

RETROSPECTIVA 2009: O ano termina com quase meio milhão de presos

Este texto sobre **Direito Penal** faz parte da **Retrospectiva 2009**, série de artigos sobre os principais fatos nas diferentes áreas do Direito rmina.



Spacca" data-GUID="luis_guilherme_vieira.jpeg">Em 2007, já se

afirmava, sobre as principais decisões do STF, do STJ, e da maioria dos tribunais inferiores, em matéria penal, uma

“trajetória descontínua, marcada por avanços e retrocessos, no tocante à eficácia do conjunto de direitos e garantias constitucionais do acusado. Em um cenário como este, não é possível se determinar, com segurança, uma tendência predominante, seja no sentido de uma jurisprudência mais rigorosa, em conformidade com um direito penal de forte característica punitiva, seja na linha oposta, de uma jurisprudência de matiz garantista, no marco de um Direito Penal menos retribucionista e mais humanitário”

.

[1]

2009 não é diferente. Deixa para trás (poucas) decisões importantes, outras lamentáveis, que marcam as incertezas dos tempos atuais. A crise global, a “prosperidade” decorrente da “marolinha” etc., tudo a influenciar, sobretudo, o comportamento dos cidadãos e do Judiciário.



Juizes e demais atores do direito penal não tiveram tempo suficiente para digerir, à força, os efeitos da (nefasta) reforma processual penal (Leis 11.689, 11.690 e 11.719 de junho de 2008). O processo digitalizado, num País de excluídos (recentes pesquisas indicam que somente 7% da população tem acesso a internet), impulsionado pelo Superior Tribunal de Justiça, e a Meta 2 (meta é Justiça, não julgamentos açodados), do Conselho Nacional de Justiça, são desafios que só o tempo será capaz de revelar o acerto.

No plano legislativo, seguindo tendência de constitucionalização do processo, com a aceitação de regras e garantias fundamentais, o ano iniciou com a elaboração, por Comissão de Juristas^[2] instituída pelo Senado Federal, de anteprojeto do Código de Processo Penal (PLS 156/2009). Nele estabelecem-se, em síntese, direitos e garantias, e, especialmente, regras de interpretação, a fim de evitar os conhecidos “contorcionismos” realizados pela utilização dos “princípios” da proporcionalidade e razoabilidade, invariavelmente empregados contra os cidadãos, no verbo ministro Eros Grau, quando do julgamento do HC 95.009.

Por lamentável, o texto não foi submetido, como desejo dos membros da Comissão, à sociedade civil, para discussão e debate. Foi ele transformado, à socapa, em projeto de lei, retirando, assim, a real possibilidade de se debater, com tranquilidade necessária, sobre seus avanços e retrocessos. O Legislativo tem tempo próprio; diferente, pode-se dizer. Este tempo, no mais das vezes, sempre vai de encontro ao necessário para que projetos de leis de tal envergadura sejam debatidos e amadurecidos. Não por outro motivo, temos leis e mais leis que não se prestam a absolutamente nada. Resta agora, tão só, que o Congresso Nacional, que vem realizando audiências públicas pífias, tenha calma, bastante calma, antes de oferecer, ao Brasil, um CPP que se coadune com a realidade do século XXI.

De curioso, observa-se que o Supremo Tribunal Federal teve número menor de processos penais autuados (1.333, em 2008 foram 1.553, e, em 2007 foram 5.655).^[3] Em contrapartida, o de ordens concedidas em *habeas corpus* foi maior (364 concedidas, 305 integralmente, 30 de ofício e 31 parciais) do que em 2008 (355 concedidas, 34 parciais). Isto, por si só, indica que a constitucionalização do processo leva tempo para contaminar os demais graus de jurisdição, que não conseguem, ou não desejam, bem interpretar a Carta de 1988.

Entre os julgados, alguns se destacaram por sua repercussão, (re)marcando evolução jurisprudencial ou consolidando-a, com a edição de súmulas vinculantes. Para o direito criminal, destacam-se as de nº 9, 11 e 14.

