

REFLEXÕES ATUAIS SOBRE A QUESTÃO PENAL

(XVI Conferência Nacional dos Advogados, Fortaleza - CE, set. /96)

Antonio Evaristo de Moraes Filho

Os temas das exposições anteriores revelam-se como dois elos de uma única corrente: a Crise do Sistema Penitenciário, abordada pelo ilustre prof. Miguel Reale Jr., constituiu um desafio, que estimulou não só esforços na busca de Formas Alternativas da Pena Criminal, expostas pelo eminente bâtonnier José Roberto Batochio, como, ainda, realimentou uma aspiração mais audaciosa: - a própria superação das sanções penais, como principal resposta para os envolvidos na prática de condutas desviantes.

Mas um painel tendo por objeto Direito Penal e Mudança haverá de abranger outros enfoques, obrigando a peregrinações, também, pelas trilhas processuais, pois em nossos dias, fala-se em questão penal de uma maneira globalizante, a partir de um ponto de vista único, alcançando todos os ramos jurídicos em que, de ordinário, se divide o poder penal do estado: "derecho penal, procesal penal y ejecución penal" (Julio Maier, "El Poder Penal del Estado", ob. coletiva em Homenagem a Hilde Kaufmann, 1985, p. 280). Esta integração coincidiu com as grandes transformações que a Política Criminal tem desencadeado, nas últimas décadas, no Direito Penal, a partir de duas constatações paralelas: o proclamado fracasso da pena privativa da liberdade, no âmbito da delinquência leve e média; e o surgimento de novas e graves formas de ataques a bens jurídicos individuais e coletivos, reclamando a criação de mecanismos mais eficazes e potentes de defesa

social (vide Heinz Zipf, "Introducción a la Política Criminal", ed. esp., 1979, pgs. 1 e segs.).

Hoje é impossível ignorar-se a formulação de Hassemer e Muñoz Conde quanto à existência de uma "Ciencia totalizadora del Derecho Penal", que pretende reunir, em uma unidade, as metas de todas as "Ciencias del Derecho Penal", desde a Criminologia e a Política Criminal, "passando por el Derecho penal material y el Derecho procesal penal, hasta el Derecho penitenciario" (Hassemer e Muñoz Conde, "Introducción a la Criminologia y al Derecho Penal", 1989, p. 143).

Para se ter pálida idéia da imbricação absoluta e íntima que se estabeleceu entre estes instrumentos, que buscam, em última análise, alcançar um controle ótimo do delito (Zipf, ob. cit. p. 3), basta assinalar que, na dogmática penal, têm-se cogitado de agregar aos três elementos ou características tradicionais do delito - tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade - mais um quarto requisito: - a necessidade da pena, isto significando que, para se configurar o delito torna-se necessário "que el hecho sea merecedor de pena" (Maurach, Gossel e Zipf, "Derecho Penal - Parte General", ed. arg., 1995, vol. 2, p. 128). E um dos caminhos para afastar a punição, no caso concreto em que a pena se revele, desde logo, desnecessária, consiste - ao lado de ferramentas de direito material, como a declaração da isenção de pena na sentença final - na utilização de meios de natureza processual, como a suspensão do processo, que nossa recente Lei nº 9.099/95 considera fonte de extinção da punibilidade (art. 89, § 5º).

No ensaio intitulado "Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal", depois de acentuar o cambio espiritual que se operou, a partir da metade de nosso século, na "actitud ante la criminalidad y ante las posibilidades y métodos para combatirla", Jescheck aborda dois, dentre os temas centrais, em matéria de delinqüência leve e média: a descriminalização e a despenalização, para depois mostrar que "una segunda vía de desincriminación es la solución procesal por aplicación del principio de oportunidad (grifo nosso), que en los casos de escasa gravedad permite al ministerio fiscal la posibilidad de suspender condicionalmente el proceso antes de formular la acusación, posiblemente bajo determinados presupuestos y condiciones" ("Política Criminal y Reforma del Derecho Penal", ob. coletiva, 1982, 235 e segs). De minha parte, ousaria ir além do mestre tedesco, não limitando a aplicação do princípio da oportunidade aos casos de escassa gravedad, mas tornando possível o não oferecimento de denúncia, tendo por base, a opinio do Ministério Público no sentido da desnecessidade da pena na hipótese concreta, independentemente, da gravedad, em abstrato, do crime atribuído ao réu.

