁴, seu avanço se deu em etapas, surgindo de maneira esparsa em mais de uma lei e culminando com a consolidação realizada pela Lei 9.807/1999. Nossa posição, já adotada anteriormente⁵, não se modificou depois das reiteradas manifestações do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade da lei. Todavia, há de se avaliar – também – os efeitos que tal declaração de constitucionalidade produz no sistema jurídico-penal.

Então, novo paradoxo se produz, pois não há como compreender uma vinculação legal estreita com o oferecimento da ação penal e sua condução e ao mesmo tempo incorporar o instituto anglo-saxão de justiça negociada. Sem olvidar, ainda, que se consolida a posição de que o acordo realizado entre acusado e Ministério Público sequer pode ser divulgado (STF - HC 90688/PR).

Assim, a declaração de constitucionalidade da Lei 9.807/1999 exige a revisão hermenêutica dos dispositivos legais relacionados à disposição da ação penal pelo agente ministerial. Nesse aspecto, deve-se assegurar espaço maior ao juízo inicial sobre o exercício ou não da ação penal e seus contornos, sem que isso signifique o abandono dos critérios legais ou a violação das normas insti-

tucionais previstas na Lei 8.625/1993 ou Lei Estadual 6.536/1973. Se houve uma opção legislativa que aproximou nosso sistema processual ao sistema anglo-saxão de justiça negociada, deve-se aprofundar essa aproximação ou descartá-la por completo, pois não são convenientes modificações fragmentadas que fragilizam o sistema.

Por fim, essas brevíssimas linhas tão somente instigam a discussão. Sem o propósito de encerrar o assunto, há de se reavaliar os atuais limites do exercício e condução da ação penal e, se ainda tais espaços não foram pela letra da lei suficientemente abertos, quiçá os debates acadêmicos e pretorianos poderão contribuir para tanto.

Referências bibliográficas

- CARVALHO, Natália de Oliveira. A Delação Premiada no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- GARCIA, Roberto Soares. A Delação Premiada: ética e moral, às favas! In: Boletim do IBCCRIM: São Paulo, n. 159, p. 2-3, fevereiro/2006.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. v. 1 e 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- SANT'ANNA, Marcelo. Do Estado de Exceção à Democracia? A adaptação das técnicas de exceção à ordem constitucional de 1988. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2009.

Notas

1. Não se ignora os procuradores da república, membros do Ministério Público Federal; optamos por referir os promotores de justiça tendo em vista a amplitude da competência criminal das justiças estaduais.
2. Não se ignora a ação penal privada em substituição a ação penal pública, mas trata-se de avaliar as condições iniciais da ação, sem considerar, nesse momento, a participação do ofendido.
3. Não nos interessa, nesse momento, a previsão legal contida no artigo 397 do CPP.
4. Disponíveis integralmente em <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em 01.03.2012.
5. Entendemos que tal norma é inconstitucional.

Série Legislação Penal Especial



Crime Organizado e Institutos Correlatos

Cassio Roberto Conserino

1ª edição (2010) | 208 páginas

Estatuto do Desarmamento

Armando de Mattos Júnior

1ª edição (2010) | 120 páginas

Interceptação Telefônica

Cleber Rodolfo Carvalho Vasconcelos

1ª edição (2010) | 112 páginas

Lavagem de Dinheiro

Cassio Roberto Conserino

1ª edição (2010) | 144 páginas

Tribunal do Júri

Walfredo Cunha Campos

1ª edição (2011) | 136 páginas

R\$ 35,00 POR VOLUME

0800 17 1944 | ATLAS.COM.BR

Preços sujeitos a alteração sem prévio aviso.

atlas

Ainda sobre as reformas parciais no processo penal (!):

recurso de apelação decorrente de decisão manifestamente contrária à prova dos autos no Tribunal do Júri: legitimação exclusiva da defesa

[...] como uma decisão pode ser manifestamente contrária à prova dos autos e autorizar recurso que a reforme, sem se tocar no conteúdo da soberania dos veredictos? [...] somente um motivo fundamentalmente democrático torna possível que se quebre uma regra dizente à propalada soberania das decisões.

