

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 2003.051.00073

RECORRENTE: XXX

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO

JUÍZO DE ORIGEM: 1.^a VARA CRIMINAL DA COMARCA DE VOLTA REDONDA

RELATOR: DESEMBARGADOR GERALDO PRADO

Artigo 121, § 2.º, incisos III e IV, do Código Penal.

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROCESSO PENAL. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. RÉU REVEL A QUEM SE IMPUTA PARTICIPAÇÃO NA CONDUTA CRIMINOSA. CORRÉU AUTOR DO CRIME CONDENADO, EM PLENÁRIO, PELA PRÁTICA DOS CRIMES DEFINIDOS NOS ARTIGOS 129, § 1.º, INCISO I, e 121, § 3.º, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA. DECISÃO DOS JURADOS QUE, TODAVIA, ANULA OS INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA LEVADOS EM CONTA PARA A PROLAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA DESPRONUNCIAR O ACUSADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. Recorrente pronunciado para responder, perante o Tribunal do Júri, como partícipe de conduta definida como crime no artigo 121, § 2.º, incisos III e IV, do Código Penal. Processo que perdura por quase quatorze anos. Corréu, autor do crime imputado ao recorrente, condenado pelo Tribunal do Júri como incurso nas sanções dos artigos 129, § 1.º, inciso I, e 121, § 3.º, ambos do Código Penal, antes mesmo da pronúncia do recorrente. Inaplicabilidade do artigo 580 do Código de Processo Penal. Coisa julgada como

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

garantia não só do acusado, destinada a proibir o *bis in idem*, mas ainda de terceiros estranhos à relação processual, no caso o recorrente XXX, em relação ao qual o processo foi desmembrado por conta da revelia. Ampla defesa e contraditório (artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição da República). Impossibilidade de extensão da sentença condenatória do corréu ao ora recorrente. Decisão dos jurados que, todavia, impõe reconhecer a ausência de indícios mínimos que sustentem a pronúncia. Consequente despronúncia do recorrente. Penas aplicadas ao corréu YYY, de 1 (um) ano de reclusão e 1 (um) ano de detenção, que servem de parâmetro para a contagem do prazo prescricional em relação a XXX. Recebimento do aditamento subjetivo à denúncia datado de 12 de novembro de 1996. Decisão de pronúncia proferida no dia 08 de maio de 2002, mais de cinco anos depois. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, operada em 12 de novembro de 2000, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal. Punibilidade que se declara extinta.

RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº. 2003.051.00073, em que é recorrente XXX e recorrido o MINISTÉRIO PÚBLICO.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

ACORDAM, **por unanimidade**, os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de julgamento realizada no dia 24 de junho de 2010, em conhecer o recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO** para **despronunciar** o recorrente e julgar **extinta a punibilidade do fato** em relação a ele, na forma do artigo 107, inciso IV, c/c/ artigo 109, inciso V, ambos do Código Penal, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Presidiu o julgamento o Desembargador Luiz Felipe Haddad. Votaram como vogais os Desembargadores Cairo Ítalo França David e Maria Helena Salcedo Magalhães.

Rio de Janeiro, 24 de junho de 2010.

DESEMBARGADOR GERALDO PRADO

RELATOR

RELATÓRIO

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

YYY foi denunciado porque, em tese, no dia 13 de abril de 1996, por volta das 19:00, na porta da residência da vítima, na Rua do Rio Piabanha, n.º 369, casa 16, Água Limpa, Volta Redonda/RJ, ofendeu a integridade física de ZZZ, mediante socos, causando-lhe lesões que lhe determinaram a incapacidade para as ocupações habituais da lesada.

Após a intervenção do marido da vítima, Sr. BBB, vizinho teriam apartado a briga, tendo o réu ido à sua casa, apanhado uma faca e retornado para, com vontade de matar, desferir inúmeras facadas contra BBB, causando-lhe lesões que foram a causa eficiente de seu óbito.

De acordo com a denúncia, o crime de homicídio foi praticado por meio cruel, uma vez que o acusado “desferiu número excessivo de facadas contra a vítima a causarem nesta assoberbado sofrimento”.

Finalmente, a inicial afirma que o réu se utilizou de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, já que a primeira facada foi desferida pelas costas, de modo a surpreendê-la.

Às fls. 95/6, o Ministério Público aditou a denúncia para incluir XXX no polo passivo da ação penal, afirmando que ele concorreu eficazmente para a execução do crime, haja vista que, “aderindo dolosamente à conduta do primeiro denunciado, segurou a vítima a fim de que não pudesse a mesma reagir às facadas contra si desferidas por este”.

Além disso, o Ministério Público afirmou que, além de a primeira facada ter sido desferida pelas costas, o fato de XXX ter segurado a vítima também configura recurso que impossibilitou sua defesa.

À fl. 101, foi determinado o desmembramento do processo.

XXX foi citado por edital (fls. 139/40), e o processo seguiu à sua revelia (fls. 142v/3v).

A juíza *a quo*, no dia 08 de maio de 2002, pronunciou o recorrente para que responda, perante o Tribunal do Júri, pela prática do crime definido no artigo 121, § 2.º, incisos III e IV, do Código Penal (fls. 273/8).

Inconformada, a Defesa interpõe este Recurso em Sentido Estrito, por meio do qual postula a declaração da nulidade da citação e de todos os atos processuais

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

subsequentes e, subsidiariamente, a exclusão da qualificadora relativa ao recurso que impossibilitou a defesa da vítima (fls. 396/403).

Nas contrarrazões de fls. 406/12, o Ministério Público requereu o desprovimento do recurso.

Em juízo de retratação às fls. 415/v, a juíza de primeiro grau manteve a decisão.

A Procuradoria de Justiça, à fl. 422, requereu a suspensão do processo até a localização do acusado, o que foi atendido pela e. Desembargadora Relatora que me antecedeu à fl. 431, tendo o processo voltado ao juízo de origem a fim de que se procedesse às diligências necessárias à intimação do réu.

As tentativas, contudo, não tiveram êxito e, com a requisição dos autos do Processo pelo e. Presidente desta E. Câmara Criminal, determinei a sua remessa à d. Procuradoria de Justiça, que opinou, por intermédio da d. Procuradora de Justiça Lígia Portes Santos, pelo desprovimento do recurso (fls. 600/3).

À fl. 606, determinei o apensamento do processo n.º 0000799-79.1996.19.0066 a este processo, o que foi atendido à fl. 609.

Em novo parecer às fls. 312/4, a d. Procuradoria de Justiça opinou pela absolvição do recorrente.

É o relatório.

VOTO

A Defesa postula a declaração da nulidade da citação e de todos os atos processuais subsequentes e, subsidiariamente, a exclusão da qualificadora relativa ao recurso que impossibilitou a defesa da vítima (fls. 396/403).

A hipótese é de provimento deste recurso, contudo em limites mais extensos do que os propostos nas razões de fls. 396/403 e por fundamentos distintos. Por isso mesmo, já que a decisão será mais favorável ao réu do que o acolhimento da pretensão deduzida nesta sede recursal, deixo de analisar os pedidos formulados pela Defesa.