Em matéria de Direito Penal e Mudança, objeto de nosso painel, o importante é assinalar que, dentre as diversas tendências, que têm marcado o Direito Penal nesta segunda metade do século desponta a denominada

intervenção mínima, à luz da qual a sanção criminal se constitui na ultima ratio, de que o Estado lança mão somente naqueles estritos casos em que outros instrumentos de controle social se revelem insuficientes.

O mais notório fator desencadeante desta tendência, que tem como corolários as antes referidas descriminalização e a despenalização, foi a já mencionada falência da pena privativa da liberdade.

Mas, outras reflexões também conduziram o pensamento moderno no campo penal a concluir no sentido, inclusive, da desrazoabilidade, sob o ponto de vista jurídico, da imposição do encarceramento, como sanção adequada e proporcional para um apreciável número de crimes.

Se enfocarmos o tema em face dos princípios constitucionais, verificaremos, com Maurach e Zipf, que "a partir de la escala constitucional de valores es posible separar cualitativamente los tipos de ilícito más significativos pertenecientes al núcleo central del derecho penal, de los ilícitos administrativos" (ob. cit., vol. 1, p. 24). A existência de uma escala entre os valores constitucionais é inegável, implicando a prevalência de certos direitos e garantias sobre outros, como proclamou a Suprema Corte norte-americana em diversos casos em que estavam em jogo, de um lado, a liberdade de manifestação de pensamento e de imprensa, e de outro, a proteção à honra individual (310 U.S. 85; 319 U.S. 296, apud Carlos Fayt, "La Omnipotencia de la Prensa", 1994, p. 140).

Ora, em razão da hierarquia existente entre os valores constitucionais, uma das críticas ao sistema penal clássico, com o uso indiscriminado da pena privativa da liberdade, reside exatamente na quebra da proporcionalidade abstrata que deve existir entre o crime e a reprimenda estatal. Sendo a liberdade um valor constitucional de extrema proeminência, há de se admitir que "sólo graves violaciones de los derechos humanos pueden ser objeto de criminalización y punición" (Pérez Pinzón, "Pensamiento Penal Moderno", ob. coletiva, 1991, p. 143). Esta, aliás, é uma das colocações do conhecido Grupo de Bologna, com destaque, no ponto, para Franco Bricola, quando sustenta que "hay que considerar que para la Constitución, la libertad personal (grifo nosso) tiene un valor preeminente, y por lo tanto cualquier limitación a ella ha de considerarse como extrema ratio" (apud Juan Bustos Ramires "Introducción al Derecho Penal", 1986, p. 203). Conseqüentemente, "la sanción penal solo puede adoptarse si el bien lesionado por la acción criminal tiene un valor semejante al sacrificado, esto es, la libertad personal" (grifos nossos, ibidem).

Assim, através de diversos caminhos, chegou-se a um consenso, admitido pela maioria dos estudiosos, de que a resposta estatal, em face da conduta ilícita, haverá de ser diversificada, e não necessariamente jurídico-penal, dependendo da natureza do bem jurídico atingido ou ameaçado, e da forma do ataque que sofreu. Hoje se fala, inclusive a Constituição brasileira de

1988 o faz (art. 98, I), em infrações penais de maior e de menor potencial ofensivo, para conferir-lhes tratamentos diferenciados.

Em relação às infrações de menor potencial ofensivo, as mais recentes legislações adotaram o que a 19ª Conferência do Conselho da Europa (Strasbourg, 1990) denominou de novas estratégias sociais, consubstanciadas, basicamente na *déjudiciarisation*, na *dépénalisation* e na *décriminalisation* (vide Jean Pradel, "Droit Pénal Comparé", 1995, p. 146).

De passagem, convém fixar, com assento no parecer dominante, os conceitos destes novos instrumentos, louvando-nos, para tanto, em "Decriminalización-Informe del Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad" (Estrasburgo - 1980, ed. arg., prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni, 1987, pgs. 18 e segs.) e em Raúl Cervini ("Los Procesos de Decriminalización", 1ª ed., 1992, pgs. 56 e segs).