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e do Centro Universitário Metodista (IPA/IMEC). Advogado Criminalista.

1. Intróito

A reforma parcial do CPP de 2008 operou como é conseqüente às modificações desalinhas, desajustadas e em falta de sintonia, alterações implícitas que, pela vontade de sistema inerente à tradição codificadora, pululam na marcha de acerto de casos penais.

Além das diversas incongruências pendentes sobre o sistema de nulidades – matéria que paradoxalmente restou intacta à sobre-codificação de 2008 -, da regulamentação da prova ilícita (reconhecendo expressamente exceções à exclusionary rule conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada – fruits of the poisonous tree) e também sobre os procedimentos (como a polêmica sobre o momento de recebimento da denúncia ou queixa-crime), as normas que dispõem sobre os recursos não permaneceram à margem de contradições intersistêmicas.

Com efeito, como a reforma implementou alteração profunda nos procedimentos processuais penais, o procedimento para apuração dos crimes contra a vida – tribunal do júri – alcançou um nível de obscuridade alto, especialmente por que justapõe alteração procedimental e sistema recursal.

O objetivo a ser enfrentado neste sucinto artigo é apresentar em que medidas tais alterações implicaram via de conseqüência mudança significativa nos pressupostos recursais, particularmente no quesito legitimidade do recurso de apelação a ser interposto quando de decisão pelo tribunal popular. Assim sendo, resta-nos passar ao exame do objeto imediato da incursão.

2. O Regime de Apelação no Tri-

bunal do Júri

Tradicionalmente, o instituto do recurso de apelação é instrumento de ataque a decisões definitivas que põem fim ao processo (sentenças) e decisões com força de definitivas em questões relacionadas ao processo principal (v.g. as decisões definitivas em medidas acautelatórias). Com relação ao instituto do Tribunal do Júri, a apelação deixa de ser um recurso que se caracteriza pela amplitude temática (recurso não vinculado) e adquire contornos de um instrumento de ataque vinculado ou de temática limitada às decisões provenientes do colegiado popular (Súmula 713 STF). Dispõe o art. 593, III do CPP que a apelação das decisões proferidas pelo tribunal do júri será admitida nos casos de: 1) ocorrência de nulidade posterior à pronúncia; 2) quando a sentença do juiz-presidente for contrária à decisão dos jurados ou à lei expressa; 3) quando houver erro ou injustiça no que diz respeito à aplicação da pena ou medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

A vinculação temática do recurso de apelação aos dispositivos elencados no inciso III do art. 593 (redação dada pela Lei 263 de 1948) do CPP reside num princípio que se tornou substrato constitucional: a soberania dos veredictos. Assim, a fim de preservação da competência de ranking constitucional, o tribunal responsável pelo exame do recurso de apelação oriundo de decisão que julgou crime doloso contra a vida está impedido de reformar aquela decisão. Os fundamentos recursais, portanto, cingem-se à possibilidade de alteração da aplicação da pena (competência do juiz-presidente), verificação e possível reforma de decisão do juiz-

presidente incongruente com a vontade do colegiado; possível irregularidade processual posterior à decisão de pronúncia que contamine os atos subseqüentes (princípio da causalidade) bem como uma decisão dos jurados que anuncie veredito divergente da prova coligida aos autos. É quanto a esta última hipótese que teceremos nossos comentários.