Inicialmente, o Ministério Público ofereceu denúncia apenas em face de YYY, ao qual imputou a conduta de, com *animus necandi*, desferir diversas facadas

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

contra BBB, causando sua morte (fls. 02/3), mediante emprego de meio cruel e recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Após a instrução, aditou-se a inicial subjetivamente (fls. 95/6), para incluir no polo passivo do processo penal o recorrente XXX, que foi acusado da praticar a seguinte conduta:

O segundo denunciado concorreu eficazmente para a execução do crime, tendo em vista que, dolosamente aderindo à conduta criminosa do primeiro denunciado, segurou a vítima a fim de que não pudesse a mesma reagir às facadas contra si desferidas por este.

Dessa forma, de acordo com o aditamento à denúncia, o autor do crime doloso contra a vida seria YYY, a quem XXX teria prestado apenas auxílio material, na condição de partícipe¹.

O processo foi então desmembrado, ao que se seguiram a citação editalícia de XXX, no dia 24 de junho de 1998 (fl. 142), e a sua pronúncia, nos termos em que postulado na denúncia, no dia 08 de maio de 2002 (fls. 273/8).

Todavia, o corrêu YYY foi julgado antes mesmo da citação do recorrente, no dia 23 de abril de 1997, quando o Tribunal do Júri desclassificou sua conduta para os crimes definidos nos artigos 129, § 1.º, inciso I, e 121, § 3.º, ambos do Código Penal (fls. 140/2 do processo apensado), às penas de 1 (um) ano de reclusão e 1 (um) ano de detenção.

As partes não recorreram dessa decisão, que transitou em julgado no dia 17 de maio de 1997 (fl. 142v do processo apensado).

Nesse contexto processual, a d. Procuradora de Justiça propôs às fls. 612/4 a absolvição do recorrente, por entender “impossível o reconhecimento do concurso de agentes no excesso culposo”, aderindo à doutrina que entende ser necessária, para a configuração do liame subjetivo entre os agentes, a orientação conjunta e articulada a uma finalidade penalmente reprovável.

Em que pese o respeito e a admiração que rendo à d. subscritora do mencionado parecer, atrevo-me a orientar este voto em direção distinta da solução proposta.

Dos limites subjetivos da coisa julgada.

¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 2.ª Ed. *Lumen Juris*. Curitiba, 2007, p. 373-374.
RSE FE 73/03

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Com efeito, embora não se faça menção expressa a esta circunstância processual, a orientação exposta no mencionado parecer passa necessariamente pela extensão da coisa julgada material, operada em relação ao corréu e autor do crime YYY, ao acusado XXX, que recorre agora da decisão de pronúncia.

A hipótese vertente, porém, difere daquela prevista no artigo 580 do Código de Processo Penal, que determina extensão de provimento de recurso defensivo ao corréu não recorrente, desde que não fundamentado em circunstâncias exclusivamente pessoais.

A rigor, o mencionado preceito dispositivo regula o que no processo civil se convencionou chamar de litisconsórcio passivo unitário, que obriga o juiz a decidir a causa da mesma maneira a todos os acusados: “ou seja, a sentença não passa em julgado para nenhum dos réus, enquanto não se decide o recurso de qualquer deles, o que é fenômeno de todo diferente da extensão do julgado”².

Aqui, ao revés, o que se verifica é a pronúncia do recorrente por crime doloso contra a vida malgrado tenha transitado em julgado sentença na qual se reconhece não ter havido *animus necandi* na conduta imputada a YYY, autor do crime de que XXX, em tese, é “mero” partícipe.

Ressalvo desde logo que compartilho da perplexidade causada pela coexistência dessas duas decisões, que, do ponto de vista lógico, se excluem mutuamente.

A estranheza, porém, não decorre da imutabilidade da sentença proferida em relação ao réu YYY, que se opera exclusivamente em relação a ele, único acusado que teve a oportunidade de expor sua versão dos fatos e teses jurídicas ao Conselho de Sentença.

De fato, a hipótese é de salientar a aplicabilidade, ao processo penal, das formulações de Enrico Tulio Liebman, que diferenciava a eficácia da sentença da imutabilidade decorrente de seu trânsito em julgado, conforme defendido por Ada Pellegrini Grinover³.

O mencionado autor ressaltava, no âmbito doutrinário do processo civil, que, se é verdade que a sentença pode produzir efeitos mesmo antes do trânsito em julgado, também é que a coisa julgada que dela se forma não impede que a relação

² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. RT. São Paulo, 1978, p. 29.

³ Op. cit.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

jurídica nela declarada ou constituída venha a ser alterada, seja por disposição das partes na esfera extraprocessual, seja até mesmo por outra sentença, em demanda diversa porque decorrente dessa alteração (*rebus sic stantibus*) ou porque marcada por partes distintas das que compõem a primeira.

Daí se conclui inevitavelmente que a eficácia natural da sentença, embora possa ser oposta a todos os que não tenham integrado a relação processual – que deverão, por exemplo, respeitar o direito de propriedade nela reconhecido –, não assume, em relação a esses terceiros, a autoridade de coisa julgada, a qual, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, ainda parafraseando Liebman, “é algo mais que se acresce à decisão para aumentar sua estabilidade”⁴, para tornar imutável os efeitos do pronunciamento decisório, não se confundindo com eles.

Barbosa Moreira⁵ exemplificou essa assertiva com a assistência litisconsorcial, o recurso de terceiro prejudicado e a previsão do artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil, que autoriza o terceiro juridicamente interessado a propor de ação rescisória.

Tanto é assim que o artigo 472 do diploma processual civil dispõe expressamente que a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Não se trata, evidentemente, de adotar uma concepção unitária do processo, de sorte a confundir os institutos processuais civis com os processuais penais. O que se propõe é a identificação de regiões cinzentas que tangenciam os limites entre o Processo Civil e o Processo Penal.

Nesse particular, Barbosa Moreira chamou a atenção para um fenômeno que chamou de *publicização* do Processo Civil, ao identificar em algumas relações materiais que o subjazem a *indisponibilidade* de direitos. Mas não é só, pois continua o autor:

(...) ainda onde prevaleça a disponibilidade, uma coisa é reconhecê-la à relação jurídica litigiosa, outra, bem diversa, é estendê-la à atividade do

⁴ Idem, p. 02.

⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14.^a Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2008, p. 170.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

*mecanismo estatal a que porventura recorram os interessados para pedir-lhe que resolva o litígio.*⁶

Assim, nada impede que se apliquem institutos processuais civis ao Processo Penal, malgrado se deva, para tanto, cuidar para que direitos fundamentais não sejam atingidos com tal técnica.

Com efeito, este deve ser o paradigma a refletir na distinção entre os institutos processuais civis e os processuais penais: a função garantidora de tutela das liberdades individuais, em especial a de locomoção, precípua tarefa de uma estrutura processual penal democrática.