Assim, descriminalização ou descriminação, que pode ser de jure ou de facto, e se opera "por via legislativa o jurisprudencial", consiste em "extraer del ámbito del Derecho Penal a ciertas conductas (no graves) que dejan de considerarse como delictivas". Por seu turno, o conceito de despenalização "define todas las formas de atenuación dentro del sistema penal", ou, no dizer de Cervini, consiste no "acto de degradar la pena de un delito sin desincriminarlo, es decir, sin quitar al hecho su carácter de ilícito penal". Finalmente, a desjudicialização, ou diversificação (Cervini, "Os Processos de Descriminalização", ed. bras. 1995, p. 76), ou desformalização (Munõz Conde, ob. cit. p. 174), realiza-se no seio da justiça penal, através da "interrupción o suspensión de lo procedimiento criminal", ou à margem dos "sistemas penais ordinarios", por meio de "organismos ad hoc", para os quais as partes e seus problemas são remetidos.

A desformalização é objeto de especial carinho por parte do mestre Mauro Cappelletti, ao abordar a questão do acesso à Justiça, que considera "o ponto central da moderna processualística" (Cappelletti e Garth, "Acesso à Justiça", ed. bras., 1988, p. 13).

Segundo o pensamento do eminente jurista italiano, a partir de 1965 o movimento em torno do acesso efetivo à Justiça desdobrou-se no que denominou ondas, sendo que a terceira delas nasceu de meditações visando a busca de novas formas de suprimento de justiça, à margem do sistema judiciário (ob. cit. pgs. 31 e 70).

Desde então, retomou-se a procura de "meios alternativos de composição dos litígios" (Barbosa Moreira, "Temas de Direito Processual", Quinta Série, 1994, p. 25), com desdobramentos no campo criminal, no tocante aos delitos leves, passando-se a incentivar "a autocomposição dos litígios, na esperança de que a vontade das próprias partes, geradoras da extinção do conflito, sepulte-o de uma vez por todas" (Afrânio Silva Jardim, "Direito Processual

Penal", 4ª ed., 1992, p. 92). O ilustre professor por último citado, ressalva que "a autocomposição somente sofre restrições nos casos de indisponibilidade subjetiva ou objetiva da relação jurídica material controvertida no processo ou fora dele".

Mesmo em relação a este ponto da indisponibilidade de direitos ou bens, tem-se entendido, ao abordar a "justice négociée dans le champ penal", que no direito contemporâneo a distinção público-privado "tend à s'estomper" ("Procédures pénales d' Europe", ob. coletiva coordenada por Mireille Delmas-Marty, 1995, p. 558) , não mais prevalecendo a posição estática do Direito Penal, que vem sendo abalada por "un phénomène de superposition, voire d'interférence, entre les intérêts privés e les intérêts publics à la répression". Assim, nos casos de infrações de menor gravidade, que tenham atingido, fundamentalmente, interesses de particulares, a justice négociée significa uma privatisation du droit pénal, que remonta a uma tradição anterior ao nascimento do Estado moderno, de forma que "o modelo de direito penal como intervenção autoritária e unilateral de defesa de valores sociais cede progressivamente lugar a um modelo civil de gestão contraditória dos interesses pessoais" (ibidem).

Embora não se deva perder de vista as propostas de desjudicialização operada fora do sistema penal, visando, numa última etapa, a abolição do próprio sistema, é imperioso reconhecer que, no estágio atual da civilização, com o rescrudescimento da prática de crimes de extrema gravidade, notadamente, ligados ao tráfico de drogas e terrorismo, a consciência pública reclama pela intervenção estatal, com a imposição de penas severas. E esta ansiedade punitiva acaba se extravazando para alcançar até as infrações leves, sob o pretexto de que não poderiam, à título de exemplo, permanecer impunes .

Assim, mantendo os pés no chão, sem abdicar dos ideais programáticos do Direito Penal Mínimo, deve-se procurar soluções modernas de diversificação, mas dentro do próprio sistema penal.