3. Legitimidade para o Recurso pela Alínea “d” do Inciso III do art. 593 do CPP: alteração de legitimidade

De plano, sustenta-se aqui que a recente modificação no procedimento do tribunal do júri, em que pese isto ocorrer de forma tácita – quiçá inconsciente (e inconseqüente) – modificou o regime de apelação para o caso de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Preliminarmente, cumpre salientar que a jurisprudência brasileira não se apercebeu da necessidade de sistematização da matéria objeto da reforma, o que apenas torna meramente aparente as negativas sistemáticas em considerar-se a inovação em matéria de legitimação para o recurso apelativo. Em primeiro lugar, a título meramente expositivo, nega-se por completo qualquer tese que se sustente no “princípio(?) in dubio pro societate” que regeria a pronúncia a fim de elaborar-se seu juízo - apodítico, diga-se em passant – sobre a distribuição de carga probatória no procedimento bifásico. É lugar comum manualístico apontar-se que na fase de pronúncia o juiz estaria submetido não ao princípio da presunção de inocência, mas a um pseudoprincípio (jamais escrito ou codificado) de que na dúvida deve o réu ser julgado pelo colegiado popular. Apesar da alegação cega e acrítica dos princípios regentes do processo penal, o famigerado in dubio pro societate não pode ser admitido, dentre outros motivos por que: a) o processo penal não tem sua existência permeada por distribuição de cargas probatórias, a exigir para algumas situações fáticas ou jurídicas a comprovação da parte que a alegar, como quer fazer crer o art. 156 de nítida inspiração nazifascista, justamente pelo fato de a prova, em sua integralidade dever ser demonstrada pelo acusador; b) a admissibilidade da denúncia levada a plenário para julgamento do acusado se dá

pelo princípio constitucional que afere competência *ratione materiae*, jamais pela quantidade e qualidade da prova coletada; c) a presunção de inocência não pode ser afastada por presunções ou indícios relativizadores. A indevida e má compreensão deste princípio por parte da doutrina viabiliza a sua perfeita liquefação pela práxis inquisitória forense. Assim, partindo-se da inaceitabilidade epistemológica de qualquer menção ao referido pseudoprincípio é que analisaremos a legitimação recursal no caso ventilado.

A pergunta inquietante é: como uma decisão pode ser manifestamente contrária à prova dos autos e autorizar recurso que a reforme, sem se tocar no conteúdo da soberania dos vereditos? A aposta aqui alicerçada é de que somente um motivo fundamentalmente democrático torna possível que se quebre uma regra dizente à propalada soberania das decisões. Haverá quem se oponha a esta argumentação, alegando que a reforma pelo tribunal não tocaria no mérito, apenas determinaria novo julgamento. Será? O tribunal em tese examina a decisão e a coteja com a prova carregada aos autos, anulando o julgamento e submetendo o acusado a novo julgamento. Não seria uma forma velada de controle sobre o ato decisório dos jurados? Cremos que sim. Desta arte, o que poderia fundamentar tal revisão do decisório? Certamente um princípio que sobrepujasse as regras de competência, como é o caso do in dubio pro reo. Afinal, a revisão criminal, em busca de se evitar a punibilidade do inocente (primado do Estado Democrático de Direito) não autoriza inclusive a rescisão da sentença transitada em julgado a fim de fazer valer tal regra?

É fundamental se reconhecer que o princípio da presunção de inocência não se configura como mera regra de juízo. Por regra de juízo conhecemos o adágio *in dubio pro reo*, significando o mandamento constitucional dirigido ao magistrado de que na dúvida decida pela absolvição. Como regra probatória, dirige-se a quem compete a prova no processo penal (carga probatória). Finalmente, como regra de tratamento, significa que todos são inocentes até decisão transitada em julgado¹. A estas três faces do princípio da presunção de inocência deve-se agregar o caráter duplice da norma de direito fundamental (Alexy), que simultaneamente é regra

e princípio.

Afirmar-se que o recurso de apelação pode ser interposto tanto pela acusação quanto pela defesa é fazer vistas grossas para a distinção alhures apontada. Nesse sentido são as palavras de Lopes Júnior (2009, p. 490): “quanto ao argumento da ‘soberania das decisões do júri’, invocado como dogma absoluto pelos passionais defensores do júri, deve-se fazer um importante questionamento: e o igualmente fundamental direito à presunção de inocência?”.