Às vésperas do carnaval passado editou-se a Súmula Vinculante nº 14 (STF, DJe de 9/2/2009), pacificando entendimento no sentido de que não se vive mais num *Estado de segredos*, mas, sim, num Estado democrático onde todos estão sujeitos ao controle e às regras do jogo processual – de cartas na mesa, e não cartas na manga: “*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.*”

Outros temas, como a presunção de inocência, vêm sofrendo tratamento não uniformizado. O Plenário do STF firmou posicionamento, no HC 84.078 (STF, Pleno, rel. min. Eros Grau, j. em 5/2/2009), ao



declarar a inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena. Grande avanço à presunção de inocência e ao princípio que a consagra. Por outro lado, no writ 83.868 (STF, Pleno, rel. p/ acórdão min. Ellen Gracie, DJe de 16/4/2009), decidiu-se pela constitucionalidade, mediante interpretação conforme à Constituição, do art. 3º, da Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais) – que prevê que “*em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade*”. Em suma, a vedação é válida desde que obedeça a (óbvia) regra de que toda decisão judicial tem de ser fundamentada, pena de nulidade (art. 93, IX, da CRFB).

A (famigerada) Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) foi, por maioria, declarada, integralmente, não-recepcionada pelo novo ordenamento jurídico inaugurado com a Carta Cidadã, incluindo-se, aí, seus dispositivos penais e processuais penais, no julgamento da ADPF 130 (STF, Pleno, rel. min. Carlos Britto, DJe de 26/2/2009). O julgamento, desde então (a bem dizer, desde a concessão da medida liminar), dos crimes cometidos por intermédio da imprensa passam a seguir as regras do Código Penal e do Código de Processo Penal. Um problema ficou para ser decidido pelos tribunais: o direito de resposta. O tempo dirá se, no ponto, o País está maduro para encarar situações cada vez mais delicadas que se apresentam no cotidiano.

No HC 93.482 (2ª Turma, rel. min. Celso de Mello, DJe de 6/3/2009), solidificou-se importante precedente (HC 95.749, STF, rel. min. Eros Grau, DJe de 6/11/2008) no sentido de se aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando o valor do tributo devido for inferior a R\$ 10.000,00. “*O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.*” Isto pode desafogar, um pouco, o Judiciário, em que pese sejam duvidosos os critérios de direito penal utilizados (e suas consequências em todos os planos).

Definiu-se, também, no HC 89.976 (Pleno, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 24/4/2009), que os princípios constitucionais da individualização da pena e a irretroatividade da lei penal mais gravosa possuem primazia, tendo sido admitida a substituição da prisão em regime fechado inicial por pena restritiva de direitos em casos de condenados por tráfico de drogas por lei anterior à 11.343/2006.

Garantindo o amplo acesso à Justiça, o Plenário do STF, por ocasião do julgamento do HC 85.961 (rel. min. Marco Aurélio, DJe de 16/4/2009), decidiu pela absoluta incompatibilidade (não-recepção) entre o texto do art. 580, do CPP, e a Constituição, permitindo-se, portanto, ao réu foragido interpor apelação para discutir o mérito do caso penal.

Os poderes investigatórios do Ministério Público foram parcialmente tratados no julgamento do HC 89.837 (STF, 2ª Turma, rel. min. Celso de Mello, DJe de 19/11/2009), no qual decidiu-se pela possibilidade de investigação pelo *parquet*, com obediência a todos os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Em resumo: enquanto fiel ao Estado democrático de direito e ao devido processo legal, bem como às outras garantias inseridas na Constituição. Pende, sobre a matéria, o julgamento da ADI 3.836, posta pela Ordem dos Advogados do Brasil, e a ADI 3.806, posta pela Associação dos Delegados de Polícia, ambas de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski. Enfim, águas ainda vão rolar...

A Ação Penal 470, do STF, sempre será considerada um dos importantes processos em andamento na



Corte Constitucional brasileira, eis que a cada momento está a testar sua capacidade em processar feitos de sua competência, No curso dela, destaca-se, dentre outras, decisão proferida na sessão de 10/2/2009, que determinou que os réus devem, na contramão do que reza o CPP, custear despesas com oitivas de testemunhas com domicílio no exterior, bem como fixou-se prazo determinado para as que possuem prerrogativas de serem ouvidas em dia, horário e local de sua preferência.