E isto vem ocorrendo em vários países. Por exemplo, nas hipóteses de escassa gravidade, a solução do problema é confiada à própria autoridade policial, na Finlândia e na Inglaterra, nesta última, principalmente, nos casos de delinquência juvenil.

Na maioria dos países, a desformalização se concretiza por iniciativa do Ministério Público, cuja deliberação pelo abortamento do processo é submetida, ou não, à apreciação do Juiz. Quase sempre há necessidade da interveniência do ofendido, para efeito de ressarcimento do dano. De acordo com este sistema, o processo sequer se inicia, ou, se instaurado, é suspenso sem decisão sobre o mérito, promovendo-se, normalmente, uma composição entre as partes, com o pagamento de indenização, se cabível.

Sensível a esta tendência liberalizante, a Constituição Brasileira de 1988 contemplou as infrações penais de menor potencial ofensivo, a serem apreciadas por juizados especiais, a quem se deu competência para promover a eventual conciliação e o julgamento (art. 98, I)

Ainda que com indesculpável atraso, o legislador ordinário editou, agora em 1995, a Lei nº 9.099/95, que abriu a possibilidade de conciliação no campo penal e passou a admitir, sob condições, a suspensão do processo, sem julgamento do mérito, com a perspectiva de decretação da extinção da punibilidade.

Aliás, nas minhas pesquisas, cheguei à constatação, surpreendente, pelo menos para mim, de que estas novidades datam de quase dois séculos no Brasil. Já a Constituição do Império, de 1824, ao tratar do Poder Judicial, dizia em seu art. 160:

"Nas cíveis (causas) e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juizes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes".

E, logo a seguir, no art. 161, a Carta era peremptória:

"Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará Processo algum".

* * *

Mas nem sempre é possível operar-se a desformalização, e as conseqüentes não-abertura ou suspensão do processo, sem julgamento de mérito.

Nas hipóteses de infrações consideradas, em tese, de maior poder ofensivo torna-se necessário um exame mais profundo do mérito da imputação. Surge, então, outro problema ligado à questão penal como um todo: - o resguardo dos direitos humanos das pessoas enredadas por acusações criminais.

No precioso livrinho "Las Miserias del Proceso Penal", o mestre Carnelutti deplorava, com agudeza, que, "desgraçadamente, a justiça humana está feita de tal maneira que faz o homem sofrer não somente quando ele é culpado, mas também para saber se ele é inocente", isto porque, "o processo em si mesmo é uma tortura" (ed. arg. 1959, p. 75, trad. nossa).

Mais recentemente, muitos estudiosos, com plena razão, apodam o processo penal como a cérémonie de dégradation, que marca o início da indelével estigmatização de um ser humano, ou como uma verdadeira place

de supplices, em que o réu pode ser exposto à sanha da curiosidade pública, através da imprensa, do rádio e da televisão (Mireille Delmas -Marty, ob. cit. pgs. 35 e 39). Em sua antes citada "Introducción", Zipf observa que a publicidade do processo, embora tenha sido concebida para proteção dos cidadãos "contra la arbitrariedad y la justicia secreta", acabou se transformando, atualmente, num pesado gravame para o réu, pois cria, freqüentemente, mesmo depois de finda a ação penal, um "obstáculo adicional, ya menudo dificilmente superable, para la reinserción social" (p. 137).

Por este motivo, num moderno estado democrático de direito, tem-se entendido que o respeito aos direitos humanos, no campo penal *latu sensu*, não se deve limitar à observância dos princípios básicos do *nullum crimen sine lege*, do *nulla poena sine culpa*, do devido processo legal, etc.; mas há, também, de resguardar, da maneira mais ampla e efetiva, os cidadãos da cerimonia de degradação, que se encerra no fato, em si, de ser submetido aos dissabores de uma ação penal, ainda mais se ela tiver de se desenvolver por inteiro, até a decisão final. Em lição famosa, alertava o saudoso mestre Frederico Marques que "a *persecutio criminis* sempre afeta o *status dignitatis* do acusado" ("Elementos de Direito Processual Penal", 1ª ed., 1961, p. 163).