Foi esse o marco que orientou Ada Pellegrini Grinover a ignorar, no âmbito criminal, a função positiva da coisa julgada – compreendida “como obrigação para o juiz futuro de uniformizar-se à decisão já pronunciada”⁷ – para, socorrendo-se das lições de Goldschmidt e Sauer, salientar o *ne bis in idem* como verdadeira função – negativa, e só negativa – da coisa julgada penal.

Sob outro enfoque, à coisa julgada penal cumpre proibir que outro juiz **conheça** de outra ação, pelo mesmo fato, contra o mesmo indivíduo.

Esta a razão de ser da concepção que reconhece “a sustentabilidade da distinção entre autoridade da coisa julgada e eficácia natural da sentença penal – restrita, a primeira, às partes, enquanto a segunda age *erga omnes*”⁸.

Nas palavras de Hélio Tornaghi, a “coisa julgada opera *de iure, inter partes*, mas de facto, *erga omnes*”⁹.

Eventual crítica ao paradoxo vislumbrado na afirmação da função garantidora da coisa julgada seguida da exclusão de terceiros que podem ser beneficiados por ela é pertinente, mas possui resposta a meu ver satisfatória.

No exemplo concreto posto sob julgamento, opor-se-á o reconhecimento da prática de um crime de lesão corporal dolosa em concurso material com outro de homicídio culposo como mais favorável a XXX, que atualmente está pronunciado como incurso nas sanções do artigo 121, § 2.º, incisos III e IV, do Código Penal.

⁶ *Processo Civil e Processo Penal: mão e contramão?* In: Doutrina n.º 7. Coord. James Tubenschlak. Instituto de Direito, Rio de Janeiro, 1999, p. 63.

⁷ Op. cit., p. 14.

⁸ GRINOVER, idem, p. 44.

⁹ *Compêndio de Processo Penal*. V. 1. José Konfino editor. 1967, p. 116.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Essa perspectiva acaba, porém, por ignorar que a favor de XXX há muitos outros caminhos defensivos além daqueles debatidos pelas partes durante o julgamento retratado na sentença de fls. 140/2 do apenso, até mesmo aquele que o retira da cena do crime e o que nega a própria existência do fato, a ensejar a viabilidade de uma revisão criminal para desconstituir a mesma coisa julgada formada em relação a YYY.

Aqui, também, a função negativa da coisa julgada penal funciona como garantia, não mais só do indivíduo que ela acoberta, em dupla dimensão, mas de terceiros, como corolário da ampla defesa e do contraditório, sem os quais é inviável a prolação de uma sentença justa.

Nessa perspectiva se manifestou mais uma vez Ada Pellegrini Grinover, a respeito das hipóteses em que, havendo mais de um acusado, o processo, inicialmente único, é desmembrado:

Ora, nesses casos também a coisa julgada proferida com relação a um dos réus não poderá atingir os demais. Parte, eles haviam sido inicialmente, na relação jurídica processual que se constituíra no processo uno. Mas, com o desmembramento, cada qual passa a ser parte de uma distinta relação processual, que vai culminar em julgamentos diversos. Julgamento, esse, que vai ser proferido diante de provas que podem ser outras, e que o juiz poderá valorar também diferentemente. As sentenças serão distintas, e a coisa julgada – como qualidade dos efeitos de cada qual dessas sentenças – só poderá alcançar a parte perante a qual a decisão foi proferida.¹⁰

Sob esse enfoque, não há dúvida de que a extensão da coisa julgada formada pela sentença de fls. 140/2 do apenso ao recorrente, ainda que sob a veste de decisão absolutória, implica supressão de garantias e direitos fundamentais.

O fundamento político da distinção de Liebman reside exatamente na garantia das partes e na possibilidade concedida ao terceiro, juridicamente prejudicado, de opor-se à sentença, que para ele é eficaz, mas não imutável. O julgado não é indiscutível para o terceiro, nem é injusto o seu tratamento, porquanto poderá ele remover –

¹⁰ Idem, p. 32.
RSE FE 73/03

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

*independentemente de institutos com a intervenção ou os recursos – as conseqüências prejudiciais de uma sentença proferida inter alios.*¹¹

Isso é ainda mais evidente se considerado que a decisão dos jurados, naquela ocasião, não operou mera desclassificação do fato de um crime para outro, mas verdadeira alteração da imputação, na medida em que excluiu o dolo de matar para reconhecer o dolo de ofender a integridade física da vítima.

Assim, se não foi observada a imposição do aditamento à denúncia àquela época, o mesmo não pode ser feito nesta sede recursal, especialmente depois de acolhida, pela nova redação do artigo 384 do Código de Processo Penal, a tese de que a alteração do fato pelo juiz ou tribunal viola o princípio da correlação entre acusação e sentença, valendo aqui transcrever seu conteúdo:

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.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

¹¹ Idem, p. 61.
RSE FE 73/03

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Não é possível, pois, ampliar os limites subjetivos da coisa julgada operada com o trânsito em julgado da sentença de fls. 140/2 do apenso.

Da garantia da instituição do Tribunal do Júri (artigo 5.º, inciso XXXVIII, da Constituição da República): os indícios para a pronúncia.

A manutenção da pronúncia, por outro lado, não é viável diante do fato reconhecido na mencionada sentença, realmente mais favorável a XXX do que aquele que lhe foi imputado na denúncia e admitido na decisão de pronúncia, não só por absoluta incompatibilidade com o paradigma garantidor que se adota para não lhe estender a coisa julgada, mas ainda em razão da previsão constitucional do Tribunal do Júri.

Com efeito, em que pesem as dificuldades culturais inerentes à inserção do tribunal popular no sistema de justiça criminal brasileiro¹², o fato é que ele foi instituído, na nova ordem constitucional, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Essa posição topográfica, aliada à previsão especial, em sede constitucional, de um juiz natural para o julgamento das causas que versam sobre crimes dolosos contra a vida, fez Álvaro Antônio Sagulo ressaltar “a natureza jurídico-política do Tribunal do Júri”, como “garantia individual, de um direito a ser assegurado pela Constituição, e não simples órgão do Poder Judiciário, na medida em que a democracia participativa importa, entre outras coisas, em atuação popular direta em relação aos Três Poderes”¹³.

Se é essa a natureza do Tribunal do Júri, também é a da decisão de pronúncia, que, segundo o mesmo autor, exerce função similar à do despacho saneador no processo civil, com o precípuo fim de garantir ao Ministério Público a correta apreciação da pretensão estatal pelo Conselho de Sentença e ao réu a proibição de submissão a julgamento injusto.

Nessa perspectiva, os meios de prova, para autorizar uma decisão que admite a acusação, devem formar um quadro que aponte para a *probabilidade* da autoria sustentada na denúncia, que em muito se difere do mero juízo de possibilidade, conforme lição de Gustavo Henrique Badaró:

¹² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri – Reformas, Continuismos e Perspectivas Práticas*. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro, 2009, p. 1-14.

