

Times New Roman

Procuradores da República

Haettner Schubert

twice condensed

Impresso Especial
1622005 - DR/BSB
Fundação Pedro Jorge
CORREIOS

GARANTISMO PENAL INTEGRAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Douglas Fischer

Riess Friede
A Hora de Repensar o ECA

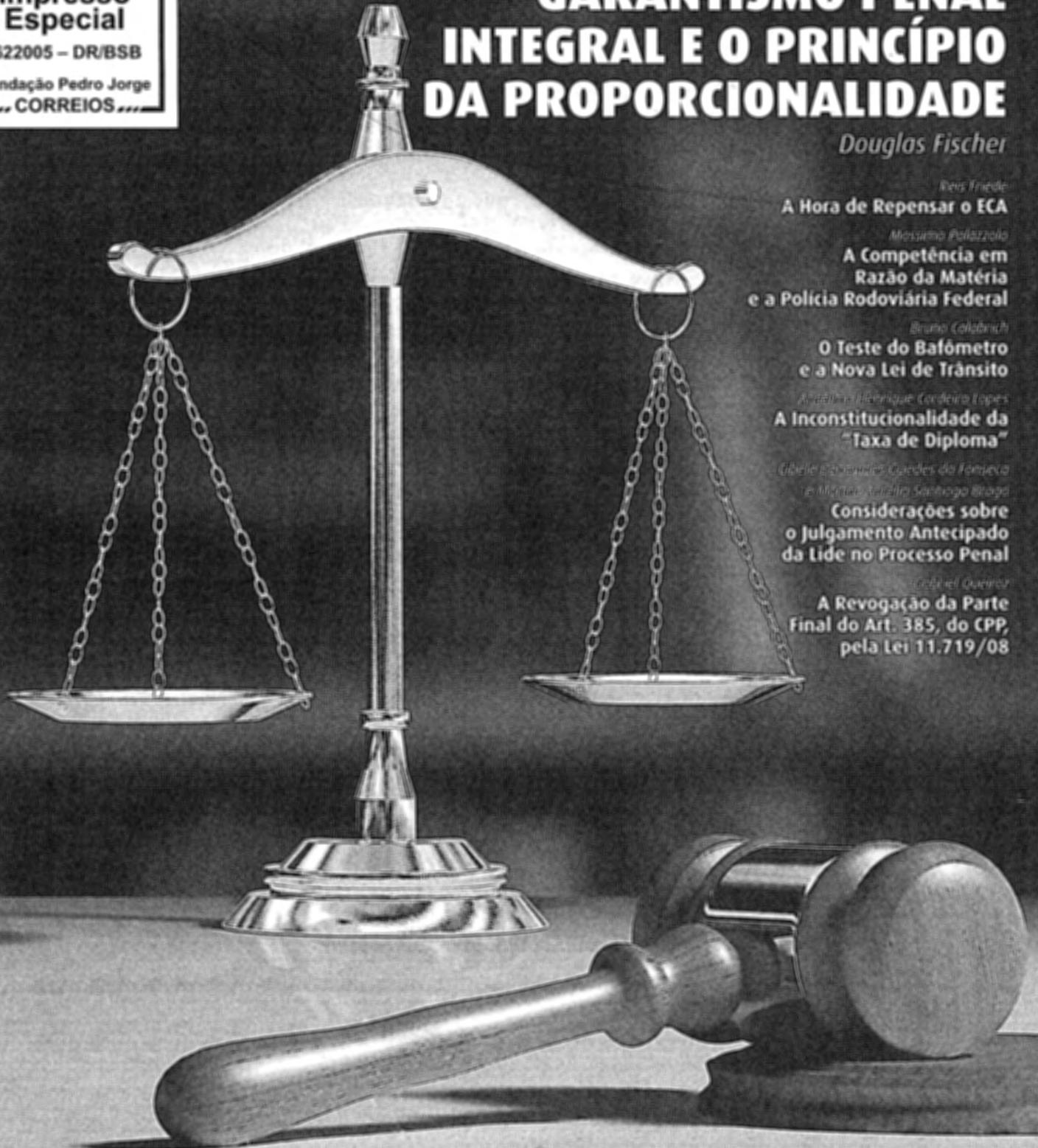
Messimo Polazzolo
A Competência em Razão da Matéria e a Polícia Rodoviária Federal

Bruno Calabrich
O Teste do Bafômetro e a Nova Lei de Trânsito

Araceli Henrique Cordeiro Lopes
A Inconstitucionalidade da "Taxa de Diploma"

Gibelle Barboza Cuedes da Fonseca e Mariana Teixeira Santiago Braga
Considerações sobre o Julgamento Antecipado da Lide no Processo Penal

Geoffrey Queiroz
A Revogação da Parte Final do Art. 385, do CPP, pela Lei 11.719/08



Sumário

A Hora de Repensar o ECA	3
Reis Friede	
A Competência em Razão da Matéria e a Polícia Rodoviária Federal	5
Massimo Palazzolo	
O Teste do Bafômetro e a Nova Lei de Trânsito: aplicações e consequências	7
Bruno Calabrich	
Garantismo Penal Integral (e Não o Garantismo Hiperbólico Monocular) e o Princípio da Proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais	10
Douglas Fischer	
A Inconstitucionalidade da "Taxa de Diploma"	14
Anselmo Henrique Cordeiro Lopes	
Considerações sobre o Julgamento Antecipado da Lide no Processo Penal	19
Cibele Benevides Guedes da Fonseca e Marcos Aurélio Santiago Braga	
A Revogação da Parte Final do Art. 385, do CPP, pela Lei 11.719/08	26
Rodrigo Esperança Borba	

Participe do Boletim dos Procuradores da República

Envie seu artigo para publicação no Boletim dos Procuradores da República.

O texto deve ter o tamanho máximo de 20 mil caracteres (com espaços), contando com eventuais notas de fim de texto e referências biográficas.

Os textos podem ser encaminhados para os endereços eletrônicos:

vfurtado@prdf.gov.br, amelo@prsp.mpf.gov.br e fundacao@fundacaopedrojorge.org.br.

A Hora de Repensar o ECA

Reis Friede*

Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público

No presente aniversário de 20 anos da introdução do *Estatuto da Criança e do Adolescente* – ECA, em nossa legislação, parece-nos, à luz de todas as evidências indicativas, que está mais do que na hora de *repensar* esta inovadora, – mas ao mesmo tempo, absolutamente *ineficaz* –, normatização, no âmbito do escopo contextualizante dos próprios *resultados negativos* que foram observados (e, particularmente, verificados) até o presente momento.

Muito embora seja cediço reconhecer, – em destacado sentido opinativo *reverso* à presente *proposta reflexiva* –, a existência de um verdadeiro *batalhão de juízes sociólogos*, ardentes e apaixonados defensores do ECA, precisamos urgentemente, todavia, nos *afastar* de toda a *passionalidade* que naturalmente envolve o assunto para, com *maestria lógica*, estabelecermos uma verdadeira e imparcial *visão crítica* (e também *amadurecida*) sobre o tema vertente, posto que não é difícil deduzir que, em grande medida, foi a ingênua tentativa de se implantar um “*Código Suíço*” em um *País Tropical* (em sinérgico desafio a nossa realidade efetiva), – mais do que qualquer outro fator isoladamente considerado –, que conduziu aos *extremos absurdos* que estamos sendo compelidos a vivenciar diuturnamente.

À guisa de simplório exemplo, basta mencionar, conforme muito bem noticiado pela Folha de São Paulo, em sua edição de 23/10/2009, à p. 13, que um *problemático* (para se dizer eufemisticamente o mínimo) adolescente de 13 anos chegou a ser detido, em flagrante delito, por 12 vezes, e, após esta última, mais uma vez acabou por ser liberado, em consequência da estrita aplicação dos dispositivos mandamentais consignados no ECA, mesmo após ter praticado toda a sorte de infrações, – incluindo uma tentativa de furto de um carro de um policial militar em Diadema, no ABC; furto consumado de vários outros veículos; dirigir carros e motos roubados, além de participar de um assalto a uma farmácia –, fatos estes que, com toda certeza, somariam muitos anos de prisão (inclusive com efetiva possibilidade de encarceramento) em qualquer outro País Ocidental, de índole político-democrática.

Não é por outro motivo que, cada vez mais, observamos, atônitos, um expressivo e preocupante número de cidadãos brasileiros, *vítimas* da crescente criminalidade que tomou

conta de nossas principais metrópoles, recorrerem, direta ou indiretamente, aos “supostos” serviços de proteção dos principais representantes do denominado “*Estado Paralelo*”, (onde a *menoridade* do infrator é apenas um simplório dado estatístico), objetivando fazer valer, – ainda que por vias moralmente condenáveis (para não adentrarmos em considerações técnico-legais) –, os seus respectivos *direitos* inalienáveis à segurança pessoal e familiar.

A propósito, não é de hoje, lamentavelmente, que os meios de comunicação noticiam o autêntico *império da ordem* imposto pelos respectivos “*comandante do tráfico* (ou afins)” nas comunidades carentes, que representam, hoje, mais do que em qualquer outra época, verdadeiras “*micro cidades*”, em que qualquer prática delituosa (perpetrada ou não por *menores de idade*) é rapidamente solucionada, – ainda que através de métodos brutais –, o que, em grande parte, explica a relativa simpatia que as *milícias* (estas empregadoras contumazes de *menores*, inclusive como “*substitutos de autoria*” de eventuais crimes consumados) experimentaram (pelo menos em um primeiro momento), particularmente, na cidade do Rio de Janeiro.

Ainda assim, e independentemente da existência desta inequívoca realidade, é forçoso concluir, entretanto, que deve haver, por derradeiro, algum tipo de *meio-termo* entre a justiça (paralela) da *barbárie* e a justiça (oficial) da *impunidade*, posto que não parece razoável, – e minimamente aceitável –, que toda a coletividade tenha que se defrontar sistematicamente com o autêntico *dilema* estabelecido pela *práxis* social atual no que concerne à escolha entre estes dois extremos radicais.

Muito embora não se possa deixar de reconhecer o *inedito*, *excepcional* e *corajoso* trabalho do governo do Estado do Rio de Janeiro (e, especificamente da Secretaria de Segurança Pública), em especial, no destemido *enfrentamento* (jamais experimentado no passado na chamada “*Cidade Maravilhosa*” ou em qualquer outra metrópole verde e amarela), resta evidente que a Sociedade brasileira clama por uma *solução definitiva* (e, sobretudo, legal) para o problema que, em última análise, a proteja, efetivamente destes verdadeiros *desafios* titularizados, em grande parte, por pessoas que se presume ainda em *formação de caráter* (sem uma suposta “*compreensão plena*”

da natureza criminosa de sua conduta), até porque o Brasil, sob este prisma analítico, se apresenta, *ipsò facto*, como o único País do mundo que possui, em absurda e desafiadora *lógica dissonante*, uma *Delegacia* (comumente conhecida pela sigla DPCA) cujo objetivo primordial, – expressamente consignado em lei –, é prioritariamente proteger o *ofensor* (ainda que supostamente “*menor de idade*”) em flagrante detrimento

da *vítima* que, inclusive, pode ser também, vale lembrar, uma simples criança em seus primeiros anos de vida.

Nota

* Reis Friede é Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público; Mestre e Doutor em Direito e autor de mais de 30 obras jurídicas.

A Competência em Razão da Matéria e a Polícia Rodoviária Federal

Massimo Palazzolo

Doutorando em Processo Penal pela PUC/SP / Mestre em Direito pela UNIMES / Juiz Federal em Dourados-MS

Preconiza a Magna Carta de 1988, em seu art. 109, *caput* e inciso IV:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...);

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; (...).”^[1]

Dessa forma, procurou o Poder Constituinte Originário resguardar a Administração Pública Federal em seus interesses nacionais.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira diz que “No campo da definição de interesses federais, a opção manifestou-se na proteção da Administração Pública Federal...”^[2]

Não obstante, é óbvio que, quando o tema é competência, devemos ter em mente qual a autoridade para aquela demanda. O Juízo não tem parcela de opção entre se pretende ou não julgar um caso. O Juízo não tem poder de querer ou não apreciar o feito: ou ele é competente e deve fazê-lo ou não é e nada lhe resta senão declinar da competência ao Juízo que a possui.

No que se refere às infrações penais praticadas em detrimento dos serviços da União, como, por exemplo, uma tentativa de homicídio (CP, art. 121, *caput* e § 2º c.c. o art. 14, II) contra um Policial Rodoviário Federal, não me parece, em qualquer identificação dos serviços, que a competência para processar e julgar o feito seja do Tribunal do Júri Federal.

(...);

Art. 20. *Compete à Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais:*

(...);

II – *realizar o patrulhamento ostensivo, executando operações relacionadas com a segurança pública, com o objetivo de preservar a ordem, incolumidade das pessoas, o patrimônio da União e o de terceiros;*

(...).” Grifo nosso

Pela análise dos dispositivos legais supracitados, verifica-

-se que não há por que se atrair a competência da Justiça Federal para processar e julgar as infrações penais hipoteticamente expostas de tentativa de roubo (CP, art. 157, *caput* e § 2º, I e II c.c. o art. 14, II) e tentativa de homicídio (CP, art. 121, *caput* e § 2º c.c. o art. 14, II), na medida em que os Policiais Rodoviários Federais não se encontravam em rodovias federais e/ou estradas federais.