Ao examinarem o largo alcance da função de garantia da lei penal, Maurach e Zipf mostram que ela pode ser atualizada "bajo distintas formas", inclusive no âmbito processual, não só para o efeito de impedir a condenação quando inexistir tipicidade na conduta atribuída ao acusado, como, ainda, para evitar "la mera prosecución de procedimientos formales contra ellos" (ob. cit. p. 156).

Ainda sobre o tema, o professor e magistrado Enrique Bacigalupo destaca o estreito vínculo entre as normas "que definem o fato punível e as que estabelecem quando um fato concreto será considerado como provado", de modo que "o princípio *in dubio pro reo* é a contrapartida processual da função material de garantia da lei penal" ("La Impugnación de los Hechos Probados en la Casación Penal", 1994, p. 43.). Como diz Jescheck, "enquanto o princípio da legalidade protege a todos diante de uma condenação por uma conduta cuja punibilidade e pena não estavam legalmente previstas, o princípio, *in dubio pro reo* oferece o necessário complemento estabelecendo que não haverá pena sem a prova do fato e da culpabilidade"(apud Bacigalupo, ob. e p. cits.).

Daí se pode concluir pelo desacerto da norma do art. 43,I, do nosso Código de Processo Penal, que somente admite a rejeição da denúncia quando "o fato narrado evidentemente não constituir crime"(grifo nosso). Isto significa que pode ser intentada a ação penal, mesmo em face de sérias dúvidas quanto à tipicidade da conduta atribuída ao réu.

Ora, o respeito ao princípio do *in dubio pro reo*, em se tratando de casos nos quais a própria tipicidade se apresente duvidosa, deve impedir, desde logo, a própria abertura da ação penal, pois constituiria uma violação dos direitos humanos submeter a pessoa à longa tortura do processo, e deixar as dúvidas sobre a tipicidade para serem solucionadas somente no ocaso da ação.

Diante disto, por aplicação analógica, ou por interpretação extensiva, ou mesmo em homenagem ao princípio da isonomia, dever-se-ia, independentemente de previsão legal expressa, estender a todos os denunciados no processo penal a possibilidade de apresentar uma defesa preliminar, semelhante à facultada aos funcionários públicos, nos denominados crimes de responsabilidade (art. 514 do Código de Processo Penal), e aos acusados em geral, nas ações penais originárias de competência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça estaduais (Lei nº 8.038/90, art 4º, e Lei nº 8.658/93, art 1º) conferindo-se, conseqüentemente, ao julgador o poder de rejeitar a denúncia, ou de proclamar, desde logo, "aimprocedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas" (art. 6º, L. 8.038, cit.).

É absolutamente incompreensível que se admita no processo civil o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC), e no penal se postergue para a sentença final o exame de matérias exclusivamente de direito, sob o pretexto de que se trata de questão de mérito, ou sob a alegação, também encontrada em muitos acórdãos, de que a denúncia traduz uma simples proposta do acusador, no sentido de que pretende demonstrar, ao longo do processo, a procedência da imputação.

* * *

Outra matéria ligada aos direitos e garantias do homem, no âmbito da questão penal, é a presunção de inocência.

No exaustivo estudo sobre os sistemas processuais penais europeus, coordenado por Mireille Delmas -Marty (ob. cit. p. 224), enfatiza-se que na França - e isto se aplica a vários países, entre eles o Brasil, notadamente com a promulgação da Carta de 1988 - ocorreu um fenômeno a que se denomina *constitutionnalisation* do direito, sobretudo do direito penal e do processo penal.

Mais adiante, proclama-se que em todos os sistemas da Europa "la présomption d'innocence est reconnue comme un principe cardinal du système pénal" (p. 517).

Entretanto, apesar de sua extrema importância, a garantia da presunção de inocência, amiúde mal sobrevive, ameaçada pelas interpretações arbitrárias

da prova nos casos concretos, e muitas vezes naufraga, à mingua de instrumentos eficazes para defendê-la.

Uma das mais perigosas fontes de riscos para a presunção de inocência é a presunção de culpabilidade, que se propaga contra os réus, nos affaires que ganham ressonância na mídia.

O penalista italiano Titta Mazzuca, no livro com o sugestivo título "Anatomia dell' Errore Giudiziario", dedica importante capítulo ao estudo do que denomina conflito de poderes, decorrente da "maciça penetração da imprensa e de outros meios de informação no mundo da justiça" (p. 212).