¹³ *A função garantidora da pronúncia*. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro, 2004, p. 12.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

No juízo de possibilidade não há predominância de qualquer das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa. Por outro lado, podemos continuar o raciocínio: no juízo de probabilidade há um predomínio das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa. E, mais: na medida em que o predomínio aumenta, maior a probabilidade. Quando o predomínio das razões positivas vai decrescendo, tendendo a se igualar às razões negativas, a probabilidade diminui. Isso até o ponto em que os juízos entre razões positivas e negativas se igualam, pois aí volta-se ao campo do juízo de possibilidade.¹⁴

Sob outro enfoque, a probabilidade se verifica quando a autoria do crime está amparada em indícios que viabilizem a condenação em mais de cinquenta por cento das chances.

É verdade que o autor, ao definir esses conceitos, refere-se à justa causa para o exercício da ação penal. E não se ignora que, havendo duas versões contrárias, ambas apoiadas em provas validamente produzidas, configura-se o principal argumento para a pronúncia: a possibilidade de acerto de ambas as teses, acusatória e defensiva, justifica o reconhecimento de que a controvérsia está instaurada e deve ser resolvida pelo Júri, juiz natural da causa.

A lição, contudo, é perfeitamente adequável à decisão de pronúncia, pois a *controvérsia*, para autorizar a remessa da causa ao conhecimento do júri popular, se não exige necessariamente maiores chances de êxito da acusação, pressupõe ao menos que ambas as teses – defensiva e acusatória – tenham as mesmas possibilidades de vencer em plenário.

Ela se instaura, portanto, se não quando o Ministério Público detém mais da metade das chances de êxito, quando ele detém *ao menos* cinquenta por cento delas.

Daí por que o caso sob julgamento não pode ser submetido ao Conselho de Sentença: a sentença condenatória de fls. 140/2 do apenso, ao excluir o dolo de matar do autor do crime imputado ao recorrente, enfraquece sobremaneira os indícios até agora coligidos em desfavor de XXX, em tese “mero” partícipe do

¹⁴ *Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental. In Separata da Revista Brasileira de Ciências Criminais. N.º 76, ano 17, jan/fev-2009, p. 142. Revista dos Tribunais.*

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

delito em questão, de sorte a tornar mínimas as chances de êxito do Ministério Público em plenário.

Solução contrária, no sentido de serem suficientes para a pronúncia as provas até agora produzidas, que configuram mera possibilidade de condenação pelo crime de homicídio doloso duplamente qualificado, esvaziaria a lógica garantidora tanto da instituição do Tribunal do Júri quanto da própria coisa julgada penal.

Tudo isso corrobora os mencionados ensinamentos de Liebman, no sentido de que, embora a coisa julgada formada pelo título decisório de fls. 140/2 do apenso não se estenda a XXX, sua eficácia natural é perfeitamente a ele aproveitável, na medida em que desconfigura a justa causa para que seja admitida a imputação de homicídio doloso, impondo-se a despronúncia do recorrente.

Da prescrição.

Não obstante, o fato é que, caso o Ministério Público venha a trazer novas provas em relação a XXX para denunciá-lo, eventual condenação não poderá ultrapassar os limites do julgamento retratado na sentença de fls. 140/2 do apenso, uma vez que ali a “desclassificação” deu-se tomando em conta circunstâncias objetivas que se comunicam ao recorrente.

Cumprir destacar, a propósito, que o Ministério Público não trouxe a folha penal do acusado, tampouco requereu sua juntada, o que impõe presumir a primariedade do réu, como determina o artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição da República.

Assim, sendo a situação processual do recorrente idêntica à de YYY – talvez até mais favorável, já que a própria denúncia lhe imputa a prática do crime mediante participação –, a sua pena não poderá exceder aquela fixada às fls. 140/2 ao autor do delito, de 1 (um) ano de reclusão, relativa ao crime de lesão corporal, e 1 (um) ano de detenção, quanto ao delito de homicídio culposo.

Cumprir observar, nesse contexto, que a Lei 12.234/10, embora em seu artigo 1.º declare a intenção de vedar a prescrição retroativa, alterou a redação do § 1.º do artigo 110 do Código Penal apenas para proibir que o termo inicial da contagem da prescrição se identifique com data anterior à da denúncia. Permanecem, pois, o recebimento da denúncia e a decisão de pronúncia como marcos interruptivos do prazo prescricional (artigo 117, incisos I e II).

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Isso impõe reconhecer a extinção da punibilidade do fato, em relação a XXX, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal, pois entre o recebimento do aditamento à denúncia que o incluiu no polo passivo da ação penal, em 25 de setembro de 1996, e a decisão de pronúncia, proferida em 08 de maio de 2002, passaram-se **mais de cinco anos**.

Nesse contexto, verifica-se que a hipótese está acobertada pela perda superveniente do interesse de agir que legitimou o oferecimento da denúncia.

Com efeito, as chamadas condições da ação, no processo penal brasileiro, condicionam o conhecimento da pretensão veiculada pela demanda ao preenchimento prévio de determinadas exigências, cujo desatendimento impede o julgamento da pretensão de direito material deduzida.

O interesse de agir, no âmbito específico do processo penal, decorre da necessidade de escolha da prestação jurisdicional, para que o Estado conheça e, se for convencido da prática da infração penal, condene o réu ao cumprimento de uma pena justa. Nos dizeres de Liebman¹⁵, “o interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse de obter o provimento solicitado”.

Nesse passo, uma das condições para o regular exercício do direito de ação consiste na existência de interesse processual. Este estará presente sempre que o processo constituir a única via válida e eficaz para que o autor da ação penal condenatória possa alcançar a produção da consequência jurídica inerente ao reconhecimento da responsabilidade penal do réu.

No caso do processo penal, a mencionada consequência é a aplicação da pena criminal. Por outro lado, a falta de interesse verificar-se-á quando for observada, em concreto, a existência de situação impeditiva do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, justamente pela impossibilidade de o autor da ação penal atingir o proveito de direito material que persegue mediante o exercício da citada ação.

A respeito dos fins da sanção penal, as teorias absolutas, relativas e ecléticas representam as três principais correntes de pensamento, cujas antinomias representam um problema, ainda hoje.

¹⁵ *Manual de direito processual civil*. V. 1, p. 154.
RSE FE 73/03

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Marcus Alan de Melo Gomes¹⁶ entende que, “para coexistirem em harmonia, retribuição e prevenção devem atuar de forma intercalada nas diversas etapas da dinâmica penal (...)”, isto é, desde a cominação penal abstrata até a fase executória. Tudo isso com observância do postulado da proporcionalidade.

De acordo com o mencionado autor, para que a pena possa ser considerada proporcional, é imprescindível que se apresente “como uma resposta idônea e necessária para a realização dos fins preventivos ao longo de toda a execução. Se, ao compararmos o potencial ressocializador e os efeitos dessocializadores da privação da liberdade em um determinado caso concreto, prevalecerem estes últimos, a pena deve ser considerada desproporcional”.