Nesse sentido, trago à colação fragmentos da decisão do E. STJ:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 107.026 – MS (2009/0145303–2)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

(...);

Razão assiste ao Juízo suscitante. Senão, vejamos.

A questão em análise é definir se o fato constante na denúncia tem relação ou não com o exercício de função federal. Isso porque, de acordo com o enunciado da Súmula 147, desta Corte: compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.

Dispõem o art. 7º, V e art. 20, II da Lei nº 9.503/97: Art. 7º Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades:

V – a Polícia Rodoviária Federal;

Art. 20. Compete à Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais:

II – realizar o patrulhamento ostensivo, executando operações relacionadas com a segurança pública, com o objetivo de preservar a ordem, incolumidade das pessoas, o patrimônio da União e o de terceiros; Narra a peça inaugural:

Consta do presente Inquérito Policial que no dia 18 de dezembro de 2007, por volta da 07h00m, em frente da residência localizada na rua Hayel Bom Faker, 6.925, bairro Jardim Europa, em Dourados/

1,7 cm

MS, os denunciados Anderson Jaques Lima e Thiago José Centurion, previamente ajustados e agindo mediante concurso de pessoas, tentaram subtrair, para si, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, uma caminhonete Toyota Hilux, cor prata, ano e modelo 2007, placa DVN-2676 de São Paulo, conduzida por Ediney Teixeira Furtado, porém pertencente à empresa Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. Contudo, o roubo não se consumou, uma vez que a vítima Ediney Teixeira Furtado acelerou o veículo, saindo do raio de ação do denunciado Thiago José Centurion, frustrando assim o crime.

Ato contínuo a vítima ligou para a Polícia Rodoviária Federal, denunciando a tentativa de assalto que havia sofrido.

(...)

Passados alguns minutos, chegou nas proximidades uma guarnição da Polícia Rodoviária Federal, que, após diligências, lograram localizar os denunciados Anderson e Thiago nas imediações da avenida Presidente Vargas, tendo os Policiais Rodoviários Federais se aproximado dos denunciados e dado voz de prisão em flagrante aos mesmos.

Incontinenti, ao receber a voz de prisão, o denunciado Thiago sacou da arma de fogo que portava e efetuou disparos contra as vítimas Paulo Sérgio Molina Azevedo e Flávio Adriano recebidos, Policiais Rodoviários Federais, os quais revidaram os tiros recebidos, vindo a atingir o denunciado Thiago com um disparo na perna.

Após a troca de tiros, os policiais conseguiram pren-

der em flagrante os denunciados Thiago e Anderson. Na hipótese, evidente que a ação do denunciado Thiago, ao tentar matar os Policiais Rodoviários

Federais, tinha como objetivo assegurar a impunidade do crime de tentativa de roubo praticado anteriormente, permitindo que os denunciados empreendessem fuga do local (fl. 05).

Depreende-se da leitura do trecho acima que os Policiais Rodoviários Federais, quando sofreram resistência, com violência, ao efetuar a prisão de um dos corréus, não estavam no exercício da função em rodovia e/ou estrada federal a justificar a competência da Justiça Federal.

(...);

8. Tenho por irrepreensível o parecer ministerial. A ele, portanto, adiro sem ressalvas.

9. Ante o exposto, com fulcro no art. 120, parág. único do CPC c/c o art. 3º do CPP, conheço do conflito, para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Dourados/MS, o suscitado.”

Desse modo, quanto à identificação dos serviços envolvendo a Polícia Rodoviária Federal, pode não ser tão simples definir a autoridade judiciária para processar e julgar eventual infração penal em que membros daquela venham figurar como vítimas.

“No que se refere às infrações penais praticadas em detrimento dos serviços da União, como, por exemplo, uma tentativa de homicídio (CP, art. 121, caput e § 2º c.c. o art. 14, II) contra um Policial Rodoviário Federal, não me parece, em qualquer identificação dos serviços, que a competência para processar e julgar o feito seja do Tribunal do Júri Federal.”

Referências Bibliográficas

1. Manuais de Legislação Atlas. Constituição da República Federativa do Brasil. Organização: Alexandre de Moraes. 27ª Edição – 2006.
2. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007, 8ª Edição, p. 204.
3. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, 1956 – Manual da monografia jurídica / Rizzatto Nunes: – 4ª ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva. 2002.

O Teste do Bafômetro e a Nova Lei de Trânsito: aplicação e conseqüências

Bruno Calabrich

Mestre em direitos e garantias fundamentais pela FDV / Procurador da República em Brasília-DF

Na imprensa e nas ruas, muito se tem comentado sobre a nova lei de trânsito (lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008), que alterou diversos dispositivos do Código Brasileiro de Trânsito (lei nº 9.503/97). Um dos mais polêmicos desses dispositivos é, sem dúvida, o que trata do exame de bafômetro (art. 277 do CBT). Segundo a nova lei, o motorista está obrigado a se submeter ao teste e, caso se recuse a fazê-lo, poderá ser punido. Entretanto, razoável parcela da população, da imprensa e das próprias autoridades encarregadas de aplicar a lei, ao que parece, ainda não deram a devida atenção ou não compreenderam corretamente o alcance da nova previsão legal. É o que se pretende esclarecer nestas breves linhas.

De início, é importante distinguir o crime de embriaguez ao volante da infração administrativa de embriaguez ao volante. O crime de embriaguez na condução de veículo automotor é previsto no art. 306 do CBT: “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. A pena prevista para esse crime é de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Já a infração administrativa de embriaguez ao volante, na redação dada pela lei nº 11.705/08, é assim descrita: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. Para tal infração de trânsito, considerada gravíssima, são cabíveis as penalidades de multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses, além das medidas administrativas de retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. Uma mesma conduta pode caracterizar tanto uma infração de trânsito quanto um crime de trânsito

– basta que o motorista esteja embriagado com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas (ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência). Nesse caso, responderá tanto perante os órgãos de trânsito quanto perante a justiça criminal. Caso a concentração seja inferior a 6 decigramas, o motorista responde apenas pela infração administrativa.

Feita essa introdução, uma observação é necessária: ao contrário do que vem sido divulgado, o motorista pode se recusar, sim, a fazer o teste do bafômetro. A recusa a fazer o teste do bafômetro não é crime, nem dá prisão. E o que acontece com aquele que se recusa a fazer o teste? A lei é clara (§3º do art. 277 e art. 165 do CBT): o motorista que se recusar a fazer o exame será punido com (a) multa e (b) suspensão do direito de dirigir por 12 meses. Além disso, no ato da fiscalização, a autoridade deverá realizar (c) a apreensão da carteira de habilitação e (d) retenção do veículo até que um condutor habilitado venha retirá-lo. As conseqüências previstas pela lei para quem se recusa a se submeter ao bafômetro são as mesmas previstas para aquele que é flagrado ao

dirigir sob a influência de bebida alcoólica, infração (administrativa) de trânsito do artigo 165 do CTB. Na prática, é como se a lei, diante da negativa do motorista em se submeter ao exame, “presumisse” seu estado de embriaguez, mas apenas para fins de aplicação das penalidades e medidas estritamente administrativas (não criminais).

As duas primeiras conseqüências da recusa em fazer o exame – (a) multa e (b) suspensão do direito de dirigir por 12 meses – são tratadas no CBT como penalidades, e, por tal natureza, dependem da instauração de um procedimento administrativo (arts. 280 e seguintes do CBT), no curso do qual o motorista pode se defender por escrito. Após apresen-

“Na prática, é como se a lei, diante da negativa do motorista em se submeter ao exame, ‘presumisse’ seu estado de embriaguez, mas apenas para fins de aplicação das penalidades e medidas estritamente administrativas (não criminais).”

tada a defesa, caso o órgão de trânsito, ao final, decida por efetivamente aplicar aquelas penalidades, o motorista pode ainda interpor recurso às Juntas Administrativas de Recursos de Infrações – JARI (art. 16 do CBT), como acontece hoje em dia com qualquer multa ou penalidade prevista na legislação de trânsito.

As duas outras consequências – (c) apreensão da carteira e (d) retenção provisória do veículo – são *medidas administrativas*, e podem ser aplicadas de imediato pela autoridade de trânsito no próprio ato de abordagem do motorista. Em relação à retenção do veículo, é interessante notar que, para a liberação, basta que o condutor solicite a outra pessoa que dirija o automóvel em seu lugar. Pode ser um amigo que venha ao local a seu chamado ou até mesmo um carona que o esteja acompanhando no momento.

A apreensão da carteira e a retenção do veículo são as únicas medidas a serem aplicadas de imediato ao motorista que se recusa a se submeter aos exames solicitados pela autoridade policial. Não cabe, pela simples recusa, a prisão do motorista. Note-se ainda que o motorista pode se recusar a se submeter a **qualquer** exame, seja o teste do bafômetro, seja qualquer outro procedimento previsto no artigo 277 do CBT, a exemplo de exames clínicos ou de sangue. Assim, caso o condutor do veículo se negue a participar de qualquer procedimento de avaliação de seu estado de embriaguez, sequer caberia a condução coercitiva do motorista à delegacia de polícia ou a outro local onde se poderia realizar um exame médico. Mas, em qualquer caso de recusa, serão aplicadas as *penalidades e medidas administrativas* mencionadas acima.

É um princípio jurídico pacificamente aceito que “ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo” (tradução do brocardo latino “*nemo tenetur se detegere*”). Lido o princípio de outra forma, diz-se que ninguém pode ser constrangido a contribuir para a própria acusação. Assim, o agente de trânsito ou qualquer outra autoridade não podem forçar ninguém a fazer o teste do bafômetro nem a se submeter a nenhum outro procedimento que possa resultar em tãma prova contrária a seus interesses. Considerando esse princípio, a lei, como visto, tratou de prever sanções (precisamente as referi-

das *penalidades e medidas administrativas*) para aquele que se recuse a fazer o teste, de modo a tornar “interessante” para o motorista tal opção – para não ser punido administrativamente, o motorista pode “arriscar” o exame. O motorista, dessa forma, terá sempre a *opção*; jamais poderá ser “forçado” (coagido) a realizar o exame.

A recusa a se submeter ao exame não é, a rigor, um “direito” do motorista, e sim uma obrigação, para cujo descumprimento a lei prevê sanções no âmbito administrativo. Mas, estando o condutor ciente de que pode ser punido administrativamente,

a não submissão ao exame é, afinal, uma opção exclusivamente sua. As alternativas à sua frente, assim, são: (a) submeter-se ao exame e arriscar consequências penais mais gravosas, caso seja detectada uma concentração superior a 6 decigramas por litro de sangue; ou (b) não se submeter ao exame e sofrer as sanções administrativas previstas no art. 165 do CBT, a serem aplicadas de imediato (apreensão da habilitação e retenção provisória do veículo) e ao final de um processo administrativo regular (multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses). Claro que todas essas considerações, na prática, não valem para o motorista que não tem dúvidas quanto a seu estado de embriaguez. Aquele que não ingeriu nenhuma bebida alcoólica provavelmente não terá nenhuma objeção quanto a se submeter a qualquer exame.

Por fim, é necessário destacar que, nos termos do §2º do art. 277, a infração de *dirigir sob a influência de álcool* (art. 165 do CBT) “poderá ser caracterizada

pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor”. Assim, o testemunho dos agentes ou o relato de um médico que esteja no ato da fiscalização de trânsito pode ser suficiente para a caracterização da infração, mas essa prova será apreciada no curso de um processo administrativo regular, na forma antes descrita. Lembre-se que, caso se recuse ao teste do bafômetro (ou a qualquer outro procedimento), o motorista não pode ser conduzido coercitivamente a outro local para realizar o exame.