Este tema é fascinante e mereceria ocupar todo um simpósio, por inteiro, à semelhança do colóquio organizado pelo jornal católico "La Croix-l'Événement", em Paris, de que participaram, entre outros, o Ministro da Justiça, o Presidente da Corte de Cassação, o Procurador Geral, advogados e jornalistas proeminentes. Na publicação "Justice ou Vengeance" (1994), os pronunciamentos foram reproduzidos, podendo se concluir de sua leitura que muitos desvios funcionais dos homens da lei - juízes, membros do Ministério Público e advogados, sem falar nas autoridades policiais - são o produto de puro medo da imprensa, ou da busca da notoriedade, tudo com o sacrifício, às vezes irreparável, da verdade e da liberdade do réu.

Entre os antídotos contra o veneno dos julgamentos antecipados feitos pela mídia, e seus reflexos no veredicto dos tribunais, pode-se lembrar o Contempt of Court Act, votado em 1981 pelo Parlamento inglês, que proíbe, entre outras coisas, "publier des informations de nature à influencer un jury à l'encontre d'un accusé". E a consequência da violação desta regra, quando a imprensa pollue o processo, é a possibilidade de a Court of Appeal anular o julgamento e determinar que outro se realize (vide Mireille Delmas-Mary, ob. cit. p. 589).

Aliás, nos Estados Unidos, a common law firmou-se no mesmo sentido, a partir do famoso "Caso Sheppard", em que a Suprema Corte anulou a condenação de um réu de homicídio, por reconhecer que ocorrera, antes do veredicto judiciário apenador, um pretrial ou trial by media, sendo possível que os jurados tenham sofrido a influência da publicidade opressiva desencadeada contra o réu (vide John Lofton, "Justicer and the Press", pgs. 385 e segs.).

* * *

Outra fonte de risco para o princípio da presunção de inocência reside nas extremadas e radicais limitações, para o exame da matéria probatória, impostas aos Tribunais Superiores em nível de cassação. Isto acaba resultando na impossibilidade de corrigir-se condenações iníquas ditas pelas Cortes regionais, em estados confederativos ou federativos, onde as

sentenças, muitas vezes, são o reflexo das pressões exercidas pelos poderosos, política ou economicamente, do lugar, ou pela opinião pública local.

Ao lado da constitucionalização do Direito Penal, Mireille Delmas-Marty registra o fenômeno moderno da internacionalização, marcado, principalmente, pela ratificação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, editada em Roma, no ano de 1950.

Como se sabe, a Convenção instituiu, em seu art. 38, a Corte Europeia dos Direitos do Homem, permitindo aos cidadãos dos Estados signatários a ela recorrerem, para examinar seus pleitos individuais, depois de esgotadas todas as instâncias em seus respectivos países. Trata-se de uma supracorte de justiça, de natureza internacional, que tem, entre outras, atribuição para controlar o respeito ao princípio da presunção de inocência por parte dos tribunais nacionais.

Por exemplo, no "Affaire Piersack C. Bélgica", a Corte Europeia, por unanimidade, concluiu que fora violada, pela justiça nacional belga, a garantia de um julgamento imparcial, assegurada pelo art. 6.1 da Convenção, tendo em vista que o juiz-presidente do julgamento pelo júri, do qual resultara a condenação do réu à pena de 18 anos de trabalhos forçados, exercera, anteriormente, no mesmo processo, funções de ministério público. A Corte de Cassação da Bélgica rejeitara a arguição de nulidade do veredicto condenatório, ensejando ao sentenciado socorrer-se da Corte internacional, onde obteve reconhecimento da violação a seus direitos ("Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", Vincent Berger, 4ª ed., 1994, pgs. 145/6).

Prefaciando as duas primeiras edições da acima citada "Jurisprudence", o eminente Louis-Edmond Pettiti, um dos juízes da Corte, transcreveu as palavras de João Paulo II, por ocasião da cerimônia do trigésimo aniversário da Convenção Europeia, quando o Sumo Pontífice sublinhou a relevância da missão da Corte internacional, pois ela representa "um reforço da garantia de justiça", para as pessoas que se sentiram atingidas em seus direitos (p. X).