E conclui que a Constituição da República, ao consagrar o postulado da proporcionalidade, permite que a pena seja antecipadamente extinta quando, “durante sua execução, converter-se em instrumento inidôneo ou desnecessário para a consecução dos fins preventivos, e, portanto, em mecanismo ineficaz para o cumprimento da meta de reinserção social prevista no art. 1º da Lei de Execução Penal. Pena desproporcional é pena inconstitucional, e não deve ser executada”.

A finalidade da pena, notadamente da pena privativa de liberdade, na fase da execução “deve ser a remoção de obstáculos à ressocialização do indivíduo, para com isso se realizarem os valores constitucionais como a justiça, a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, bem como os objetivos estabelecidos no art. 1º da Lei de Execução Penal”.

Estabelecidas tais premissas, pondera-se o fato de a instrução criminal não ter apresentado subsídios para que se pudesse concluir, no âmbito da justa causa específica deste processo concreto, que se o recorrente viesse a ser condenado se sujeitaria a penas maiores que aquelas aplicadas a YYY, de 1 (um) ano, seja de reclusão, no caso do crime de lesão corporal, seja de detenção, quanto ao delito de homicídio culposo.

Desse modo, a prescrição regula-se em conformidade com o disposto no artigo 109, inciso V, do Código Penal, isto é, em quatro anos entre um marco interruptivo e outro.

¹⁶ *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena. Lumen Juris*. Rio de Janeiro, 2008, p. 206/7.
RSE FE 73/03

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

A ausência desses elementos em concreto, e, ainda, o longo tempo decorrido desde o recebimento da denúncia, afeta, ainda que de maneira superveniente, a justa causa para a ação penal, atingindo o interesse processual, pois que, em se confirmando a hipótese acusatória a pena concretizada não vingará por força da prescrição.

Por tais motivos, forçoso reconhecer a ausência de uma das condições necessárias para o legítimo exercício do direito acionário, qual seja, o interesse de agir.

Nesse passo, o processo, como instrumento, não tem razão de ser, quando o único resultado previsível será, inevitavelmente, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. O interesse de agir exige, pois, um resultado útil da ação penal.

Impõe-se, pois, seja declarada extinta a punibilidade do fato em relação a XXX.

Da duração razoável do processo.

A propósito da prescrição, destaco que, não fosse a hipótese sob julgamento de competência constitucional do Tribunal do Júri, caberia a absolvição do recorrente, por violação à garantia da duração razoável do processo (artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição da República).

Com efeito, o fato ocorreu no dia 13 de abril de 1996, tendo XXX passado a figurar no polo passivo da relação processual no dia 25 de setembro de mesmo ano, quando foi aditada a denúncia (fl. 101).

É verdade que XXX sequer foi encontrado para ser citado. Contudo, ainda que ele seja tido como foragido – e isso constitui presunção em seu desfavor, repudiada pela Constituição da República – a sua ausência no processo é fruto exclusivo da inoperância do Estado.

Passaram-se, pois, quase quatorze anos, mais que o mínimo cominado ao crime de homicídio qualificado, e nenhuma resposta foi dada, quer à sociedade, quer ao réu.

Da duração razoável do processo e sua posituação como garantia fundamental do cidadão.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Beccaria¹⁷ já repugnava esse estado de incerteza, e hoje Jorge Eduardo Vázquez Rossi e Rodolfo Fabián Centurión acentuam a relação entre a morosidade e o sistema inquisitivo, em geral estimulada pela preponderância da escritura nesse modelo processual¹⁸.

De fato, somente em 1950 a Convenção Europeia de Direitos Humanos veio a positivar o direito à duração razoável do processo, em seu artigo 6.º, n.º 1:

*Toda pessoa tem direito a um julgamento dentro de um tempo razoável, perante um tribunal independente e imparcial constituído por lei, para fins de determinar seus direitos e deveres de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação penal que lhe seja imputada. A sentença deve ser lida publicamente, mas o acesso à sala de audiência pode ser vetado à imprensa e ao público durante todo o processo ou parte dele, no interesse da moral, da ordem pública, ou da segurança nacional de uma sociedade democrática, quando o exigirem os interesses dos menores ou a tutela da vida provada das partes, em que a publicidade possa prejudicar os interesses da justiça.*¹⁹

A aludida Convenção foi seguida pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigos 14, n.º 3, alínea c, e 9, n.º 1) e, mais tarde, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que dispõe em seu artigo 7.º, n.º 5:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Não obstante, hoje, nossa jurisprudência ainda interpreta o artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição da República de forma restrita: limita-se a relaxar a prisão cautelar, quando preso o acusado²⁰, e a timidamente reconhecer a responsabilidade

¹⁷ *Dos delitos e das penas*. Trad.: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 3.ª Ed. RT. São Paulo, 2006, p. 84-85.

¹⁸ *Código Procesal Penal Comentado*. Intercontinental. Assunção – Paraguai, 2005, p. 325.

¹⁹ Grifei.

²⁰ Vide Ap. 2009.050.02303, julgada pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

civil do Estado pela mora jurisdicional, quando decorre de dolo ou fraude dos órgãos do Poder Judiciário²¹.

Do tempo de cada um e do tempo do poder: o direito fundamental à segurança jurídica.

Releva notar, porém, que já existem pronunciamentos judiciais no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que, além de afastar a incidência dos ônus da inoperância do Estado sobre os ombros dos acusados, presos ou soltos, propõem uma nova forma de enxergar o *tempo* do processo, conforme salientado por Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró:

Outra questão de suma relevância brota da análise do “Caso Metzger”, da lúcida interpretação do TEDH no sentido de que o reconhecimento da culpabilidade do acusado através da sentença condenatória não justifica a duração excessiva do processo. É um importante alerta, frente à equivocada tendência de considerar que qualquer abuso ou excesso está justificado pela sentença condenatória ao final proferida, como se o “fim” justificasse os arbitrários “meios” empregados.²²

Assim é porque o processo penal, ao menos numa sociedade que se pretenda democrática, inverte a lógica do senso comum, que vê no sistema de justiça criminal um conjunto de normas destinadas à efetivação do poder de punir, para colocar no centro das atenções o ser humano em sua dignidade, portanto com a qualidade positiva que lhe é inerente da *inocência*²³, tutelando sua liberdade.

Sob outro enfoque, se todo poder tende a se expandir, no âmbito punitivo o processo penal orienta-se para contê-lo²⁴.

(...) a nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.²⁵

²¹ A exemplo, RC 2007.053.00041, julgada pela Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no dia 25 de junho de 2008.

²² *Direito ao processo penal no prazo razoável. Lumen Juris*. Rio de Janeiro, 2006, p. 128.

²³ MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. 603 f. Tese (Livre-Docência em Direito Processual Penal) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 118.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad.: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. RT. São Paulo, 2002.

²⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 6.ª Ed. Del Rey, p. 08.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Em que pese esta função garantidora do processo penal, forçoso concluir que a sua simples existência, independentemente de, como no presente caso²⁶, estar acompanhada de uma medida cautelar constritiva da liberdade do indivíduo, acarreta prejuízos ao acusado.