Considerando a opção que o motorista tem de se recusar ao teste do bafômetro ou a qualquer outro exame (acei-

“Na dúvida quanto a seu estado de embriaguez, o condutor não pode ser preso; caso assim se proceda, a prisão será ilegal e deve ser prontamente invalidada pelo Judiciário, submetendo-se os responsáveis a um processo criminal por abuso de autoridade, além de outras sanções administrativas e cíveis cabíveis.”

tando, com isso, a aplicação das sanções do artigo 165 do CBT), a única hipótese para que seja forçosamente levado a uma delegacia é o caso de ser preso em flagrante pelo crime de embriaguez ao volante. Mas a prisão em flagrante por esse crime só pode ocorrer quando estiver claramente caracterizada a embriaguez do motorista, o que de regra resulta de um exame de alcoolemia positivo. Não sendo realizado esse exame, outra possibilidade é o caso de *embriaguez patente*, verificada no ato pelos agentes de trânsito ou por médicos em virtude de “notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor”, conforme previsão do art. 277, §2º do CBT. Embora a lei, neste artigo 277, refira-se apenas à comprovação da infração administrativa do art. 165 do CBT, não há por que não aplicá-la também ao crime do artigo 306. O problema, entretanto, será uma questão de *prova*, a ser ponderada tanto pela autoridade responsável pela lavratura de um (eventual) auto de prisão em flagrante quanto pelo Ministério Público e pelo Judiciário, ao ensejo do processo penal a ser instaurado contra o motorista que for flagrado em (suposto) estado de

embriaguez evidente. É de se admitir, entretanto, a dificuldade prática da substituição de uma prova técnica (como o bafômetro) por outra prova, considerando a exigência “matemática”, para a configuração do crime, de uma concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

Assim, a prisão em flagrante em caso de recusa do agente ao teste do bafômetro deve ocorrer apenas em casos de embriaguez evidente, que há de ser documentada pelo delegado de polícia no auto de prisão em flagrante, inclusive com testemunhas e com qualquer outra prova apta a demonstrar o fato. Se não se tratar de uma situação de notória embriaguez, comete abuso de autoridade o agente que “prende” ou “conduz coercitivamente” o motorista para fazer um exame ao qual ele se recusa. Na dúvida quanto a seu estado de embriaguez, o condutor não pode ser preso; caso assim se proceda, a prisão será ilegal e deve ser prontamente invalidada pelo Judiciário, submetendo-se os responsáveis a um processo criminal por abuso de autoridade, além de outras sanções administrativas e cíveis cabíveis.

Garantismo Penal Integral (e não o Garantismo Hiperbólico Monocular) e o Princípio da Proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais

Douglas Fischer

Procurador Regional da República – 4ª Região

Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS

Já de algum tempo tem-se difundido no âmbito jurídico que o Direito Penal deveria ser utilizado como sendo a *ultima ratio*, bem como, na aplicação do Direito, devam ser observados ao máximo os direitos e garantias fundamentais do cidadão que venha a ser investigado ou processado criminalmente. Estamos de acordo integralmente com tais premissas. A questão que se pretende na presente – e brevíssima – análise é tentar demonstrar que há alguns equívocos nas premissas e conclusões que se têm tomado com fundamento em *ideais garantistas*, incorrendo-se – não raras vezes – no que temos denominado de *garantismo hiperbólico monocular*, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli (ao menos em nossa leitura).

Se é possível definir de forma bastante sintética e inicial, a tese central do *garantismo* está em que sejam observados rigidamente os direitos fundamentais (também *os deveres fundamentais*, dizemos) estampados na Constituição. Normas de hierarquia inferior (e até em alterações constitucionais) ou então interpretações judiciais não podem solapar o que já está (e bem) delineado constitucionalmente na seara dos direitos (e deveres) fundamentais. Embora eles não estejam única e topicamente ali, convém acentuar *já aqui* que o art. 5º da Constituição está inserto em capítulo que trata “*dos direitos e deveres individuais e coletivos*”. Assim, como forma de maximizar os fundamentos garantistas, a função do hermeneuta está em buscar quais os valores e critérios que possam *limitar ou conformar constitucionalmente* o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Não temos dúvidas: a Constituição Federal brasileira é *garantista* e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, tendo como fundamentos, dentre outros, o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana. Os objetivos fundamentais consistem – dentre outros – na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I e III, CF/88).

Se a Constituição é o ponto de partida para (também) a análise (vertical¹) do influxo dos princípios fundamentais de natureza penal e processual penal, decorre daí que o processo hermenêutico não poderá se assentar sobre fórmulas rígidas e pela simples análise *pura* (muito menos literal) dos textos dos dispositivos legais (inclusive da própria Constituição). Há se buscar o conteúdo da norma, sua essência.

Parece simples visualizar que compreendemos que a Constituição ocupa uma função central no sistema vigente (sem gerar um *panconstitucionalismo*, enfatizamos), podendo-se dizer que seus comandos se traduzem como *ordenadores* e *dirigentes* (no sentido *fraco*) aos criadores e aos aplicadores (intérpretes) das leis (aí incluída a própria Constituição, por evidente).

Como salienta Maria Fernanda Palma, “*a Constituição que define as obrigações essenciais do legislador² perante a sociedade. Ora, esta função de proteção activa da Sociedade configura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores*”³. Nessa linha, compreendemos também deva ser a interpretação do próprio conteúdo dos dispositivos constitucionais.

Para nós, significa que a compreensão e defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam

uma interpretação *sistemática* dos princípios, regras e valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988, há realmente *novos paradigmas* influentes em matéria penal e processual penal. Por este espectro, importa que, diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos (integrais, e não *monoculares*, muito menos de forma *hiperbólica*) do sistema garantista.

Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e

“... falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se vêem processados ou condenados.”

reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do “*garantismo penal*”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (*quicá* pela *compreensão não integral* dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se vêem processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do pensamento garantista (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época. Como muito bem sintetizado por Paulo Rangel⁴, a teoria do garantismo penal defendida por Luigi Ferrajoli é originário de um movimento do uso alternativo do direito nascido na Itália nos anos setenta por intermédio de juízes do grupo Magistratura Democrática (dentre eles Ferrajoli), sendo uma conseqüência da evolução histórica dos direitos da humanidade que, hodiernamente, considera o acusado não como objeto de investigação estatal, mas sim como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que passa a ter o poder-dever de protegê-lo, em qualquer fase do processo (investigatório ou propriamente punitivo).

Não por outro motivo que pensamos que o Tribunal Constitucional Alemão também (embora não só por isso) desenvolveu (e muito bem) a necessidade de obediência (integral) à proporcionalidade na criação e aplicação das regras, evitando-se excessos (*übermaßsverbot*) e também deficiências (*untermaßsverbot*) do Estado na proteção dos interesses individuais e coletivos. Ainda em sede exemplificativa, entendemos que a teoria da *Constituição Dirigente* de Canotilho restou diretamente influenciada pela realidade imposta pelo regime totalitário em Portugal, reclamando-se a defesa irrestrita dos postulados fundamentais de uma Constituição Democrática.

Sem pretensão de esgrimir todos os desdobramentos da teoria garantista – até porque incabível nos limites ora propostos-, cumpre destacar que a questão fundamental do pensamento do mestre italiano decorre da necessidade de que se devesse observar rigidamente os direitos fundamentais dos cidadãos (o que até então não ocorria), valorando-se, *substancialmente*, os princípios maiores estampados na Constituição.

Segundo a fórmula garantista, na produção das leis (e também nas suas interpretações) seus conteúdos materiais devem ser vinculados a princípios e valores estampados nas Constituições dos Estados Democráticos em que vigorem.

Assim, todos os direitos fundamentais equivalem a *vínculos de substância*, que, por sua vez, *condicionam a validade da essência das normas* produzidas (e *também nas suas aplicações*), expressando, ao mesmo tempo, os fins aos quais está orientado o denominado Estado Constitucional de Direito⁵. Em sua construção, as garantias são verdadeiras técnicas inseridas no ordenamento que têm por finalidade reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, possibilitando-se, assim, uma máxima eficácia dos direitos fundamentais segundo determinado pela Constituição⁶. Para Ferrajoli, o sistema garantista tem pilares firmados sobre dez princípios fundamentais que, ordenados, conectados e harmonizados *sistemicamente*, determinam as “regras do jogo fundamental” de que se incumbe o Direito Penal e também o Direito Processual Penal⁷.

Parece bastante simples constatar que a *Teoria do Garantismo* se traduz em verdadeira tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do Direito Penal. Vale dizer: quer-se estabelecer uma *imunidade – e não im(p)unidade* - dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e também a proteção dos interesses coletivos⁸. Se todos os Poderes estão vinculados a esses paradigmas – como de fato estão -, especialmente é o Poder Judiciário quem têm o dever de dar garantia aos cidadãos (*sem descurar da necessária proteção social*) diante das eventuais violações que eles virem a sofrer. Desse modo, a sujeição do juiz à lei não mais é - como sempre foi pelo prisma *positivista* tradicional - à *letra da lei* (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acrítico e incondicionado, senão uma sujeição à lei, desde que coerente com a Constituição vista como um todo.

De modo exemplificativo (e reproduzindo argumentos tecidos noutra oportunidade⁹, é de se ver que, muitas vezes de forma acrítica (ou então sem acorrer à fonte original), há *propagação* por meras *repetições* de que a teoria do garantismo penal de Ferrajoli não autorizaria o Ministério Público realizar atos de investigação. Em nossa compreensão, um equívoco, *maxima venia*. Como se vê das *próprias palavras de Ferrajoli*, defende abertamente o doutrinador italiano que, muitas vezes, é evidente que as investigações da polícia devem ser efetuadas em segredo, sob a *direção* da acusação pública. Mas isto significa apenas que não devem as provas ser realizadas pelo juiz¹⁰. É o que deflui do oitavo princípio, o princípio acusatório ou separação do juiz e da acusação. Foi o que disse claramente o próprio Ferrajoli em palestra proferida no ano de 2007 em Porto Alegre/RS. Ao ser indagado sobre os poderes investigatórios do Ministério Público, foi explícito o mestre italiano

no sentido de que o Ministério Público *deve* investigar, mas no exercício de seu mister (o que é óbvio) está vinculado aos preceitos fundamentais garantistas insertos na Constituição quando realizar atos de investigação¹¹. Nada mais.

Quando dizemos que tem havido uma disseminação de uma idéia apenas *parcial* dos ideais garantistas (daí nos referirmos a um *garantismo hiperbólico monocular*) é porque muitas vezes não se tem notado que *não estão em voga* (reclamando a devida e necessária proteção) *exclusivamente* os direitos fundamentais, sobretudo os individuais.

Se compreendidos sistemicamente e contextualizados à realidade vigente, há se ver que os pilares do garantismo não demandam a aplicação de suas premissas *unicamente* como forma de *afastar os excessos* injustificados do Estado à luz da Constituição (proteção do mais fraco). Quer-se dizer que não se deve invocar a aplicação exclusiva do que se tem chamado de “*garantismo negativo*”. Hodiernamente (e já assim admitia Ferrajoli embrionariamente, embora não nessas palavras¹²), o garantismo penal não se esgota numa visão de coibir (apenas) excessos do Leviatã (numa visão hobesiana). Em percuciente análise do tema ora invocado, Gilmar Mendes já se manifestou de forma abstrata acerca dos **direitos fundamentais e dos deveres de proteção**¹³, assentando que “*os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. [...]”*. É o que se tem denominado – esse dever de proteção – de **garantismo positivo**.

Sintetizando, em nossa compreensão, embora construídos por premissas e prismas um pouco diversos, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultra-

passar as balizas do excesso e da deficiência é *proporcional*) e a teoria do garantismo penal expressam a mesma preocupação: o *equilíbrio* na proteção de *todos* (individuais ou coletivos) *direitos e deveres* fundamentais expressos na Carta Maior.

Quer-se dizer com isso que, em nossa *compreensão (integral) dos postulados garantistas*, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade. O *dever de garantir a segurança* não está em apenas *evitar* condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável.

Se a *onda* continuar como está, poderá varrer por completo a também necessária proteção dos interesses sociais e coletivos. Então poderá ser tarde demais quando constatarmos

o equívoco em que se está ocorrendo no presente ao se maximinar exclusiva e parcialmente as concepções fundamentais do *Garantismo Penal*.

Notas

¹ Como diz Maria Fernanda Palma, “**a Constituição pode conformar o Direito Penal por que funciona como uma espécie de norma fundamental autorizadora do Direito ordinário, assumindo um papel hierarquicamente superior**”. PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 16.

² Dizemos nós: também todos os demais Poderes e órgãos do Estado.

³ PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 106-7.

⁴ “O clone da inquisição terrorista”, in <http://jusvi.com/artigos/1319>, acesso em 21.nov.2008.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 152.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley Del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 25.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 93. Nas palavras de Ferrajoli, “*el modelo garantista [...] presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminal, la*

“... em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade.”

imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos". FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 103-4.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p.271.

⁹ "Investigação criminal pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição Brasileira como garantia do investigado e da sociedade", texto ainda inédito, pendente de publicação.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 621. No mesmo sentido, confira-se MAURO DE

ANDRADE FONSECA, *Ministério Público e sua Investigação Criminal*. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2006, p. 116.

¹¹ Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2007, tradução de Sandra Dall'Onder.

¹² Nesse sentido, inclusive, *em nossa interpretação*, seria o pensamento do próprio Ferrajoli em sua obra *Garantismo*, Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 42-43.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Brasília: Revista Jurídica Virtual, vol. 2, nº 13, junho/1999. Também em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 8, 2004, p. 131-142.

A Inconstitucionalidade da "Taxa de Diploma"

Anselmo Henrique Cordeiro Lopes
Procurador da República em Rio Branco-AC

1. Introdução

O propósito do presente artigo é demonstrar a inconstitucionalidade da chamada "taxa de diploma".

A referida "taxa" tem sido impugnada em diversos Estados do Brasil, tanto pelo Ministério Público Federal, com êxito. A tese que vem prevalecendo é a de que a despesa com o diploma é uma despesa ordinária da instituição de ensino, sendo já coberta pelo pagamento das mensalidades, não podendo dar ensejo ao pagamento de "taxa", que somente se legitimaria para arcar com despesas extraordinárias, que fogem do âmbito comum da relação de ensino.