Observa-se que a legitimação para o recurso pela acusação, em caso de absolvição pelos jurados demandará as seguintes conclusões: a) a íntima convicção que reina no tribunal do júri e a ausência de fundamentação da decisão não permitem análise do motivo da absolvição: fora o réu absolvido por falta de provas ou por convicção dos jurados, v.g. “inexistência de crime”? Nesse caso, como pode a decisão – sabidamente desconhecida – ser distante da prova colhida aos autos? b) qual o fundamento político criminal a fundamentar decisão reversível de absolvição a legitimar uma revisão do julgado (e mediatamente quebrar regra de competência absoluta)?

Certamente, a autorização para o cotejo da prova dos autos com o veredito dos jurados somente pode ter apoio em filtro constitucional capaz de impedir a “interpretação gramatical” ainda majoritária na jurisprudência pátria. A inexistência de distribuição de carga probatória, correspondente à presunção de inocência como regra probatória seria incapaz de sustentar qualquer apoio recursal ao Ministério Público. O único elemento que pode ser extraído da decisão dos jurados – já que não é lícito pressupor a real motivação do conselho de sentença – é o de absolvição por insuficiência probatória. Aliás, há que se pontuar que se parte da insuficiência probatória em toda sentença de absolvição. E desta forma, não resta elemento probatório a ser cotejado, já que a prova colhida não tem (nem poderia ter) como parâmetro o ânimo subjetivo que move o jurado. Quando o recurso é proposto pela defesa, a situação se altera radicalmente: a prova pode ser contraposta ao princípio da presunção de inocência em sua dimensão de regra de juízo? Parece que a resposta deve ser afirmativa. A prova pode ser cotejada com um princípio que orienta a forma-

ção do juízo, em paralelo ao édito condenatório. Todavia, esta mesma prova não pode ser cotejada com o ânimo que move o jurado à absolvição, posto que inacessível.

Novamente, a fim de corroborar tais argumentos entra em cena a alteração processual de 2008. Em seu art. 483, III, o CPP estabelece como terceiro quesito na formulação ao júri a pergunta genérica pela absolvição: “o jurado absolve o acusado”? Esta a grande novidade implementada pela reforma, ao simplificar a quesitação. Quanto às teses defensivas, mesmo que incompatíveis entre si, o juiz-presidente deverá ater-se à fórmula legal. Nesta ordem de idéias, diferentemente do sistema da múltipla quesitação, com o desmembramento das teses defensivas, os jurados responderão unicamente se decidem pela improcedência da denúncia, sem se ater aos possíveis fundamentos da defesa. Resta, pois, sacramentada a inacessibilidade ao fundamento do jurado quando da absolvição.

Se mesmo antes da reforma já era defensável a tese de se tratar de recurso exclusivo da defesa, a apelação com fundamento na alínea “d” do inciso III do art. 593 do CPP se torna, por interpretação sistemática, instrumento a serviço da plenitude de defesa, princípio reitor do julgamento pelo tribunal do júri. Explica-se: como seria possível à acusação sustentar qualquer espécie de incompatibilidade entre o julgado e a prova coligida? Quando havia nos autos o registro do quesito respondido po-

sitivamente pelos jurados, no sistema anterior, havia uma (discutível) possibilidade de fundamentar recurso acusatório contra a decisão hostilizada. Não é o que sucede no momento, dada a intangibilidade do fundamento defensivo acolhido pelo jurado. A única hipótese minimamente observável é a eficácia do in dubio pro reo, que não permitiria qualquer espécie de contramotivação pautada em indícios ou pressuposições de julgamento quando este se nutre da íntima convicção. Isto tudo derivado da dimensão de regra de juízo inserta na presunção de inocência.