A esse respeito, elucidativa é a lição de Aury Lopes Jr. E Gustavo Henrique Badaró, que lançam mão dos ensinamentos de Ana Messuti:

Com razão MESSUTI, quando afirma que não é apenas a separação física que define a prisão, pois os muros não marcam apenas a ruptura no espaço, senão também uma ruptura do tempo. A marca essencial da pena (em sentido amplo) é “por quanto tempo”? Isso porque, o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena. O processo penal encerra em si uma pena (La pena de banquillo), ou conjunto de penas se preferirem, que mesmo possuindo natureza diversa da prisão cautelar, inegavelmente cobra(m) seu preço e sofre(m) um sobre-custo inflacionário proporcional à duração do processo.²⁷

Assim, o processo penal, símbolo de garantia dos direitos fundamentais, também pode representar um prejuízo ao acusado, mesmo porque é evidente que a persecução penal dá ensejo a vários atos limitadores dos direitos individuais, tais como anotação da distribuição da ação penal, ônus de comparecer aos atos processuais, sob pena de condução, dever de comunicar ao juiz a mudança de endereço, etc.

Por isso mesmo o direito processual, como ciência normativa, busca o parâmetro temporal mais seguro possível, fundado na concepção de tempo absoluto e objetivo, como queria Newton, a fim de conferir às partes expectativas factíveis do ponto de vista cronológico²⁸.

O Direito não reconhece a relatividade ou mesmo o tempo subjetivo, e, como define PASTOR, o jurista parte do reconhecimento do tempo

²⁶ Em que pese o acusado não ter sido encontrado para responder aos termos da ação penal, cumpre ressaltar, em primeiro lugar, que ao Estado é conferida a estrutura necessária para a sua localização, não sendo razoável que, após dezesseis anos de processo em curso, o réu sequer tenha sido citado. Além disso, conforme ressaltou Fauzi Hassan Choukr, em palestra ministrada no dia 31 de outubro de 2008, no auditório da sede do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ainda que solto, o réu contra quem existe mandado de prisão deve ser tratado como se preso estivesse, conferindo-se-lhe as prerrogativas de prioridade na tramitação dos processos.

²⁷ *Direito ao processo penal no prazo razoável. Lumen Juris.* Rio de Janeiro, 2006, p. 7.

²⁸ GOMES, Décio Alonso. *(Des)Aceleração processual. Abordagens sobre a dromologia na busca do tempo razoável do processo penal. Lumen Juris.* Rio de Janeiro, 2007, p. 77-78.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

*enquanto “realidade”, que pode ser fracionado e medido com exatidão, sendo absoluto e uniforme. O Direito só reconhece o tempo do calendário e do relógio, juridicamente objetivado e definitivo. E mais, para o Direito, possível acelerar e retroceder a flecha do tempo, a partir das alquimias do estilo “antecipação de tutela” e “reversão dos efeitos”, em manifesta oposição às leis mais elementares da física.*²⁹

Esse paradigma, contudo, há algum tempo foi suplantado pela Teoria da Relatividade de Einstein: o tempo do relógio passou de verdade absoluta a uma mera convenção social, que não possui condições de infirmar verdadeiramente o tempo sob o ponto de vista de cada pessoa:

*Mas o tempo linear é uma invenção do ocidente
O tempo não é linear,
é um maravilhoso emaranhando onde, a qualquer instante, podem ser
escolhidos pontos e inventadas soluções
sem começo nem fim...*³⁰

Nas palavras de Décio Alonso Gomes, a “imagem totalitária (totalizante e unitária) do tempo cronal fragmenta-se em um mosaico de figuras de tempo díspares, tanto micro quanto macroscópicas, tanto elementares quanto continentes”³¹.

Esse mosaico, na perspectiva histórica e dialética de Lina Bo Bardi acerca do tempo, é construído pelo momento “presente da consciência humana”³².

Dessa forma, “podemos falar em tempo objetivo e subjetivo, mas, principalmente, de uma percepção do tempo e de sua dinâmica, de forma completamente diversa para cada observador”³³.

Sob outro enfoque, se um minuto é pouco para alguém, pode parecer uma eternidade para outro, e isso se explica com clareza a partir do exemplo utilizado por Einstein e citado pelos mesmos autores:

²⁹ LOPES JR. *et. all*, op. cit., p. 10-11.

³⁰ BARDI, Lina Bo. *Ir: roteiro de A Terra* (dramaturgia). São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/teatrofocina/novosite/roteiros/dramaturgia/aterra.pdf>.

³¹ GOMES, op. cit., p. 77.

³² BIERRENBACH, Ana Carolina de Souza. *Lina Bo Bardi: tempo, história e restauro*. Revista CPC n.º 3. Nov.2006/abr.2007. São Paulo, p. 6-32.

³³ JOPES JR. *et all*, op. cit., p. 3.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

(...) quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente – e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora.³⁴

Essa pluralidade de percepções a respeito de quanto tempo passou e quanto tempo ainda está por vir é ainda mais evidente quando focada na perspectiva de quem é processado criminalmente.

(...) de um lado, os espectadores processuais (as partes) e, de outra ponta, os espectadores metaprocessuais (a sociedade), cada qual com seu próprio tempo e seu desejo particular de velocidade (e, portanto, de duração do espetáculo judicial), o que quebranta o conceito absoluto e único de tempo.³⁵

Sob o ponto de vista social, todo o tempo é despendido em torno da estigmatização social própria de quem é acusado da prática de um fato criminoso, especialmente no contexto da comunicação de massas, como acentuou Ferrajoli:

(...) é indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena – quase sempre leve ou não aplicada –, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje pode-se falar em valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão.³⁶

Além disso, a inegável restrição da liberdade que o processo acarreta, associada ao sentimento de incerteza a respeito da futura submissão à medida extrema da privação da liberdade, provoca sensação de angústia que, mesmo estando solto o acusado, se confunde, ainda que guardadas as proporções, com as sensações experimentadas dentro do cárcere.

³⁴ Idem, p. 2.

³⁵ GOMES, op. cit., p. 76.

³⁶ Op. cit., p. 588.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Se “o tempo não pára”³⁷, ao menos para quem é processado criminalmente ele verdadeiramente se arrasta num ambiente de insegurança e ansiedade, transformando-se na pena propriamente dita.

Nesse contexto, é valiosa a lição de Lopes Jr. e Badaró, embora se refira ao tempo de encarceramento, uma vez que, ao contrapor o *tempo* newtoniano, adotado pelas normas penais e processuais penais, e o *tempo* social, aquele que efetivamente “não pára”, sugere a situação de instabilidade emocional e, portanto, de insegurança a que se submetem os réus ou condenados.