Em palavras próprias, o hoje magistrado Pettiti, antigo bâtonnier da Ordem dos Advogados junto à Corte da Apelação de Paris, adverte que, mesmo no seio de uma democracia, a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana pode não ser suficientemente assegurada em escalão nacional, o que justifica a existência de um recurso de ordem internacional, que será julgado sem o peso "des scléroses, des particularismes, des intérêt des groupes de pressions publics et privés" (p. XI).

Ora, a mesma distorsão, como já acentuado, pode ocorrer nas instâncias regionais da justiça doméstica de cada país, o que torna necessária a existência de Cortes Superiores, com competência processual para impedir a

perpetuação de arbitrariedades, que se apresentem revestidas sob a roupagem, tanto mais vistosa quanto mais iníqua, de sentenças ou acórdãos.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência viria a ser expressamente consagrado pela Constituição de 1988 (art. 5º, LVII). Antes disto, em dezembro de 1969, fora firmada a "Convenção Americana sobre Direitos Humanos" - Pacto de San José de Costa Rica, cujo art. 82 é expresso:

"Tôda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprova legalmente sua culpa".

Com redação absolutamente idêntica, o art. 14.2 do "Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos", da ONU, de dezembro de 1966, já entronizara o princípio da presunção de inocência, cuja eficácia, porém, depende de instrumentos capazes de fazê-lo prevalecer, em face de decisões que se revelem arbitrárias, contra o réu, na interpretação da prova.

Os professores de Direito Constitucional da Universidade de Barcelona, Tereza Freixes Sanjuan e José Carlos Remotti Carbonel, em capítulo do livro "El Derecho a la libertad personal" (vide "Fascículos de Ciências Penais", ano 6, v. 6, nº 2, 1993, pgs. 62 e segs.), mostram que os direitos constitucionalmente reconhecidos podem se distinguir em direito base e direitos-garantia, havendo uma relação indissociável entre o primeiro e os últimos, sob pena de o direito base perder sua efetividade. Assim, por exemplo, no tocante ao direito genérico à liberdade pessoal, um dos direitos - garantia, imprescindível para sua efetividade, é "o controle judicial da detenção através do habeas corpus". Fundamental, portanto, a previsão de direitos-garantia para resguardar o respeito ao direito-base.

Todos bem sabemos que, em muitos casos, a simples garantia do duplo grau de jurisdição, em razão, inclusive, das injunções a que ficam sujeitas as cortes locais de apelação, não basta para corrigir patentes erronias dos julgadores de primeira instância.

Por outro lado, as antes mencionadas limitações impostas ao exame da prova por ocasião do julgamento dos recursos de cassação (correspondentes, no direito brasileiro, ao recurso especial e, de alguma forma, ao recurso extraordinário) e dos habeas corpus, fazem com que erros judiciários flagrantes somente possam ser elididos através de arrastadas revisões criminais, de raríssimo deferimento, mesmo porque julgadas, em regra, pelo mesmo tribunal responsável pelo erro.

Para obviar estas violações que atentam contra as liberdades individuais, o poder criativo dos advogados e dos tribunais, em vários países da Europa ocidental, fonte perene do direito brasileiro, tem aberto a possibilidade de

um exame da prova, mesmo perante os Tribunais Constitucionais ou as Cortes de Cassação, visando a controlar o respeito ao princípio da presunção de inocência, por parte dos graus inferiores de jurisdição. Aliás, na Noruega e na Dinamarca, a própria Corte Suprema funciona, ordinariamente, como um tribunal de terceiro grau, competente para reexaminar, sem limitações, todas matérias de direito e de fato (Pradel, ob. cit. p. 336).

Em recente estudo, anteriormente citado, Bacigalupo, catedrático de Direito Penal e membro do Tribunal Supremo espanhol, mostra a evolução que vêm sofrendo a doutrina e a jurisprudência no sentido de que se opere, em nível de cassação, um exame da motivação das sentenças condenatórias, notadamente depois da vigência do art.6.2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, do qual deflui que "la culpabilidad del acusado se deberá probar por el acusador y toda duda jugará en favor del acusado". É o reconhecimento do *in dubio pro reo* como núcleo do princípio da presunção de inocência (p. 19).