Afora estes problemas, cumpre salientar que o princípio da presunção de inocência, em suas três dimensões, deriva do princípio in dubio pro libertate. Sem prejuízo das acepções que determinam ao órgão julgador decidir pela absolvição na dúvida (regra de juízo), a quem compete a prova (regra probatória) e de que ninguém pode ser tratado como culpado sem o trânsito em julgado da decisão condenatória (regra de tratamento), soma-se o fato de que o Estado deve intervir o mínimo possível na liberdade dos indivíduos. O in dubio pro libertate é princípio derivado de uma política criminal liberal, autorizando a sua integração à tradição, horizonte normativo hermenêutico. Com efeito, este mandamento incorporado à tradição jurídica determina que, estando o juiz na dúvida sobre duas possíveis situações jurídicas, prevaleça aquela menos lesiva aos direitos fundamentais. Isto sucede no concurso

aparente de normas e na admissibilidade da denúncia, na aplicação de regime de pena, etc. O in dubio pro libertate é incorporado à tradição constitucional do pós-guerra e serve como tutela de direitos fundamentais, mesmo que operando como postulado hermenêutico. A indexação de alterações de caráter procedimental e a dúvida sobre a alteração de condições ou pressupostos recursais devem contar com o trabalho hermenêutico do intérprete, por inafastabilidade congênita (applicatio) do processo decisório. Entre duas possíveis compreensões prevalece aquela mais adequada e prenhe de sentido constitucionalmente orientado (sem se esquecer de que a reforma, mesmo parcial, deve objetivar a uniformidade).

Em restando dúvida sobre a alteração da legitimidade recursal na apelação pelo art. 593, III, “d” do CPP, este corolário de um direito liberal determina que se restrinja ao máximo o processo da cerimônia de degradação, como de há muito a etnometodologia de Garfinkel denomina os processos perante o júri. Em suma: na dúvida, a apelação somente cabe ao réu.

Referências

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Notas

1. Para aprofundamento dos sentidos da presunção de inocência Cf MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 424 e ss.

PAULO RANGEL: Experiência profissional, também para o estudante e concursando.



DIREITO PROCESSUAL PENAL

Paulo Rangel

1.176 páginas
20ª Edição (2012)

R\$ 119,00

**LANÇAMENTO
AGO/2012**



A COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA

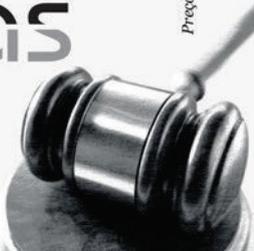
Paulo Rangel

344 páginas
1ª Edição (2012)

R\$ 51,00

Compre essas obras com **20% de desconto, frete grátis** e pagamento facilitado pelo **0800 17 1944**, em **nossas filiais** ou **atlas.com.br**.

atlas



Informe de Jurisprudência

**Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJRS, HC 70045230364, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Nereu José
Giacomolli, julgado em 20.10.2011, Dje 09.12.2011.**

Ementa:

HÁBEAS CORPUS. AMEAÇA. A MEDIDA CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA OCUPA O ÚLTIMO PATAMAR DAS CAUTELARES, SOMENTE DECRETÁVEL QUANDO NÃO FOREM SUFICIENTES E ADEQUADAS AS CAUTELARES DIVERSAS. APLICADOS OS ARTIGOS 282, I E II E 319 III, DO CPP.

1. Com o advento da Lei 12.403/2011, a prisão preventiva é a última cautelar a ser aplicada. Antes dela, devem ser verificadas a necessidade e a adequação das medidas alternativas à prisão preventiva. Portanto, a prisão preventiva ocupa o último patamar da cautelaridade, na perspectiva de sua excepcionalidade, cabível quando não incidirem outras medidas cautelares (art. 319 do CPP). O artigo 282, § 6º é claro: a prisão preventiva será aplicada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Não se decreta a prisão preventiva para depois buscar alternativas. Após, verificado que não é o caso de manter o sujeito em liberdade sem nenhuma restrição (primeira opção), há que ser averiguada a adequação e necessidade das medidas cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere (segunda opção). Somente quando nenhuma dessas for viável ao caso concreto é que resta a possibilidade de decretação da prisão processual (terceira opção).