*(...) O contraste é evidente: a pena de prisão está fundada num tempo fixo de retribuição, de duração da aflição, ao passo que o tempo social é extremamente fluido, podendo se contrair ou se fragmentar e está sempre fugindo de definições rígidas.*³⁸

Nesse contexto, apesar dos parâmetros absolutos adotados pelas normas processuais penais, a ausência de “prazo fixo” para a duração do processo, se por um lado coloca corretamente a questão a ser analisada em cada caso concreto, por outro, em inúmeras hipóteses, acaba por colaborar ainda mais para o contexto de incerteza em que se encontra o acusado.

Um processo que perdura por quase quatorze anos, portanto, sem qualquer perspectiva de acabar, seja com um pronunciamento contrário ou favorável ao réu, viola manifestamente o direito fundamental à segurança jurídica (artigo 5.º, inciso XXXVI, da Constituição da República) e, portanto, a dignidade do acusado enquanto pessoa humana.

E a restrição de um direito fundamental não pode gerar outra conclusão senão a de que o *tempo* é um aspecto mesmo do *poder* punitivo.

A concepção de poder passa hoje pela temporalidade, na medida em que o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade. O direito penal e o processo penal são provas inequívocas de que o Estado-Penitência (usando a expressão de LOÏC WACQUANT) já tomou,

³⁷ CAZUZA. *O tempo não pára*. 1989.

³⁸ Op. cit., p. 10-11.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

*ao longo da história, o corpo e ávida, os bens e a dignidade do homem.
Agora, não havendo mais nada a retirar, apossa-se do tempo.³⁹*

Com processos infundáveis, o Estado se apropria daquele “tempo presente da consciência humana” de Lina Bo Bardi. Exila-se o cidadão de sua própria vida.

*Vou
Uma vez mais
Correr atrás
De todo o meu tempo perdido
Quem sabe, está guardado
Num relógio escondido por quem
Nem avalia o tempo que tem*

*Ou
Alguém o achou
Examinou
Julgou um tempo sem sentido
Quem sabe, foi usado
E está arrependido o ladrão
Que andou vivendo com o meu quinhão
Ou dorme num arquivo
Um pedaço de vida, vida
A vida que eu não gozei
Eu não respirei
Eu não existia
Mas eu estava vivo
Vivo, vivo
O tempo escorreu
O tempo era meu
E apenas queria
Haver de volta
Cada minuto que passou sem mim*

³⁹ Idem, p. 5.
RSE FE 73/03

(...)⁴⁰

E, como no tempo se revela essa faceta do poder estatal, então o tempo deve ser contido, até o limite em que seja possível às partes exercer seus direitos no âmbito do processo, sobretudo os relativos à gestão da prova.

(...) em suma, deve reputar-se incluído na garantia da defesa em juízo consagrada pelo art. 18 da Constituição Nacional o direito de todo imputado a obter (...) um pronunciamento que, definindo sua posição frente à lei e à sociedade, ponha término, do modo mais rápido possível, à situação de incerteza e de inegável restrição da liberdade que comporta o processo penal.⁴¹

Dos meios de contenção do tempo: o devido processo legal como processo sem dilações indevidas.

A jurisprudência não tem se ocupado de medidas destinadas a viabilizar uma duração razoável ao processo senão pelas vias tradicionais da prescrição, da decadência, da preempção e da detração.

Trata-se, porém, de institutos calcados naquela noção temporal absoluta e objetiva do relógio, que ignoram, portanto, o tempo subjetivo do acusado, além do tempo da vítima e até mesmo o tempo social a que se referiram Lopes Jr. e Badaró.

Nesse sentido, Rossi e Centurión assinalam a insuficiência da prescrição para resolver o problema:

(...) o prazo da prescrição se relaciona com a gravidade da imputação; o da vigência da ação aberta, com o princípio de inocência e o direito à liberdade e intimidade do interessado, que resulta burlado por um processo excessivo e desnecessariamente largo.⁴²

Parte da doutrina tem sugerido a aplicação de outros institutos, como o indulto e a liberdade condicional, como asseverado por André Luiz Nicolitt⁴³.

Indo além, há ainda quem vislumbre na aplicação da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal uma solução compensatória pela demora jurisdicional⁴⁴, o

⁴⁰ HOLLANDA, Chico Buarque de. *Um tempo que passou*. 1983.

⁴¹ Trecho da decisão da Suprema Corte Argentina no caso “Mattei”, de 1968, citado por ROSSI *et all*, op. cit., p. 329, nota 197. Tradução livre.

⁴² Op. cit., p. 330. Tradução livre.

⁴³ *A duração razoável do processo*. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro, 2006, p. 120-121.

⁴⁴ Idem e LOPES JR. *et all*, op. cit., p. 123-124.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

que, em casos extremos como o presente, não é suficiente, por ter o acusado já cumprido sua pena pela submissão a um processo excessivamente lento.

Outros acabam por sugerir uma demora ainda maior quando apontam para a declaração de nulidade do processo⁴⁵.

Finalmente, há os que postulam a extinção do processo em caso de mora injustificada do Judiciário⁴⁶.

A solução mais adequada⁴⁷, entretanto, só será encontrada quando se der efetividade ao brocardo, amplamente difundido na doutrina, segundo o qual “(...) justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”⁴⁸.

Com efeito, André Nicolitt recorda que “a decisão justa não se esgota apenas no conteúdo, mas também na forma em que é produzida”⁴⁹, aí se inserindo o tempo de duração do processo.

Assim é que conclui o autor:

Desta forma, percebe-se que o direito a um processo em tempo razoável é um direito correlato ao direito ao devido processo ou ao processo justo e equitativo. Em outras palavras, o processo com duração razoável nada mais é do que uma consequência lógica do devido processo, ou mesmo um aspecto deste.⁵⁰

Tanto é assim que já em 1791 a VI Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América positivava a duração razoável do processo – embora ainda com contornos mais rudimentares que os atuais – como aspecto do *due process of law*.

Assim, com a dilação indevida do processo, a “primeira garantia que cai por terra é a da jurisdicionalidade inculpada na máxima latina do *nulla poena nulla culpa sine indicio*. Isso porque o processo se transforma em pena prévia à sentença, através

⁴⁵ NICOLITT, loc. cit.

⁴⁶ LOPES JR. *et al*, op. cit., p. 125-126 e BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *O excesso de prazo no processo penal*. JM. Curitiba, 2006, p. 70-71.

⁴⁷ Adota-se aqui, aquela mais pertinente ao caso concreto, em que o processo já foi instaurado. Nas hipóteses em que a demora se verificar já no curso do inquérito policial, a denúncia deve ser rejeitada, com fundamento no artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição da República. Foi a solução aplicada pelo Juiz Alfredo José Marinho Neto, com base nos ensinamentos de André Nicolitt (*Manual de Processo Penal*), nos processos n.ºs 0003323-87/00 e 0002895-56/10, em decisões datadas de 15 de março de 2010, na 2.ª Vara Criminal da Comarca de Belford Roxo.

⁴⁸ BARBOSA, Ruy. *Apud* BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *O excesso de prazo no processo penal*. JM. Curitiba, 2006, p. 45-46.

⁴⁹ *A duração razoável do processo*. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro, 2006, p. 7.