Propomos, porém, que a *quaestio iuris* seja analisada não somente a partir das normas administrativas, ou mesmo das normas legais, mas sim, e principalmente, pelo exame de preceitos constitucionais. Fomos levados a essa direção pela percepção de que diversos direitos fundamentais têm seu gozo embaraçado em razão da ausência de expedição do diploma de bacharel, direitos como os de exercício profissional e o de acesso a cargos públicos, por meio de concurso público.

O primeiro alicerce de nossa visão constitucional está na constatação de que o ensino superior é serviço público federal e de que as instituições privadas, quando exploram essa atividade, são delegadas desse serviço público federal e, como tais, devem ser responsabilizadas, mormente quando estorvam direitos fundamentais do cidadão, atraindo, nesse caso, com muito mais razão, a indeclinável atuação do Ministério Público Federal.

2. O ensino superior como serviço público federal

Serviço público é noção que pode assumir definição subjetiva, formal ou material¹, definições estas que tomam como parâmetro, respectivamente, a pessoa que presta o serviço, o regime em que este é prestado e o conteúdo que é explorado. Exemplificativamente, sem necessariamente segui-lo, expomos o conceito adotado por C. A. BANDEIRA DE MELLO, em definição predominantemente formal: "Serviço público é toda

*atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interessados definidos como públicos no sistema normativo"*².

Em conceito que consideramos subjetivo-formal, H. LOPES MEIRELLES define serviço público como "*toda aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado*"³.

Como conceito misto (subjetivo-formal-material), podemos citar o adotado por M. S. Z. DI PIETRO, que considera como serviço público "*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público*"⁴.

Em qualquer acepção da expressão – subjetiva, formal, material –, o ensino superior deve ser compreendido como serviço público.

Satisfazendo o conceito subjetivo, devemos observar que o ensino é sempre prestado pelo Estado, seja diretamente, seja por seus delegados (que gozam de autorização do Poder Público). É o que está expresso no art. 209, II, do Diploma Constitucional, que impõe a autorização às instituições privadas para que possam exercer a atividade de ensino.

Logo, o serviço de ensino, quando praticado pela iniciativa privada, é ainda assim prestado indiretamente (por meio de ente delegado) pelo Poder Público, o que satisfaz o conceito subjetivo de serviço público.

A acepção formal também é satisfeita pela percepção de que o serviço de ensino é prestado sob a autorização do Poder Público, o que atrai, inequivocamente, o regime de direito público.

Já caracterização material de serviço público decorre da realidade positivada no art. 205 da Constituição de nossa República, que enuncia a educação como condição para o "*pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da*

cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Uma vez reconhecido o ensino superior, ainda quando prestado por instituições privadas, como serviço público, sua caracterização como serviço público "federal" decorre do art. 211, §1º, da Constituição em conjugação com o art. 16, II, da Lei 9.394/96.

Conclui-se, nessas bases, que o ensino superior, mesmo que prestado pela iniciativa privada, é serviço público federal, essencial⁵, constatação esta que nos conduz a uma série de outras ilações que apresentaremos a seguir.

3. A natureza do diploma

A prestação do serviço de ensino superior tem como fim esperado a conclusão do curso; é dizer, o fim ordinário da relação pública que se estabelece entre a instituição de ensino e o aluno é a conclusão do curso superior e a conseqüente expedição de diploma em favor daquele. Não se pode conceber esse evento como acidental à relação de ensino.

Nesse quadro, o diploma surge como documento que comprova o término bem-sucedido do curso superior pelo aluno e seu nascimento como bacharel. Sua função é exatamente esta: declarar o *status* da relação do cidadão com o serviço público de ensino superior, atestando sua condição de bacharel.

O diploma, dessa forma, deve ser encarado como uma certidão da *emancipação cultural* do cidadão, emancipação esta que, ao lado da *igualdade de oportunidades*, da *participação* e da *individualização*, "são componentes do direito à educação e à cultura, e dimensões concretas implícitas no princípio da democracia cultural", na lição de J. J. GOMES CANOTILHO⁶.

Em síntese: o diploma é documento que certifica a situação final do estudante perante o serviço público federal de ensino superior, atestando sua condição de bacharel e de emancipado cultural.

4. A imunidade constitucional – tributária e administrativa

Como bem anota P. de Barros Carvalho⁷, há no rol do art. 5º da Constituição da República imunidade objetiva que

pouco é percebida por grande parte dos estudiosos. Trata-se da norma contida no inciso XXXIV, *b*, segundo o qual "são a todos assegurados, *independentemente do pagamento de taxas (...)* a obtenção de *certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal*".

Há aqui três noções que precisam ser trabalhadas: "certidões", "repartições públicas" e "esclarecimento de situações de interesse pessoal".

Por "certidões" deve-se entender todo o tipo de documento que serve para atestar uma situação ou um *status* específico. Já por "repartições públicas" deve-se entender, em verdade, o serviço público em sentido institucional. Assim, quando se menciona "certidões em repartições públicas", quer-se, verdadeiramente, fazer referência a qualquer declaração – atestado – prestada pelo Poder Público, ou seus delegados, aos cidadãos, que tenha por objeto a situação destes com dado serviço público em especial. Na mesma linha de raciocínio, "esclarecimento de situações de interesse pessoal" deve ser compreendido como certificação da relação do cidadão com o serviço público ou apresentação de qualquer dado que resulte dessa relação.

A orientação que aqui propomos deve prevalecer pela primazia que nossa ordem constitucional confere ao critério objetivo do serviço público em relação ao critério subjetivo da pessoa que exerce a atividade. Essa eleição é apreendida ao longo do texto constitucional. Assim, por exemplo, no art. 37, § 6º, da Lei Primeira, é do fato de prestar serviços públicos que decorre a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado. Na mesma linha, nos arts. 173 a 175 do Diploma Magno, percebe-se claramente a eleição do critério de exploração de serviço público ou de atividade econômica em sentido estrito como definidor do regime jurídico a que estão sujeitas as pessoas jurídicas da Administração Indireta e as demais colaboradoras com

o Poder Público. O mesmo raciocínio é válido para o art. 150, § 2º, da Carta Máxima, que trata de imunidade tributária.

Enfim, a natureza do serviço prestado – critério objetivo – deve prevalecer sobre a identidade da pessoa que presta – critério subjetivo –, devendo a expressão "repartição pública", assim, ser compreendida como "ente prestador de serviço público".

Há porém um dado que passou despercebido pelo tributarista antes citado. É que a Constituição não só proíbe a

"... a despesa com o diploma é uma despesa ordinária da instituição de ensino, sendo já coberta pelo pagamento das mensalidades, não podendo dar ensejo ao pagamento de 'taxa', que somente se legitimaria para arcar com despesas extraordinárias ..."

remuneração da certificação de sua situação pessoal em face do serviço público quando prevista em lei – em sentido material –, vale dizer, não só proíbe a instituição de “taxa” em sentido tributário próprio, como também impede a cobrança de “tarifa”, “preço público”⁸, isto é, de contraprestação pelo serviço público que tenha fonte em negócio jurídico – em vez de lei. Ou seja: a imunidade prevista no art. 5º, XXXIV, *b*, da Lei Maior é não só tributária (pois impede a criação de tributo: taxa), como também é imunidade administrativa, negocial (pois impede a criação de preço público).

O signo “taxa” aí colhido não pode ser interpretado de modo estritamente literal, devendo ceder o método literal para o teleológico, que prestigia a *ratio legis*. Assim, se o Constituinte proibiu que lei estabeleça contraprestação pelo atestado de situação pessoal perante o serviço público, *a fortiori*, também proibiu que a mesma prestação pecuniária seja criada por negócio jurídico, que deve se curvar à própria lei. Tal raciocínio poderia não valer absolutamente se estivessemos diante de relação jurídica inserida em regime de direito privado, pois que, nesse caso, a autonomia privada tem importância similar à supremacia da lei. Contudo, tratando-se de relação de direito público, incidente necessariamente em razão da presença de serviço público, a lei é fonte de legitimidade e validade extremamente superior à vontade negocial, que se recolhe a segundo plano. É o que impõe a soberania da lei no plano administrativo, de direito público.

Portanto, o art. 5º, XXXIV, *b*, da Constituição alcança não só as taxas em sentido estrito como também os preços públicos – tarifas.

Considerando que o diploma é documento – “certidão” – que atesta a situação do estudante-cidadão diante do ensino superior (serviço público) deve-se reconhecer a impossibilidade de se exigir taxa ou tarifa do bacharel para que receba tal certificação de sua situação pessoal. Vale dizer, a chamada “taxa de diploma” não alcança validade nem quando é instituída em lei (caso em que seria taxa tributária) e muito menos quando tem supedâneo em negócio jurídico (caso em que seria preço público).

Só esse fundamento já é suficiente para determinar a inconstitucionalidade da chamada “taxa para expedição de diploma”, seja qual for sua fonte normativa. Ao lado desse fun-

damento, não obstante, há ainda outros que também apontam a invalidade de tal exação.

5. O diploma como condição para o exercício de direitos constitucionais

O diploma, ao certificar a situação do graduado perante o serviço público federal de ensino superior, atestando sua condição de bacharel, acaba por ser requisito para o exercício de diversos direitos do cidadão.

A necessidade do diploma é correlata à importância da educação. Portanto, faz-se mister compreender que a educação, além de ser serviço público, em sua faceta objetiva, é também direito fundamental e direito humano⁹, em sua faceta subjetiva. O direito fundamental à educação, por sua vez, ata-se a diversos outros direitos fundamentais (além doutros não-fundamentais). Dentro do âmbito desses direitos fundamentais é que deve ser compreendido o valor do diploma de bacharel.

Como primeiro direito fundamental relacionado ao diploma de curso superior, a liberdade pública de exercício profissional, prevista no art. 5º, XIII, da Constituição da República, requer que sejam “*atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. Entre essas condições previstas em lei, nas mais diversas profissões, está a conclusão do bacharelado, a qual deverá ser atestada pelo diploma. Dessarte, quando este não é tempestivamente expedido, o gozo do direito ao exercício profissional – direito este fundamental – resta comprometido.

Demais disso, ainda quando o ofício almejado pela pessoa não demanda, juridicamente, a conclusão de curso superior, a condição de bacharel alavanca as possibilidades de emprego do trabalhador. Nessa ótica, a situação de bacharel serve de meio material para a efetivação do direito constitucional ao trabalho, previsto no art. 6º, *caput*, do Texto Maior. Esse fato, que pode ser colhido da realidade social, não passou despercebido pelo Poder Constituinte, que positivou, como finalidade fundamental da educação, a qualificação para o trabalho (art. 205, CRFB).

Deve-se ainda observar que a educação também é meio de preparo para o exercício da cidadania, como está reconhecido no *caput* do art. 205 da Lei das Leis. Nesse sentido, a

*“... considerando a
grandeza dos direitos
e dos interesses
envolvidos, não se pode
reconhecer validade
à prática de exigir do
cidadão o pagamento
de contraprestação para
a declaração daquilo
que lhe é de direito:
a certificação de sua
condição de bacharel.”*

conclusão do bacharelado é relevante não somente para possibilitar o exercício profissional e a obtenção de trabalho lícito, como também para possibilitar maior participação do cidadão nos assuntos da nação, dando-lhe voz e garantindo-lhe audiência. Noutro dizer, a conclusão do curso superior, com o conseqüente alcance da condição de bacharel, proporcionada a emancipação cultural da pessoa, significando, nas palavras de J. J. GOMES CANOTILHO, “*progresso social e participação democrática*”¹⁰. O diploma, nesse contexto, deve ser expedido como reconhecimento dessa emancipação, dotando o cidadão de maior participação cívica.

O direito de participação do cidadão no Estado, perante o ingresso em cargos públicos (art. 37, I, CRFB), também pode ser obstruído pela ausência de expedição de diploma, em concursos públicos que exigem dos candidatos o grau de bacharel. Nesses casos, a ausência de pagamento de “taxa” acaba impedindo o bacharel de participar de certames quando, em essência, preenche todos os requisitos previstos em lei.

O direito à prisão especial também é estorvado em razão da ausência da expedição do diploma. De fato, a legislação reconhece ao “diplomado” o direito a condições especiais de cárcere (art. 295 do CPP).

Como se pode perceber, diversos direitos constitucionais e legais do cidadão têm seu gozo impedido quando deixa de ser expedido o diploma de bacharel. Diante de tal constatação, não se pode admitir que o delegado de serviço público, que é a instituição de ensino superior, possa se recusar a fornecer o diploma em razão da mera ausência do pagamento de taxa ou tarifa. Deveras, considerando a grandeza dos direitos e dos interesses envolvidos, não se pode reconhecer validade à prática de exigir do cidadão o pagamento de contraprestação para a declaração daquilo que lhe é de direito: a certificação de sua condição de bacharel.