2. No caso concreto, o paciente é primário, possui bons antecedentes. Suficiente a cautelar alternativa ao recolhimento ao cárcere, mediante proibição de manter contato com a vítima, nos termos do artigo 319, III, do Código de Processo Penal.

ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. POR MAIORIA.

Votos

Des. Nereu José Giacomolli (Relator)

[...]

A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 situa a prisão processual como uma medida excepcional, cabível quando não foi possível aplicar outras medidas cautelares (art. 319 do CPP). O artigo 282, § 6º é claro: a prisão preventiva será aplicada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Não se decreta a prisão preventiva para depois buscar alternativas. Após verificado que não é o caso de manter o sujeito em liberdade sem nenhuma restrição (primeira opção), há que ser averiguada a adequação e necessidade das medidas cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere (segunda opção). Somente quando nenhuma dessas for viável ao caso concreto é que resta a possibilidade de decretação da prisão processual (terceira opção).

O reconhecimento pelo legislador ordinário da excepcionalidade da prisão processual também se infere do art. 310, II, do CPP. Ao receber o auto

de prisão em flagrante, o juiz deverá: a) relaxar a prisão, quando esta for ilegal, restituindo a liberdade ao flagrado (primeira opção); b) conceder a liberdade provisória, sem fiança (segunda opção); c) conceder a liberdade provisória mediante termo de compromisso, quando o flagrado tiver cometido o delito nas condições do art. 23 do CP (terceira opção); d) conceder a liberdade provisória, com fiança (quarta opção); e) aplicar uma medida cautelar diversa do recolhimento ao cárcere, nos termos do art. 319 do CPP (quinta opção) e, por último, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, nos termos dos arts. 310, II e 312 do CPP (sexta opção).

A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 introduziu, em nosso sistema jurídico-criminal, outras medidas restritivas, diversas do recolhimento ao cárcere por meio da prisão preventiva, por exigência cautelar. São medidas alternativas ao encarceramento (prisão preventiva), mas que não perdem o caráter de cautelaridade e nem o de constrangimento ao suspeito, imputado ou acusado da prática de um delito. É indubitável restar parcialmente afetado, em certas medidas cautelares, o direito de liberdade. Contudo, essa limitação, nesta nova arquitetura cautelar, não ocorre com o recolhimento à prisão, com o encarceramento.

O Comitê de Ministros do Conselho Europeu, já em 1965, emitiu a Resolução (65)11, de 09 de abril, recomendando aos países membros a substituição da prisão preventiva por medidas alternativas. Dentre essas elencou: o controle domiciliar, a saída do domicílio somente com autorização judicial, o comparecimento periódico na presença de autoridades, a retirada do passaporte e outros documentos. O tema novamente foi objeto da Recomendação (80) 11, de 27 de junho de 1980, do Conselho de Ministros, ao editar uma série de princípios aplicáveis às medidas alternativas, repisando as anteriores e enunciando outras: promessa de não obstaculizar a justiça, obrigação de residir em determinado local, não frequentar determinados lugares, apresentação periódica, entrega de passaporte e documentos, caução ou outras garantias.

Que medida alternativa será aplicada? A resposta legítima, partindo dos diplomas internacionais e da Constituição Federal, afasta as superficialidades encontradas nas páginas policiais dos jornais. Por isso, no mínimo há de ser considerado o contido no art. 282 do CPP: necessidade, adequação da medida às necessidades de acautelamento do caso concreto, optando-se sempre pela via menos gravosa ao sujeito, bem como dos pressupostos e requisitos da cautelaridade e princípios a elas aplicáveis. Por isso, a acumulação de medidas situa-se num patamar de maior exigência cautelar, como nas hipóteses de descumprimento (art. 282, § 4º, do CPP), aproximativas da exigência de recolhimento ao cárcere.