⁵⁰ *Idem*, p. 8.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

da estigmatização, da angústia prolongada (...)”⁵¹, violando a presunção de inocência (artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição da República).

Nesse sentido, embora tenha sido bem-vinda a inclusão textual da garantia da razoável duração do processo na ordem constitucional a partir de 2004, bastaria a cláusula do artigo 5.º, inciso LIV, da Constituição da República para reconhecê-la em nossa estrutura político-jurídica desde 1988.

E o aludido preceito constitucional dispõe que “**ninguém será privado da liberdade** ou de seus bens **sem o devido processo legal**” (grifei).

A opção constitucional, portanto, impede que se aplique pena a quem tenha se submetido a processo criminal por mais tempo do que o razoável, por violação ao devido processo legal.

Nesse sentido Nicolitt destacou a doutrina de Climent Duran, que “sustenta que diante de dilações indevidas agudas não há obstáculo para se absolver o acusado, vez que falta um pressuposto processual consistente na duração razoável do processo”⁵².

Sob outro enfoque, se o Estado chama para si o poder de infligir a pena, então ele deve exercê-lo dentro dos limites que a sociedade lhe impôs. Não pode se apoderar, como tem feito, do *tempo* do particular. Se o fizer, abre mão do *tempo* como pena.

*Pune-se através de quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena.*⁵³

A absolvição é impositiva.

Não se trata de inovação. A Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do e. Desembargador Nereu José Giacomolli, já aplicou idêntica solução:

ROUBO. TRANSCURSO DE MAIS DE SEIS ANOS ENTRE O FATO E A SENTENÇA. PROCESSO SIMPLES, SEM COMPLEXIDADE. ABSOLVIÇÃO.

1. O tempo transcorrido, no caso em tela, sepulta qualquer razoabilidade na duração do processo e influi na solução final. Fato e

⁵¹ LOPES JR. *et all*, op. cit., p. 8.

⁵² Op. cit., p. 123.

⁵³ Idem, p. 10.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

denúncia ocorridos há quase sete anos. O processo, entre o recebimento da denúncia e a sentença demorou mais de cinco anos. Somente a intimação do Ministério Público da sentença condenatória tardou quase de cinco meses. Aplicação do artigo 5º, LXXVIII. Processo sem complexidade a justificar a demora estatal.

2. Vítima e réu conhecidos; réu que pede perdão à vítima, já na fase policial; réu, vítima e testemunha que não mais lembram dos fatos.

3. Absolvição decretada.

RECURSO DEFENSIVO PROVIDO.⁵⁴

O Código de Processo Penal Paraguaio acolhe essa orientação, determinando, em seu artigo 136, a extinção do processo que perdure mais de quatro anos, em primeiro grau, ou mais de cinco anos, neles computado o tempo para julgamento dos recursos.

Eventual objeção que tenha em conta a propagação de atos defensivos tendentes a atrasar o curso processual com vistas à absolvição pode ser respondida com o advento das Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008.

Com efeito, especialmente agora os juízes dispõem de meios eficazes para evitar essa espécie de atitude, já que a concentração dos atos processuais em audiência, como consequência lógica do princípio da oralidade, visa não só dar efetividade às garantias do acusado, mas também a coibir eventuais posturas protelatórias das partes⁵⁵.

Igualmente não cabe a alegação de que o devido processo legal impõe justamente que se dê curso normal ao processo até que chegue a seu termo final para assegurar o contraditório e a ampla defesa. Em casos como o presente, a interrupção da marcha processual em prol de sentença absolutória configura quebra positiva de direitos fundamentais, absolutamente aceitável sob o prisma democrático, que sedimenta precisamente a tutela da liberdade individual.

Também existe uma grande resistência em compreender que a instrumentalidade do processo é toda voltada para impedir uma pena sem o devido processo, mas esse nível de exigência não existe quando se trata de não aplicar pena alguma. Logo, para não aplicar uma pena, o

⁵⁴ Ap. 70019476498. Julgamento: 14/06/2007.

⁵⁵ ROSSI *et al*, op. cit., p. 326.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

*Estado pode prescindir completamente do instrumento, absolvendo desde logo o imputado, sem que o processo tenha que tramitar integralmente.*⁵⁶

A propósito, ainda que se argumente com a supressão do contraditório como direito do acusador, é preciso destacar, lembrando a já destacada lição de Marcus Alan de Melo Gomes, que num processo com delongas injustificadas o Ministério Público perde, ainda que supervenientemente, o interesse na própria punição.

É que o tempo decorrido acaba por tornar praticamente inviável a obtenção, por meio da reconstrução histórica do fato, uma verdade que a ele se aproxime.

Além disso, como se sabe, o tempo tem reflexos decisivos sobre o “presente da consciência humana” de Lina Bo Bardi, interferindo na própria função da pena, seja retributiva ou preventiva. É valiosa, nesse sentido, a lição de Lopes Jr. e Badaró:

*Trata-se de um paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje), um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena e, seu presente no futuro, será um constante reviver o passado.*⁵⁷

A própria sociedade, com o tempo, passa a atribuir ao fato outro nível de importância, normalmente menor, reduzindo os apelos coletivos por punição, conforme destacado por Giulio Bataglini:

*(...) o tempo, ainda que não consiga apagar a lembrança dos fatos humanos, consegue atenuá-la ou abrandá-la. Se é que, contudo, não pode por si mesmo criar, modificar ou destruir fatos humanos, pode, porém, com sua lenta e contínua ação demolidora, influir sobre a vida das relações jurídicas que se originaram dos mesmos fatos.*⁵⁸

Nesse sentido o Juiz Marcos Peixoto, em sentença proferida no processo n.º 2006.038.004747-1, na 2.ª Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçu, salientou que,

⁵⁶ LOPES JR. *et all*, op. cit., p. 126.

⁵⁷ *Idem*, p. 14-15.

⁵⁸ BATAGLINI, Giulio. *Apud* BRETAS, op. cit., p. 46.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

diante de um processo arrastado por excessivo período de tempo, submeter o acusado à pena significa afrontar suas funções ao invés de realizá-las.

Dessa forma, a demora injustificada em dar resposta aos casos penais impõe que o Estado, por inoperância própria, “abra mão” de seu direito de punir porque, na verdade, já o exerceu por meio da submissão do réu a intenso e prolongado sentimento de incerteza e angústia.

Neste caso, porém, deixo de aderir a esta solução não só porque se trata de matéria de competência constitucional estranha a este colegiado, mas ainda porque a própria prescrição traz resposta suficiente a impedir que XXX venha a ser processado novamente, embora, como salientado por meio das lições de Rossi e Centurión, por outros fundamentos, calcados na teoria do delito, e não na garantia da razoável duração do processo.

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, em limites mais extensos que os delimitados nas razões, a fim de que seja o acusado despronunciado, declarando-se extinta a punibilidade do fato em relação a ele.

Rio de Janeiro, 24 de junho de 2010.

GERALDO PRADO
DESEMBARGADOR