A constatação da presença desses direitos fundamentais como vinculados à detenção do diploma também serve para prestigiar a interpretação que demanda a incidência, ao caso, da imunidade contida no art. 5º, XXXIV, *b*, da Constituição da República.

6. Conclusão

A partir da observação da realidade que envolve a prestação do serviço de ensino superior e o diploma, constatamos nesse estudo que: (i) o ensino superior, ainda quando prestado por instituições privadas, por autorização do Poder Público federal, é serviço público federal; (ii) o diploma tem a função de certificar a situação do cidadão perante o serviço público federal de ensino superior, declarando sua condição de bacharel;

(iii) o cidadão deve estar imune de qualquer taxa ou tarifa (preço público) pela certificação de sua posição perante o serviço público; (iv) a não-expedição do diploma, impedindo o bacharel de provar sua condição, impede o exercício de diversos direitos constitucionais e legais, como, diretamente, o direito de exercício profissional, o direito ao trabalho, o direito de acesso a vários cargos públicos, por meio de concurso, e o direito à prisão especial, e, indiretamente, diversos outros direitos sociais.

A partir dessas constatações, podemos concluir que a chamada “taxa de diploma” (a qual, em essência, é preço público, pois não tem previsão legal) é definitivamente inconstitucional, devendo ser absolutamente expurgada da realidade acadêmica do Brasil. Concluímos, ainda, que o condicionamento da expedição do diploma ao pagamento desse preço espúrio afronta, diretamente, diversos preceitos fundamentais de nossa Carta Republicana, legitimando, inclusive, o ajuizamento de argüição de descumprimento de preceito fundamental, com forte em art. 102, § 2º, e na Lei 9.882/99.

Por fim, provocamos o leitor a perceber que o problema das “taxas de diplomas” não se resume à aplicação de regras de defesa do consumidor (apesar de não as excluir) ou à análise das normas gerais expedidas pela Administração Pública (que também não precisam ser desdenhadas). As normas legais e administrativas podem até ser alteradas, mas devem permanecer íntegros os direitos constitucionais do cidadão, os quais compõem, inegavelmente, o núcleo irreformável da Constituição.

Notas

¹ Cf. C. A. Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 642, nota 4.

² Ibidem.

³ Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 296.

⁴ Direito Administrativo, 16ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 99.

⁵ J. Afonso da Silva reconhece o serviço de ensino como “serviço público essencial”, vale dizer, como serviço público de importância excepcional em nosso sistema constitucional, que, ainda quando prestado por instituições privadas, permanece sob a titularidade do Estado. Cf. Curso de Direito Constitucional Brasileiro, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 818.

⁶ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 349.

⁷ Curso de Direito Tributário, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 189.

⁸ Sobre a distinção entre “taxa”, enquanto espécie tributária, e “tarifa” ou “preço público”, como contraprestações decorrentes de negócio jurídico, conferir: Ricardo Lobo Torres, Curso de Direito Financeiro e Tributário, 11ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004, pp. 186-8.

⁹ A concepção do direito à educação como direito humano (ou “direito do

homem") pode ser conferida pela presença dos cinco adjetivos essenciais enunciados por Robert Alexy: universal, moral, fundamental, preferencial e abstrato. Cf. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, RDA, v. 217, jul/set-1999, pp. 58-62. Ainda sobre a caracterização do direito humano, cf. A. H. Cordeiro Lopes, *A Força Normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004*, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>, data de acesso: 29.10.2007.

10 Ibidem.

Referências Bibliográficas (somente obras citadas)

1. AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.
2. ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. RDA, v. 217, jul/set-1999, pp. 55-66.
3. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

BARROS CARVALHO, Paulo de. *Curso de Direito Tributário*. 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

CORDEIRO LOPES, Anselmo Henrique. *A Força Normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004*, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>, data de acesso: 29.10.2007.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 16ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed., Coimbra, Almedina, 2003.

LOBO TORRES, Ricardo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 11ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1996.

Considerações sobre o Julgamento Antecipado da Lide no Processo Penal

Cibele Benevides Guedes da Fonseca

Procuradora da República em Natal-RN

Marcos Aurélio Santiago Braga

Assessor Ministerial da Procuradoria Geral de Justiça do RN

Resumo: O trabalho analisa a nova redação do art. 397 do Código de Processo Penal Brasileiro, dada pela Lei nº 11.719/2008, que estabeleceu expressamente a possibilidade do julgamento antecipado da lide na seara processual penal, apenas nos casos para absolver o acusado, preenchendo antiga lacuna existente quanto ao tema. Examina as hipóteses de cabimento do julgamento antecipado da lide penal, iniciando a abordagem através da compreensão do tempo como verdadeira pena processual para o acusado que não cometeu um delito e, por algum motivo, foi denunciado. Ao final, conclui pela necessidade de um processo sem dilações indevidas, que resulte em uma prestação jurisdicional célere e efetiva, em homenagem aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, em todas as suas derivações.

Palavras-chave: Julgamento antecipado da lide – Processo Penal – Demora judicial – Pena processual – Prazo razoável – Aceleração procedimental.

Sumário: 1. Introdução. 2. O tempo como pena processual para o acusado. 3. O julgamento antecipado da lide penal. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Sabe-se que o princípio do devido processo legal tem como escopo garantir ao acusado todos os meios de defesa para a convicção do julgador no momento de julgar.

Não se pode, no desenho constitucional brasileiro, abrir mão da instrução processual penal para condenar alguém, mesmo que essa pessoa tenha confessado e expressamente renunciado à instrução. As garantias do contraditório e da ampla defesa são irrenunciáveis, indisponíveis.

Mas o que fazer quando, no nascedouro do processo penal, antes do transcurso da fase instrutória, os elementos trazidos pela defesa inicial (arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal) conseguem comprovar a inocência do acusado, pelas mais diversas razões?

Com o advento da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008,

que alterou a redação do art. 397 do Código de Processo Penal, houve o preenchimento de lacuna antes existente na seara processual penal, sendo possível a partir de então o julgamento antecipado da lide penal, para absolver o acusado, quando o juiz verificar: a) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; b) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime; e d) que se encontra extinta a punibilidade do agente.

A nova sistemática, de maneira inovadora, atendeu, enfim, aos anseios dos operadores do direito. Isso porque não é justo permitir que o trâmite do processo penal continue a constranger um inocente, se esta situação já resta absolutamente irrefutável em razão de sua defesa inicial ou de outro ato processual ocorrido ao longo da instrução processual.

O processo não pode prejudicar aquele que tem razão. Se a inocência do acusado está evidenciada no início do procedimento, antes mesmo de concluída a fase instrutória, não há razão para obrigá-lo a esperar o tempo necessário para o término desta fase para só então poder obter provimento jurisdicional que lhe seja favorável.

De fato, não há dúvidas de que o processo penal, por si só, causa danos ao acusado, tanto em sua imagem, que fica estigmatizada perante a sociedade, quanto no vexame e sofrimento interno suportado, reflexo de sua própria condição de acusado.

Nesses casos, o prosseguimento do processo macula os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, este último em várias de suas derivações, como a celeridade, a efetividade, a economia processual, a instrumentalidade e a razoável duração do processo.

Sobre o tema, assevera José Roberto dos Santos Bedaque:

“O devido processo legal não se limita aos princípios da ampla defesa, contraditório e igualdade. É preciso também assegurar às partes a perfeita adequação do instrumento a ser utilizado, a fim de que possa ele proporcionar aos interessados acesso à ordem jurídica justa, isto é, assegurar ao titular de um direito praticamente tudo aquilo que o ordenamento jurídico lhe garante.”¹

Na realidade, a ação penal somente se justifica quando o Estado possui legítimo interesse em agir, não sendo o caso em ocasiões que tais, dada a certeza da absolvição do acusado.

Além disso, há que se ter em mente que a verdade real, objetivo maior do processo penal, é obedecida em tais casos, motivo pelo qual não há que se cogitar de cerceamento de defesa ou ofensa ao devido processo legal.

2. O tempo como pena processual para o acusado

Antes do advento da Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 397 do Código de Processo Penal, a jurisprudência dominante entendia que, por mais que o Ministério Público, dono (*dominus litis*) da Ação Penal pública², firmasse convencimento no sentido da inocência do acusado e descartasse a necessidade de prosseguimento da fase probatória, o magistrado somente poderia proferir sentença absolutória após a regular instrução do feito, sob pena de nulidade do processo, ante a indisponibilidade do rito processual penal.

Contudo, este entendimento restrito não se coadunava com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, pois privilegiava o formalismo procedimental em detrimento dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, este último em várias de suas derivações, como a celeridade, a efetividade, a economia processual, a instrumentalidade e a razoável duração do processo, resultando em verdadeiro constrangimento ilegal.

O processo está indissociavelmente ligado ao tempo. No entanto, é óbvio que o prolongamento de um processo além do necessário, com dilações indevidas, desnecessárias e absolutamente evitáveis, atenta contra os princípios da dignidade da pessoa humana e da duração razoável do processo, dado que submete o acusado a um extenuante litígio judicial, que lhe toma tempo e dinheiro, além de acarretar uma exposição constrangedora de sua imagem perante a sociedade (divulgação da notícia nas páginas policiais, antecedentes criminais etc.), ainda mais quando sua inocência já se encontra provada.

Em monografia sobre o tema, Salise Monteiro Sancho-

tene destaca que:

“O ordenamento jurídico infraconstitucional não pode permitir abusos que violem princípios consagrados na Carta Magna. Desse modo, constranger uma pessoa a defender-se até o fim de uma ação penal, sabendo-a parte ilegítima, é atentar contra a dignidade tutelada em sede constitucional. Nesse passo, é importante recordar a lição de Jorge Miranda quando afirma que a pessoa é fundamento e fim da sociedade e do Estado, e que a dignidade da pessoa (...) é da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e abstracto.”³

Nesse passo, não é despidendo trazer à baila a opinião de Aury Lopes Júnior, que afirma que “o processo penal é uma cerimônia degradante e encerra em si mesmo uma série de penas processuais, que se vêm potencializadas pela demora judicial.”⁴

Não restam dúvidas de que o vagaroso transcurso do processo penal causa prejuízos de toda ordem para os acusados neles envolvidos, em especial para aqueles cuja inocência é constatada antes do desfecho da fase instrutória. O julgamento antecipado da lide penal vem justamente para concretizar o direito do acusado à razoável duração do processo e a um tratamento digno.

Tratando do tempo do processo, Gustavo Henrique Badaró e Aury Lopes Júnior reconhecem que:

“quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegal-

mente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre ainda que não exista uma prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é uma pena.”⁵

A pena encerrada pelo transcurso do processo é denominada pelo direito espanhol de *pena de banquillo*, resultado do constrangimento suportado pelo acusado de “sentar-se no banco dos réus”⁶.

E qual seria então o tempo razoável para o processo durar?

O princípio do devido processo legal, considerado por Nelson Nery Júnior postulado constitucional fundamental do processo⁷, responde a essa indagação, a partir da contribuição chiovendiana: tão somente o tempo necessário para conceder

“Se a inocência do acusado está evidenciada no início do procedimento, antes mesmo de concluída a fase instrutória, não há razão para obrigá-lo a esperar o tempo necessário para o término desta fase para só então poder obter provimento jurisdicional que lhe seja favorável.”

“a quem tenha direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”⁸, uma vez que o escopo principal desse princípio é justamente garantir aos litigantes o “direito a um processo e a uma sentença justa”⁹.

Portanto, exclusivamente o tempo que for preciso para que seja observado o princípio do devido processo legal em suas várias derivações: celeridade, efetividade, economia processual, instrumentalidade etc.

O detalhe é que esse tempo pode variar casuisticamente, mas apenas o necessário para a rápida solução da lide. Assim, em regra, um processo que não necessite de produção de provas, em razão dos elementos trazidos pela defesa inicial terem comprovado a inocência do acusado, deve ser solucionado em tempo bem menor do que um processo que dela necessite.

Em casos como esse, a espera do término da instrução processual pelo magistrado para julgar a causa macula direitos e garantias constitucionais do acusado, pois a verdade real foi alcançada antes do fim da instrução processual e o julgamento antecipado da lide não prejudicará direitos processuais de qualquer das partes envolvidas.

Nesse passo, Cecílio da Fonseca Vieira Ramalho Terceiro afirma que:

“permitir que um inocente se mantenha sob a injusta sombra da espada da justiça, por vezes, é uma agressão maior que o suposto delito imputado ao mesmo. Como sabemos, o nosso processo penal é um árduo caminho de colheita de elementos, tudo voltado a um único fim, A VERDADE. Se esta verdade, ou sua semelhança, já se encontra *ab initio*, por que esperar todo o desenrolar da instrução para deferir a tutela estatal eximidora da responsabilidade do acusado, isentando-o do constrangimento de responder por algo que não deve.”¹⁰

Por sua vez, destacando o julgamento antecipado da lide como mecanismo de concretização do princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, José Roberto dos Santos Bedaque assevera:

“Trata-se da concepção de um modelo procedimento flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adaptação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo. Exemplo claro do princípio da adaptabilidade consiste na possibilidade de julgamento antecipado, quando as circunstâncias inerentes à relação subs-

tancial tornarem dispensável a dilação probatória (CPC, art. 330, I). Verifica-se, aqui, a influência que o direito material acarreta no procedimento, o que reforça a idéia da necessidade de relativizar o binômio, a fim de que sejam alcançados os objetivos do direito processual.”¹¹

Ora, há que se ter em mente que o processo, de uma maneira geral, é apenas o instrumento disponibilizado pelo Estado para a consecução da atividade jurisdicional, e não o fim em si mesmo. Este instrumento precisa ser eficaz. Para tanto, deve ser adequado ao fim pretendido, adaptando-se às necessidades da causa, de modo que haja a adequada tutela do direito material controvertido em juízo. Dessa maneira, o apego excessivo à forma não pode prejudicar a realização do direito material quando não há prejuízo para qualquer das partes.