A necessidade de cautelaridade, após cons-

tatada a presença dos pressupostos e requisitos gerais do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, poderá satisfazer-se com o comparecimento pessoal do sujeito em juízo. Para tanto, o magistrado fixará o prazo e as condições deste comparecimento, com o objetivo de verificar as atividades desenvolvidas pelo sujeito. Essa obrigação periódica, em determinadas situações, poderá atender às exigências da cautelaridade, no caso concreto. A periodicidade e o tempo de duração da medida dependem da maior ou menor grau de exigência da cautelaridade. A periodicidade e prazo do comparecimento deverão considerar a situação familiar e laborativa do sujeito, bem como as distâncias e possibilidades de deslocamentos em cada Comarca, evitando-se o descumprimento.

As cautelares alternativas do art. 319 do CPP podem ser deferidas de forma isolada ou cumulativamente com outras, sempre que na dimensão das exigências da cautelaridade.

No concreto, em razão do fato ocorrido, bem como da primariedade do paciente, a exigência de cautelaridade se satisfaz com uma medida alternativa. Portanto, é adequada a medida do art. 319, III, do CPP (proibição de manter contato com determinada pessoa).

O paciente é primário e não possui antecedentes.

Portanto, entendo ser suficiente e adequado (art. 282, I e II, do CPP) ao caso concreto a proibição de manter contato com a vítima, como preconizado do artigo 319, III, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, voto pela concessão em parte da ordem para aplicar medida cautelar de proibição de manter contato com a vítima.

Des. Francesco Conti

Com a máxima vênua do eminente Relator, divirjo no sentido de denegar o habeas corpus, salientando que o paciente já descumpriu medida protetiva de afastamento da vítima, adotando como razões da presente decisão, o decreto prisional da lavra do digno Magistrado Frederico Menegaz Conrado, ora apontado como autoridade coatora:

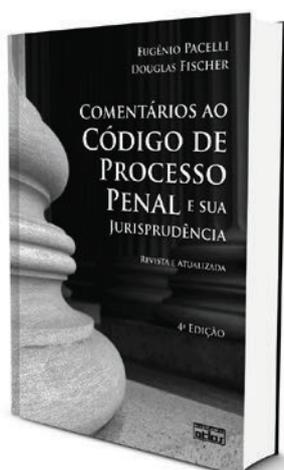
[...]

Isso posto, voto pela denegação da ordem, mantendo o decreto de PRISÃO PREVENTIVA do acusado [...].

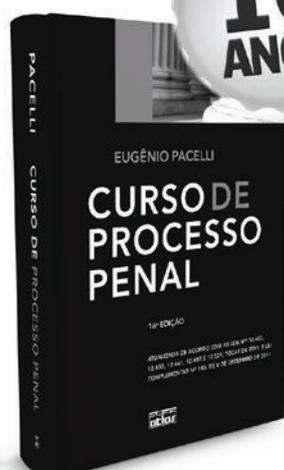
Des. Ivan Leomar Bruxel (Presidente) - De acordo com o Relator.

Des. Ivan Leomar Bruxel - Presidente - Habeas Corpus nº 70045230364, Comarca de Santana do Livramento: "por maioria, vencido o Des. Conti, confirmaram a liminar, e concederam em parte a ordem para aplicar a medida cautelar de proibição de manter contato com a vítima, nos termos do artigo 319, III, do CPP."

EUGENIO PACELLI AGORA NA EDITORA ATLAS.



**COMENTÁRIOS AO CÓDIGO
DE PROCESSO PENAL E SUA
JURISPRUDÊNCIA**
4ª edição (2012) | 1480 páginas
R\$ 189,00



CURSO DE PROCESSO PENAL
16ª edição (2012) | 1000 páginas
R\$ 106,00

CURSO DE PROCESSO PENAL

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA JURISPRUDÊNCIA

Conteúdo prático e consistente,
indispensável para seu dia a dia.

Obras completas e fundamentais
para profissionais e estudantes.

0800 17 1944
ATLAS.COM.BR

atlas