No julgamento do HC 96.099 (Pleno, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe de 4/6/2009) estabeleceu-se que a arma de fogo, mesmo sem perícia, qualifica crime de roubo e agrava sua pena, em evidente afronta ao princípio da lesividade, privilegiando-se, em decorrência, um direito penal de riscos abstrato e indeterminado.

Consolidou-se, por lamentável, alterando-se a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 109.456 (STJ, 3ª Seção, rel. min. Jane Silva, DJe de 19/10/2009), que o julgamento por turmas compostas em sua maioria por juízes convocados não fere o princípio do juiz natural (e o que fere, então?!).

Neste mês de dezembro, editou-se Emenda regimental (2/12/2009) que altera o art. 21-A, do RISTF, permitindo, ao relator, *“nos processos penais de competência originária, convocar juízes ou desembargadores para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato, bem como definir os limites de sua atuação”*. A medida é importante para que a competência originária do STF possa ser mantida com a agilidade necessária, sempre sob a supervisão do relator. A emenda surgiu mediante a edição da Lei nº 12.019/2009 (é esperar, porque ADIs, por certo, serão ajuizadas).

Ainda em dezembro, foi aprovada, em 2/12/2009, a Proposta de Súmula Vinculante nº 29: *“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”*, matéria que apesar de assentada em diversos precedentes (por todos, HC 81.611, STF, DJe 13/5/2005, Pleno, rel. ministro Sepúlveda Pertence) com considerável frequência acomete aos tribunais superiores e inferiores.

Entre as causas que estão por ser definidas, destaca-se o HC 96.007 (1ª Turma, rel. min. Marco Aurélio), no qual será julgado se o conceito de organização criminosa (o que é mesmo organização criminosa?!) pode ser considerado um tipo penal para os efeitos de ser havido como antecedente à lavagem de dinheiro, estando em jogo o princípio da legalidade.

A título de conclusão, tal qual patenteado em 2007, tem-se a oscilação, no âmbito do STF, do STJ e de tribunais inferiores entre distintos fundamentos de interpretação da lei e sua aplicação no caso concreto – ora prestigiando um direito penal de indubitosa inspiração retribucionista, ora fazendo prevalecer um direito penal garantista – desencoraja qualquer tentativa de definição sobre qual dos “dois direitos” irá prevalecer – e se consolidar – no ano de 2010.

“Certo é que, se a pretensão é construir uma sociedade mais justa e democrática, não se pode deixar de fora o Direito Penal que, na vigência do Estado democrático de direito, não se confunde com as técnicas do “combate entre a lei e o criminoso”, com o Estado Policial. (...) Depende da sociedade brasileira e de nossas instituições a mudança da cultura policial para a cultura constitucional; depende, sobretudo dos Tribunais Superiores, assumir a liderança na realização dessa passagem, dessa mudança de paradigma do Direito Penal brasileiro”



[4]

Por fim, não há como esquecer que 2009 finda com quase meio milhão de presos (presos em condições desumanas, para falar sempre o menos), destes, percentual significativo de provisórios, com idades que variam de 18 a 24 anos. Talvez agora, com a edição do Termo de Acordo de Cooperação Técnica N° 111/2009, firmado, em 15/12/2009, pelos presidentes dos Conselhos Nacional de Justiça, do Ministério Público e o de Política Criminal e Penitenciária chegue-se a um fecho melhor do que o dos anos anteriores, onde a vergonha do sistema penitenciário, vergonha nacional, pontificou.

Brindemos 2010 com a moderação imposta pela Lei Seca. Há de se ficar atento, porque os abutres da direita e da esquerda punitiva estão, e sempre estarão, às espreitas, mormente em ano eleitoral, onde o importante é o fato (principalmente o político), não sua consequência.

[1] http://www.conjur.com.br/2008-jan-04/justica_vive_dilema_garantir_direito_combater_crime, acessado em 20/12/2009.

[2] Composta por Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

[3] www.stf.jus.br

[4] http://www.conjur.com.br/2008-jan-04/justica_vive_dilema_garantir_direito_combater_crime, acessado em 20/12/2009.

Date Created

29/12/2009