Nos moldes anteriores à Lei nº 11.719/2008, o processo penal era um ônus excessivo – uma verdadeira pena processual – para aqueles que não cometeram um delito e, por algum motivo, foram denunciados. Com a nova redação do art. 397 do Código de Processo Penal, tal omissão foi corrigida, garantindo-se ao acusado um processo sem dilações indevidas, que resulte em uma prestação jurisdicional célere e efetiva, em homenagem aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, em todas as suas derivações.

3. O julgamento antecipado da lide penal

O instituto jurídico do julgamento antecipado da lide penal, disciplinado pelo art. 397 do Código de Processo Penal (nova redação dada pela Lei nº 11.719/2008), permite que o juiz, após a apresentação da defesa inicial (arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal), absolva sumariamente o acusado, quando verificar: a) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; b) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime; e d) que se encontra extinta a punibilidade do agente.

Atente-se que o julgamento antecipado da lide penal deverá ser observado unicamente em favor do acusado, e nunca em seu detrimento. Ou seja, somente deve ser utilizado para absolver sumariamente o acusado, e não para condená-lo, pois, nessa hipótese, reduziria a oportunidade de produção de provas do acusado, ocasionando cerceamento de defesa.

Por outro lado, destaque-se que o princípio da verdade real é observado em toda a sua plenitude, não havendo que se cogitar de transgressão do devido processo legal ou da ampla

defesa, uma vez que o julgamento antecipado da lide somente é possível quando o juiz convencer-se da inocência do acusado e entender pela desnecessidade de produção de outras provas, tornando dispensável a continuidade da instrução processual.

Inclusive, existindo mais de um acusado ou mais de um fato delitivo na peça acusatória, é possível o julgamento antecipado da lide penal quanto a apenas um dos acusados ou um dos fatos imputados como delitivos, se o juiz não verificar ser a hipótese de aplicação do instituto para o demais. Nesse sentido é a lição de Andrey Borges de Mendonça:

“Entendemos possível que o juiz, existindo mais de um réu ou mais de um fato delitivo no bojo da acusação, absolva sumariamente apenas em relação a um deles. Isto poderá ocorrer quando, nada obstante existam dois fatos descritivos na denúncia ou queixa ou, ainda, dois acusados, alguma das situações descritas esteja manifestamente comprovada apenas para algum dos fatos ou para um dos acusados. Neste caso, deverá o magistrado absolver em relação a um dos fatos ou acusados e continuar o feito em relação ao outro fato ou acusado.”¹²

Com efeito, a *ratio* para a utilização do julgamento antecipado da lide no processo penal é a mesma do processo civil: encurtar a resposta do judiciário, solucionando a lide com a maior brevidade possível, de modo a atender rapidamente aos anseios sociais.

Tal instituto, inovador na seara processual penal, permite que a tutela jurisdicional seja prestada eficientemente em um menor espaço de tempo, homenageando os princípios da celeridade, da efetividade, da economia processual e da razoável duração do processo.

A propósito, veja-se que o art. 6º da Lei nº 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos que especifica perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, também autoriza expressamente o julgamento antecipado da lide nas ações penais de competência originária dos referidos tribunais quando a acusação for manifestamente improcedente, não dependendo a decisão de outras provas que não sejam as já existentes nos autos.

Interessante destacar o seguinte precedente do Superior

Tribunal de Justiça sobre o tema:

“Nesta fase a improcedência só poderá ser reconhecida se ficar desde logo evidenciada a inutilidade da instauração do processo, por já estarem os fatos inteiramente esclarecidos, sendo viável afirmar-se, sem necessidade de outros elementos, que a acusação não procede. Ocorre o oposto do que sucede, ao ser prolatada a decisão final, quando a dúvida beneficia o réu.”¹³

Assim, restando inteiramente comprovado após o oferecimento da defesa inicial a inocência do acusado e a desnecessidade de produção de outras provas, deve ser reconhecida a inutilidade da continuidade do processo, julgando-se a lide antecipadamente.

“A continuidade do processo judicial por simples obediência a rigorismo formal gera a produção de atos processuais desnecessários, que resultam em perda de tempo do magistrado e do dinheiro público utilizado para a movimentação do aparato jurisdicional.”

A continuidade do processo judicial por simples obediência a rigorismo formal gera a produção de atos processuais desnecessários, que resultam em perda de tempo do magistrado e do dinheiro público utilizado para a movimentação do aparato jurisdicional. Sem contar que o maior prejudicado é o próprio acusado, que tem que se submeter a um verdadeiro calvário perante a sociedade até o término da instrução processual e a prolação da sentença absolutória.

Salise Monteiro Sanchotene afirma que:

“é preciso, pois, tornar efetivos os princípios constitucionais, aplicando-os no processo penal. O processo penal somente tem sentido se assegurar a efetivação da justiça e esta apenas existirá se houver respeito ao indivíduo. O juiz, frise-se mais uma vez, não pode ser omissivo diante da violação de um

princípio constitucional e deve, numa interpretação sistemática, julgar antecipadamente o processo a fim de impedir que o cidadão denunciado de forma indevida passe pelo constrangimento de responder a uma ação penal. É lapidar, quanto a este tema, a lição de Weber Batista: Para condenar, que se esgotem todas as oportunidades de defesa; mas, para absolver, que se faça tão logo haja certeza plena. O interesse social na punição dos criminosos, uma dos dois valores mais essenciais diante dos quais se move o processo, não sofre com a demora, se esta tende à certeza de

culpa; mas cada dia a mais de inútil coação processual constitui punição injusta do inocente".¹⁴

Importa destacar que alguns magistrados de vanguarda já aplicavam, antes mesmo do advento da Lei nº 11.719/2008, analogicamente, o instituto do julgamento antecipado da lide previsto no processo civil à esfera processual penal, merecendo destaque as seguintes sentenças, da lavra dos ilustres magistrados Walter Nunes da Silva Júnior e Carlos Wagner Dias Ferreira, ambos da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte:

EMENTA: PENAL. ESTELIONATO. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. FALSIDADE DOCUMENTAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO DELITO. COAÇÃO ILEGAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA CELERIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO. ABSOLVIÇÃO.

Para a consubstanciação do delito de estelionato é necessária a presença de seus elementos constitutivos, quais sejam: o artifício fraudulento, o induzimento, por meio dele, das vítimas em erro, o prejuízo por estas sofrido, a correspondente obtenção de vantagem ilícita pelo agente e o dolo.

Portanto, se a beneficiária, assim como as pessoas que contribuíram para que ela obtivesse o benefício, agiram pensando estarem praticando ato de direito, descaracterizado está o delito, tendo em vista a ausência do elemento subjetivo, dolo, impondo-se, desse modo, a absolvição dos acusados.

Além disso, se não ficar comprovada a obtenção de vantagens pessoais indevidas pelos acusados em decorrência dos atos destes, destipificado estará o estelionato.

É de sabença geral que uma das funções do magistrado é o de proporcionar a celeridade dos processos, como mesmo dita o art. 125, II, do Código de Processo Civil, desse modo, se evidente estiver a descaracterização do delito, antes mesmo de finalizar a fase instrutória do processo, deve-se julgar antecipadamente, absolvendo os réus, na forma do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Atendendo, ainda, aos princípios fundamentais da dignidade humana e o da liberdade de ir e vir, o juiz, diante da clara conduta atípica dos acusados, deve absolvê-los o quanto antes, evitando, assim, maiores constrangimentos e restrições à liberdade dos agentes.

Se assim o magistrado for impedido de agir, poderá ainda, de acordo com o § 2º do art. 654 do Código de Processo Penal, expedir de ofício ordem de habeas corpus logo que perceba, no curso do processo, que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.¹⁵

(grifos acrescidos)

EMENTA: AÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 38 DA LEI 9.605/98. DESTRUIÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ÁREA DE MANGUE. INEXISTÊNCIA DE DESTRUIÇÃO OU DANO. ATIPICIDADE PENAL. DENÚNCIA RECEBIDA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE PENAL. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA.

- O crime previsto no art. 38, caput, da Lei de Crimes Ambientais, é de natureza material, consumando-se com a efetiva destruição ou danificação da floresta de preservação permanente, ou a utilização ofensiva às normas de proteção descritas em lei ou em outro diploma normativo.

- Não tendo havido perpetração de ato de destruição ou danificação de área de preservação permanente, é de reconhecer que a conduta do denunciado não se amolda ao figurino típico do art. 38, caput, da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), falecendo o comportamento porventura praticado do conteúdo delituoso que o configura como crime.

- No caso de manifesta hipótese de absolvição decorrente da atipicidade do fato imputado, se o juiz, ao invés de proceder à apreciação antecipada dos fatos, resolve cumprir o longo percurso da processualística penal, comete verdadeiro atentado contra os princípios cardeais da liberdade de locomoção, da presunção de não culpabilidade, da duração razoável do processo e, por que não dizer, da dignidade da pessoa humana.

- A aplicação analógica da regra inserta no art. 330 do Códex Processual Civil relativa ao julgamento antecipado da lide em no âmbito penal, em caso de absolvição motivada pela atipicidade do fato cominado, nada mais faz do que dar concretude efetiva ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

- Improcedência da pretensão punitiva, reconhecida em sede de julgamento antecipado da lide penal.¹⁶ (grifos acrescidos)

Há também precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA: PROCESSO PENAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO AÇÃO. POSSIBILIDADE. OMISSÃO DE ANOTAÇÃO DA CTPS. ATIPICIDADE.

1.- Mesmo após o recebimento da denúncia, não há impedimento para que se reconheça, no curso do processo ou na sentença final, a inexistência de alguma das condições da ação do processo penal.

2.- A omissão de anotação do contrato de trabalho na CTPS não configura o ilícito pre visto no art. 2º, I, da Lei nº 8137/90, mas mero ilícito administrativo punível na forma da Consolidação das Leis do Trabalho.

3.- Recurso improvido.¹⁷ (grifos acrescidos)

Deveras, tais julgados demonstram a aplicação pioneira do instituto do julgamento antecipado da lide na seara penal, mesmo antes da reforma instituída pela Lei n.º 11.719/2008.

Em suma, a previsão expressa do julgamento antecipado da lide penal no art. 397 do Código de Processo Penal (com a nova redação dada pela Lei n.º 11.719/2008) nada mais faz que romper, efetivamente, a barreira quase intransponível do formalismo irrestrito existente no rito processual penal para dar mais celeridade e efetividade ao processo nos casos em que resta comprovado a inocência do acusado antes mesmo de concluída a instrução processual, assegurando que a razoável duração do processo venha a amparar a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do nosso Estado Democrático de Direito.

4. Conclusão

Diante do esposado, conclui-se que a Lei nº 11.719/2008 instituiu expressamente no Código de Processo Penal brasileiro o julgamento antecipado da lide penal, mecanismo de controle expresso que permite ao juiz, em primeiro grau, após a apresentação da defesa inicial e antes de concluída a fase instrutória, absolver sumariamente o acusado, quando verifica: a) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; b) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade

do agente, salvo inimizabilidade; c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime; e d) que se encontra extinta a punibilidade do agente.

Em razão disso, o processo penal, nos moldes atuais, deixa de torna-se um ônus excessivo – uma verdadeira pena processual – para aqueles que não cometeram uma conduta ilícita e, por algum motivo, foram denunciados, pois não precisam mais esperar todo o transcurso da instrução processual para alcançarem uma sentença de absolvição.

Nesse diapasão, o instituto do julgamento antecipado da lide penal proporciona uma prestação jurisdicional célere e efetiva nos casos em que resta comprovado nos autos, após a apresentação da defesa inicial e antes mesmo do fim da fase instrutória do processo, a inocência do acusado, pelas mais diversas razões.

Sua utilização será possível unicamente em favor do réu, e nunca em seu detrimento, de modo que não haverá de se cogitar de inobservância aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Caso, comprovada a inocência do acusado através dos elementos trazidos pela defesa inicial, o magistrado se negue a julgar antecipadamente a lide, poderá incidir em constrangimento ilegal perante o acusado e mácula aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, este último em várias de suas derivações, como a celeridade, a efetividade, a economia processual, a instrumentalidade e a razoável duração do processo, pois a ação penal somente se justifica quando o Estado possui legítimo interesse em agir, não sendo o caso em ocasiões que tais, dada a certeza da ausência de autoria.

Notas

¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p 84-85.

² MIRABETE, Julio Fabrinni. **Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 96.

³ SANCHOTENE, Salise Monteiro. **Julgamento antecipado da ação penal: ilegitimidade de parte**. Revista CEJ, Janeiro/abril 2000, Brasília, nº 10. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero10/artigo2.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2007.

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Março/abril 2007, nº 65, ano 15, p. 209-210.

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique e LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 6.

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Op cit., p. 216.

⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004. p. 60.

⁸ CHIOVENDA, Instituições de direito processual civil, apud WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseler, 2000. p. 24.

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Op cit., p. 60.

¹⁰ RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. **A possibilidade do julgamento antecipado da lide penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4015>>. Acesso em: 27 jun. 2007.

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op cit., p. 60-61.

¹² MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**. São Paulo: Método, 2008. p. 277.

¹³ STJ, INQ 257/SP, Corte Especial, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 23.10.2000.

¹⁴ SANCHOTENE, Salise Monteiro. Op cit.

¹⁵ JFRN, Ação Penal nº 98.84.00.002985-0, Juiz Walter Nunes da Silva Júnior.

¹⁶ JFRN, Ação Penal nº 2004.84.00.000427-0, Juiz Carlos Wagner Dias Ferreira.

¹⁷ TRF4, ACR 4285/PR, 2ª Turma, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, DJU 23.08.2000.

Referências Bibliográficas

1. ANDRADE, Flávio da Silva. **A confissão e o julgamento antecipado da lide no processo penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº 143, 26 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4547>>. Acesso em: 27 jun. 2007.
2. BADARÓ, Gustavo Henrique e LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
3. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
4. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
5. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
6. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Março/abril 2007, nº 65, ano 15.
7. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**,

volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006.

8. MEDEIROS, Osmar Fernando de. **Devido processo legal e indevido processo penal**. Curitiba: Juruá, 2000.

9. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

10. MIRABETE, Julio Fabrinni. **Processo penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

11. _____. **Código de processo penal interpretado**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

12. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

13. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2006.

14. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

15. RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. **A possibilidade do julgamento antecipado da lide penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4015>>. Acesso em: 27 jun. 2007.

16. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

17. SANCHOTENE, Salise Monteiro. **Julgamento antecipado da ação penal: ilegitimidade de parte**. Revista CEJ, Janeiro/abril 2000, Brasília, nº 10. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero10/artigo2.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2007.

18. SANTOS, Antonio Henrique de Almeida. **Julgamento antecipado do pedido na lide penal**. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, Agosto/setembro 2002, nº 15.

19. SOUZA FILHO, Marcos. **Hipóteses de julgamento antecipado da lide no processo penal**. Disponível em: <<http://www.jurisatrium.com.br>>. Acesso em: 27 jun. 2007.

20. TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. **Curso de direito processual penal**. 2ª ed. Salvador: JusPO-DIVM, 2008.

21. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseler, 2000.

A Revogação da Parte Final do Art. 385, do CPP, pela Lei 11.719/08

Gabriel Queiroz¹

Juiz Federal Substituto da 13ª Vara da Seção Judiciária de Goiás
Ex-Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

1. Introdução

Recentemente, o Código de Processo Penal passou por uma série de alterações. Só neste ano, três leis alteraram radicalmente vários dispositivos do CPP. Primeiro, veio a Lei 11.689, de 09 de junho de 2008, que tratou de mudanças referentes ao procedimento dos crimes afetos ao Tribunal do Júri. No mesmo dia, também veio ao mundo jurídico a Lei 11.690, que tratou de temas relativos às provas no processo penal. Enfim, teve-se a Lei 11.719, de 23 de junho de 2008, que versou sobre dispositivos relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

Dentre as várias alterações, ganha destaque a nova sistemática da *mutatio libelli* (art. 384), que, devido ao acolhimento do sistema acusatório pela nossa Constituição (art. 129, I), vinha sendo amplamente atacada pela doutrina, por defender que, separadas as funções de acusar e julgar, não se deveria permitir interferência direta do julgador na imputação penal formulada pelo Ministério Público. É que o *caput* do art. 384, do CPP, afora outras complicações apontadas pela doutrina, permitia ao próprio juiz a formulação de uma nova imputação penal de acordo com os elementos dos autos.

Dentro desse mesmo contexto, a parte final do art. 385, do CPC, que possibilita ao juiz tomar conhecimento de agravantes, mesmo que nenhuma tenha sido alegada, também passou a ser duramente criticada pela doutrina após o advento da CF/88, na medida em que implicava verdadeiro desrespeito ao sistema acusatório e aos princípios da congruência, do contraditório e da ampla defesa. Não obstante isso, a jurisprudência ainda admitia a possibilidade descrita na parte final do art. 385, do CPP, sob o entendimento de que “O reconhecimento de agravante não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, por força do art. 385, do CPP”².

Ocorre que, embora a Lei 11.719/2008 não tenha revogado expressamente a parte final do art. 385, não há como se entender pela sua normal aplicabilidade, tendo em conta a nova sistemática da *mutatio libelli*, que será adiante exposta.

2. Sistema Acusatório e o Princípio da Congruência

Em linhas gerais, a doutrina separa os sistemas de aplicação da lei penal em dois pólos principais: inquisitorial e acusatório. Também se fala muito no sistema misto, mas, por apenas retratar um procedimento dividido em duas fases, sendo uma com características inquisitoriais e outra seguindo a linha acusatória, não necessita, neste breve trabalho, de análise mais específica.

Embora existam outras marcantes diferenças entre o sistema inquisitorial e o acusatório, como a questão do sigilo, do direito ao contraditório, da presunção de inocência, da imparcialidade do julgador, que têm distintas compreensões nos dois modelos, pode-se dizer que a marca fundamental distintiva entre ambos é que, no primeiro sistema, não há nítida separação entre as funções de acusar e de julgar. Já no segundo, tais funções são atribuídas a titulares diversos.

No Brasil, a doutrina, desde o advento da CF/88, sustenta a vigência do segundo modelo (acusatório), de acordo com o art. 129, I, da Constituição da República, e com as demais garantias previstas no texto constitucional, a exemplo do direito ao contraditório (art. 5º, LV) e à presunção de inocência (art. 5º, LVII). Sobre esse sistema no atual contexto, Aury Lopes Jr. pontua que

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois evita-se eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de sua labor investigadora e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação.

Em decorrência dos postulados do sistema, em proporção inversa à inatividade do juiz no processo está a atividade das partes. Frente à imposta inércia do julgador se produz um significativo aumento da responsabilidade das partes, já que têm o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos. Isso exige uma maior responsabilidade e grau técnico dos profissionais do Direito que atuam no processo penal.

(...)

Frente ao inconveniente de ter que suportar uma atividade incompleta das partes (preço a ser pago pelo sistema acusatório), o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética e não destruí-la, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz.³

Embora não se possa falar em um sistema acusatório puro (ou em grau tão acentuado como se sustentou na transcrição acima) no nosso ordenamento, tendo em vista os vários temperamentos ainda existentes na legislação, a exemplo dos resquícios de iniciativa probatória do julgador, dentre outros pontos, o fato é que a doutrina e a jurisprudência são acordes quanto à adoção de tal modelo em nosso ordenamento constitucional. Em razão disso, a regra é a repartição entre as funções de acusar e julgar, e, como decorrência, a imputação penal não é a que o julgador entende mais adequada e sim aquela formulada pelo órgão de acusação.

Dentro desse contexto e intimamente ligado a isso, tem-se o princípio da congruência, também chamado por outros de princípio da correlação ou adstrição. De acordo com tal princípio, deve haver correlação entre os fatos descritos na denúncia ou queixa e a condenação. Ou seja, o juiz não pode julgar *extra petita*, *ultra* ou *citra petita*. O julgador deve limitar-se ao que posto na imputação inicial e aos eventuais aditamentos existentes no curso do feito.

Além disso, vê-se que aí não se tem apenas obediência ao princípio da congruência, mas também ligação com a própria imparcialidade do julgador, pois a atuação jurisdicional substitutiva da função ministerial é apta a infirmar o primado da imparcialidade, conforme se tem defendido⁴. E mais, é de se ver também aí um mecanismo de respeito ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que o acusado vai pautar toda a sua estratégia processual de acordo com a imputação posta,

ou seja, a defesa e a dialética processual não são tidas abstratamente, mas, sim, de acordo com o que a acusação colocou em debate. Portanto, para fins de se garantir o devido contraditório e a ampla defesa, o acusado tem o direito de saber previamente toda a extensão dos fatos que lhe são imputados. E daí a pertinência do que disposto no art. 41, do CPP, que, ao tratar dos requisitos da denúncia ou queixa, é peremptório no sentido de que o fato criminoso deverá ser exposto *com todas as suas circunstâncias*.

3. *Mutatio Libelli*: Nova Compreensão

A fim de melhor adequar o CPP (editado na década de 40 sob regime autoritário) às diretrizes da nossa Constituição Federal, a Lei 11.719 promoveu alterações no art. 384, que trata do instituto da *mutatio libelli*.

O instituto em comento não se confunde com o descrito no art. 383, do CPP, que versa sobre a *emendatio libelli*. Na

mutatio, não há mera adequação da tipificação atribuída aos fatos já narrados na denúncia ou queixa, mas, sim, de alteração da própria imputação fática. Em vista disso, tem-se aí um tema sensível ao sistema acusatório, porque intimamente ligado ao marco divisório entre as funções de acusar e de julgar, bem como aos princípios da ampla defesa e do contraditório, na medida em que, alterada a imputação, deve-se permitir ao acusado oportunidade de contraditar a nova fórmula que lhe é trazida.

Como já dito, nos moldes anteriores, tal instituto foi duramente criticado

pela doutrina após o advento da CF/88 (principalmente o antigo *caput* do art. 384), porque, dentre outros problemas (que aqui deixo de citar para não haver alongamento desnecessário), permitia ao juiz interferir diretamente na imputação inicial, a partir de fatos e circunstâncias que julgasse provados no curso da instrução e não estivesse exposto na denúncia. Isso decorria da própria interpretação literal do *caput* do mencionado dispositivo, cuja redação era no sentido de que:

Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

“... a Lei 11.719/08 retirou a interferência direta do julgador na imputação penal, de maneira a superar a possibilidade de quebra entre as funções de acusar e julgar.”

A fim de elucidar melhor as críticas formuladas pela doutrina, eis o seguinte texto:

Ora, o expediente é autoritário na exata medida em que permite iniciativa *postulatória* do próprio órgão da jurisdição penal. Autoritarismo que, aliás, colide de frente com o nosso modelo acusatório, que reserva a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público, *com privatividade*. Quem detém a titularidade da ação é justamente quem pode se convencer da existência de fato novo, ou *circunstância elementar*, que poderia implicar a alteração da acusação, com a conseqüente alteração da definição jurídica.

Não sabemos ainda a que atribuir o fato dessa questão não ter sido ainda objeto de maiores indagações nas Cortes superiores, tendo em vista a sua manifesta incompatibilidade com a norma constitucional instituidora da titularidade ministerial para a acusação penal pública (art. 129, I).⁵ (destaques do original)

Justamente para eliminar tais críticas e adequar o instituto à ordem constitucional vigente, a Lei 11.719/08 retirou a interferência direta do julgador na imputação penal, de maneira a superar a possibilidade de quebra entre as funções de acusar e julgar. Foram, então, revogadas as antigas redações do *caput* e do parágrafo único, para determinar que a eventual alteração jurídica do fato, sempre partirá de aditamento por parte do Ministério Público, a saber:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Além de superar essa distorção do sistema anterior, vê-se aí que o aditamento não é apenas para a inclusão de *elementares*, mas também para a inserção de *circunstâncias*.

É importante salientar que, por conta disso, o legislador colocou fim a outro ponto de dificuldade na antiga redação do *caput* do art. 384. Antes da alteração, a Lei previa a possibilidade de nova definição jurídica do fato em caso de exis-

tência *circunstância elementar*. Havia dificuldade em se determinar o exato alcance de tal expressão, porque o CPP fez a fusão de dois institutos diversos de direito penal: elementares e circunstâncias.

Explicando a diferença entre elementares e circunstâncias, tem-se o seguinte:

Circunstância deriva de *circum stare*, “estar ao redor”. Tratando-se de crime, circunstância é todo fato ou dado que se encontra em redor do delito. É um dado eventual, que pode existir ou não, sem que o crime seja excluído.

Tomando, p. ex., o crime de homicídio, as elementares estão contidas na definição “matar alguém”. As expressões *matar* e *alguém* constituem elementos ou elementares do crime. No furto, as elementares se encontram na descrição “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”.

Ao lado dos elementos que compõem o crime, podem concorrer certos dados ou fatos, de natureza objetiva ou subjetiva, com função específica de aumentar ou diminuir a pena. Não incidem sobre a qualidade do crime, mas sobre a quantidade da pena. São as circunstâncias. (...)” (destaques do original).⁶

Com a nova redação, também restou superada essa questão.

Para finalizar, vê-se que o instituto da *mutatio*, na nova sistemática, se apresenta bem mais adequado ao sistema acusatório, na medida em que não mais existe aquela possibilidade

descrita no *caput* revogado, que significava verdadeira confusão entre as figuras de julgador e órgão de acusação. Além disso, vê-se que não há mais dúvida sobre a necessidade de aditamento para a inclusão de elementares e circunstâncias.

4. Revogação da Parte Final do Art. 385, do CPP

Segundo nosso entendimento, mesmo antes do advento da Lei 11.719/08, a parte final do art. 385, do CPP, já não mais era compatível com a ordem constitucional vigente a partir de 1988. Ora, como admitir que o juiz tome em conta, no momento de condenar, circunstâncias agravantes, que têm imediata repercussão na fixação da pena, sem que tais sequer sejam levantadas pela acusação?

Tem-se aí evidente violação ao sistema acusatório, pois o

“... para se considerar determinada circunstância agravante numa eventual condenação, deve haver imputação prévia, seja na denúncia ou em eventual aditamento.”

jugador estaria interferindo diretamente na imputação trazida pelo órgão de acusação, o que contraria frontalmente o art. 129, I, da CF. Nesse sentido, tem-se o seguinte posicionamento:

(...) entendemos que perdeu o legislador a oportunidade de revogar expressamente o art. 385 do Código de Processo Penal, acabando com a possibilidade do Juiz “proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes embora nenhuma tenha sido alegada, disposição que não foi recepcionada pela Constituição Federal, especialmente pelo art. 129, I.⁷

Também, segundo nosso pensar, existiria violação patente aos princípios da congruência, da ampla defesa e do contraditório.

Violação ao princípio da congruência, porque o art. 41, do CPP, sempre foi claro ao prever que “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias (...)”. Como já visto, o termo *circunstância* tem sentido técnico-jurídico em direito penal que o julgador não pode desconsiderar. Sabe-se que as agravantes referidas no art. 385, do CPP, são também circunstâncias, cuja listagem geral é a dos arts. 61 e 62, do CP. Assim sendo, para se considerar determinada circunstância agravante numa eventual condenação, deve haver imputação prévia, seja na denúncia ou em eventual aditamento.

A afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório aconteceria, porque o acusado tem o direito de saber previamente toda a imputação que lhe é feita. Isso é necessário para que possa traçar sua estratégia processual, o que abrange pensar nas teses jurídicas em seu favor e nas provas que vai produzir durante a instrução. Portanto, não se deve admitir qualquer surpresa que inviabilize a contradita por parte do acusado.

Não obstante tais argumentos, a jurisprudência ainda admitia a aplicação do mencionado dispositivo, conforme o julgado (vide nota 2) do Superior Tribunal de Justiça já mencionado, que aqui se relembra: “O reconhecimento de agravante não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, por força do art. 385, do CPP”. E mais, a própria doutrina era vacilante sobre o assunto, conforme reconhece Guilherme Nucci na seguinte passagem do seu Código de Processo Penal Comentado:

37. Reconhecimento, de ofício, de agravantes: as agravantes são causas legais e genéricas de aumento de pena, não pertencentes ao tipo penal, razão pela qual não necessitam fazer parte da imputação. São de conhecimento das partes, que, desejando, podem,

de antemão, sustentar a existência de alguma delas ou rechaçá-las todas. O fato é que o magistrado não está vinculado a um pedido da acusação para reconhecê-las. Em posição contrária, conferir o magistério de Antonio Scarance Fernandes: “Deve-se, assim, entender que o juiz não pode, sem pedido do promotor, aplicar as circunstâncias agravantes típicas, interpretando-se o art. 385, do Código de Processo Penal, de maneira condizente com as regras do devido processo legal. O juiz poderia, com base nesse dispositivo, aplicar as circunstâncias judiciais não as legais, sem pedido do promotor. Com esta leitura do art. 385, seria necessário contraditório prévio sobre as circunstâncias agravantes para serem levadas em conta pelo juiz” (*Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, p. 313). Preferimos manter o nosso entendimento de que o magistrado não está atrelado ao pedido de reconhecimento das agravantes, feito pela acusação, para poder aplicar um ou mais das existentes no rol do art. 61 do Código Penal (além de outras que, porventura, surjam em leis especiais) (...).⁸

Ocorre que, com a nova sistemática introduzida pela Lei 11.719/08, não há mais como defender esse posicionamento.

O novo *caput* do art. 384, do CPP, é expresso em determinar que, encerrada a instrução, o Ministério Público deverá aditar a denúncia “(...) se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação (...)” (destaque nosso). Por conta de tal previsão, a nova definição jurídica do fato deve sempre partir do Ministério Público. Além disso, o aditamento deve abranger não apenas as elementares, como também as circunstâncias agravantes.

Se antes, o silêncio do art. 384, do CPP, em mencionar as circunstâncias agravantes poderia justificar a defesa da interpretação literal do art. 385, parte final, que só se referia a *circunstância elementar*, de maneira a se entender que a *mutatio* só seria necessária para elementares e não para agravantes, tal não mais se sustenta, pois, como já dito, a inclusão de nova definição jurídica depende de iniciativa do Ministério Público e abrange qualquer das duas modalidades (circunstância e elementar).

Não é só isso!

Caso não exista tal aditamento, o § 1º do art. 384, do CPP, já indica a solução caso o julgador vislumbre uma agravante não suscitada pela acusação. Deve-se valer do disposto no art. 28, do CPP, de maneira que a decisão sobre o aditamento, ou não, sempre ficará a cargo do Ministério Público.

Logo, não há mais espaço para o julgador tomar, diretamente, qualquer agravante em consideração, sem que haja aditamento.

E mais, ao contrário da parte final do art. 385, do CPP, que possibilitava o juiz, de logo, levar em consideração a agravante sem possibilitar qualquer contradita por parte do acusado, a nova sistemática impõe prévio contraditório e possibilita produção de prova, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo legal.

Assim, vê-se que a mera aplicação do que disposto na parte final do art. 385, do CPP, não mais guarda pertinência com o novo sistema da *mutatio libelli*.

5. Conclusão

Com base em tudo o que dito, conclui-se que, mesmo que se considere o art. 385, parte final, do CPP, recepcionado pela CF/88, com o advento da Lei 11.719/08, houve sua revogação tácita. É que a nova sistemática da *mutatio libelli* evidencia total incompatibilidade entre o dispositivo já mencionado e o atual art. 384, do CCP, no qual as circunstâncias agravantes, para serem consideradas em eventual condenação, sempre dependem de aditamento por parte da acusação e prévio contraditório.

6. Referências Bibliográficas

- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal 1º Volume – Parte Geral**. 22ª ed., rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A reforma do Código de Processo Penal**. Procedimentos. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, nº 1854, 29 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11546>>. Acesso em: 29 jul. 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 677.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed., rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 10-11.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed., rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 616.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal 1º Volume – Parte Geral**. 22ª ed., rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 551.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A reforma do Código de Processo Penal**. Procedimentos. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, nº 1854, 29 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11546>>. Acesso em: 29 jul. 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 677.

Notas

¹ Gabriel Queiroz é Juiz Federal Substituto da 13ª Vara da Seção Judiciária de Goiás. Pós-graduado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Ex-Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. Habeas Corpus n. 89.124/DF. Relator: Min. Félix Fischer. Decisão unânime. Brasília, 13.11.07. DJ de 10.12.2007, p. 418.

³ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 155.

⁴ Sobre o assunto, vide: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed., rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 10-11.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed., rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 616.

⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal 1º Volume – Parte Geral**. 22ª ed., rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 551.

⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A reforma do Código de Processo Penal**. Procedimentos. Jus Navegandi, Teresina, ano 12, nº 1854, 29 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11546>>. Acesso em: 29 jul. 2008.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 677.

Expediente

Coordenação:

Valtan Timbó Martins Mendes Furtado
vfurtado@prdf.mpf.gov.br

Supervisão:

Adriana Zawada Melo
amelo@prsp.mpf.gov.br

Conselho Editorial:

Adriana Zawada Melo
Flávio Paixão de Moura Júnior
Letícia Pohl Martello
Marcus da Penha Souza Lima
Roberto Luís Oppermann Thomé
Valtan Timbó Martins Mendes Furtado

Organização:

Assessoria de Comunicação da Fundação
Procurador Pedro Jorge:
Marcos Gomes de Paula Novaes
Coordenação de Projetos e Evento da Fundação
Procurador Pedro Jorge:
Maya Terra Figueiredo

Editoração Eletrônica:

Remat Marketing & Propaganda

Tiragem:

2.500 exemplares

Fundação Procurador

Pedro Jorge de Melo e Silva (FPJ)

SGAS Qd. 604, Lote 23, Sala 27, Av. L2 Sul
CEP: 70.200-640 – Brasília (DF)
Tel: (61) 3321-5414 – Fax: (61) 3321-1495
www.fundacaopedrojorge.org.br
fundacao@fundacaopedrojorge.org.br

Diretoria Executiva

Diretora Geral: Eliana Peres Torelly de Carvalho
Diretor Administrativo: Moacir Mendes Souza
Diretor Financeiro: Valtan Timbó Martins Mendes Furtado
Diretor de Ensino e Projetos: Marcus da Penha Souza Lima

Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR)

Presidente

Antônio Carlos Alpino Bigonha

Vice-Presidente

Wellington Cabral Saraiva

Diretora Cultural

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Realização



Fundação Procurador
Pedro Jorge de Melo e Silva

Apoio

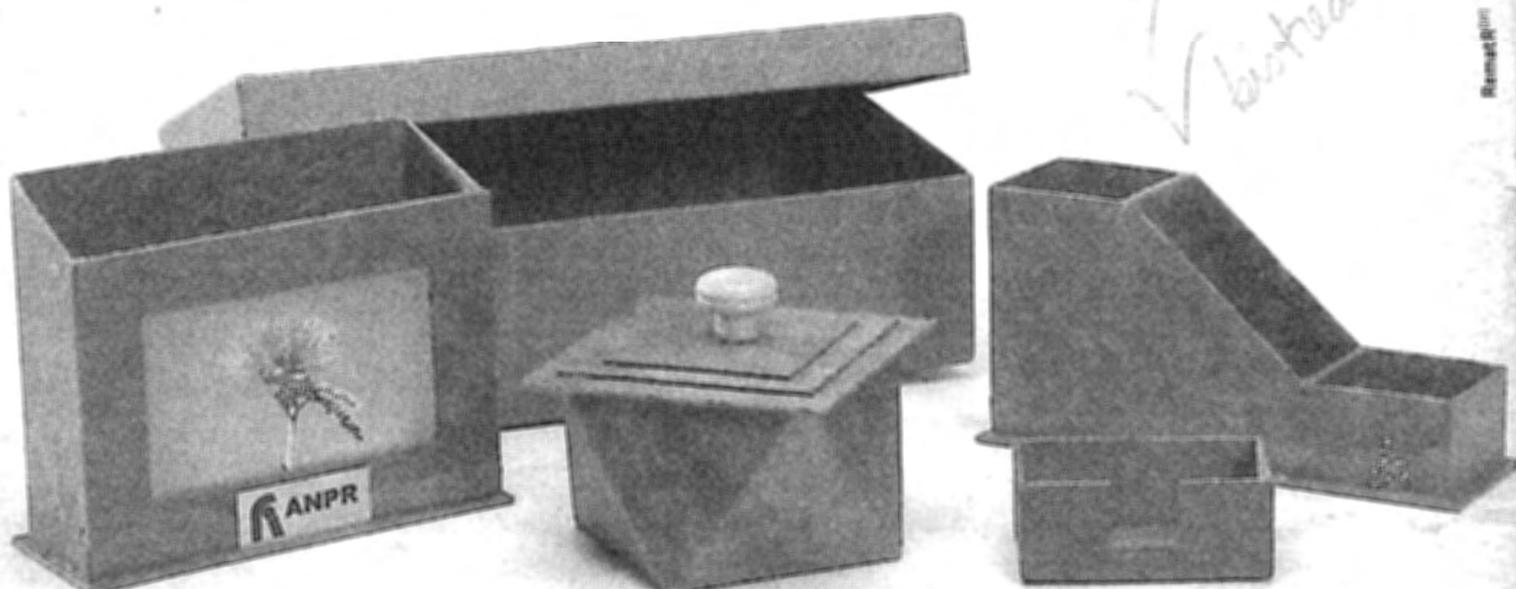


ANPR
Associação Nacional dos
Procuradores da República

Código ISSN: N° 1519-3802

Os artigos publicados no Boletim dos Procuradores da República são de inteira responsabilidade de seus autores e não refletem a posição da Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva sobre os temas e discussões propostos nesta publicação.

Ser solidário é o primeiro passo
para transformar o mundo em um lugar melhor.
Nosso trabalho é uma prova disso.



Remat@un



Gerando emprego, renda e melhores oportunidades de vida
para milhares de famílias, a FPJ contribui cada vez mais
para a formação de uma sociedade justa, livre e solidária.

Acesse www.fundacaopedrojorge.org.br
e conheça mais sobre os projetos da fundação.