Partindo daí, a Corte de Cassação francesa tem estendido seu poder correccional, dentro de "su misión jerárquica", ao ponto de controlar a motivação das decisões judiciais, principalmente sobre as questões de fato (motivos de hecho - p. 31). Igualmente na Alemanha, tornou-se pacífico ser suscetível de controle, em grau de cassação, o respeito "por parte del Tribunal de Instancia del principio in dubio pro reo" (p. 32). Este controle é feito pelo exame da "infraestructura racional de la formación de la convicción", geradora da decisão condenatória (p. 29), o que significa, em última análise, que o Tribunal de Cassação perquire se a conclusão apenadora observou, quanto à matéria de prova, as "leyes lógicas y los principios de la experiencia" (p. 32).

Vozes tradicionalistas e conservadores objetam que este alargamento do campo dos recursos de cassação importaria "un desborde por encima de los límites que el recurso por sua propia naturaleza debe tener", eis que tradicionalmente a finalidade da cassação é resguardar "la unidad en la aplicación del Derecho", em atenção aos princípios da igualdade e da segurança jurídica (pgs. 45/6).

Porém, o entendimento moderno, na opinião dominante da doutrina alemã, é que "la verdadera función de la casación está en la justicia del caso concreto". Sustenta Roxin, com adesão cada vez maior, que "el fin de la casación es, según la voluntad del legislador, la de otorgar una protección realista" (apud Bacigalupo, ob. cit. p. 47).

Por seu turno, Bacigalupo, embora reconhecendo que a finalidade principal da cassação seja velar pela unidade na aplicação do direito, ressalva que, como qualquer recurso, ela também "debe perseguir un fin de protección contra la arbitrariedad", razão pela qual não se pode negar a um

Tribunal de Cassação o poder de "corregir un razonamiento logicamente falso que determina la condena de un inocente" (p. 48).

Registre-se que, na Espanha, instalou-se uma divergência entre a posição conservadora do Tribunal Supremo, de que Bacigalupo é membro, e a postura progressista do Tribunal Constitucional, tendo este, em sucessivos julgados, concluído que a presunção de inocência, "uma vez consagrada constitucionalmente", deixou de ser um princípio geral de Direito informador da atividade judicial "para converter-se em um direito fundamental que obriga a todos os poderes público e é de aplicação imediata" (p. 16).

Mais do que na Alemanha, França e Espanha, numa república federativa de dimensões continentais, como o Brasil, com regiões de diversificados níveis culturais, e de condições sócio-econômicas as mais díspares, estando os operadores do direito sujeitos a injunções de variados matizes, pode ocorrer "la impotencia del poder frente a las opulentas y espectaculares fuerzas de hecho, imperios económicos que atenazan la independencia de los jueces", alguns dos quais acabam se vergando à "poliarquia, la pluralidad de centros de poder e influencia, incluyendo el de la prensa" (Augusto Morelo, "Los Abogados-Desafios de los Años 90", 1993, p. 144). É desta eventual e previsível submissão, ainda que esporádica, à poliarquia, por parte de órgãos da justiça local, nasce o risco de surgirem condenações arbitrárias, vulneradoras do in dubio pro reo, que se afirmou como dogma fundamental, a partir da constitucionalização do princípio da presunção de inocência, de quem é o mais importante elemento informador.

Daí a necessidade de conferir-se a uma Corte Superior, mais imune às injunções mutiladoras da justiça, o poder de controlar o respeito, pelos tribunais regionais, ao princípio da presunção de inocência. E tanto isto se patenteia como necessário, quando se sabe que este controle, na Europa, pode ser exercido por uma corte supranacional, sem nenhum melindre por parte da órgãos judiciários nacionais.

Para se ter uma pálida idéia da necessidade da criação de um verdadeiro terceiro grau de jurisdição em matéria penal, basta atentar para a realidade, colhida em qualquer repertório de jurisprudência, de que muitas vezes os tribunais de instância, ao exercer o duplo grau de jurisdição, cometem tais e tão grosseiros error in procedendo, na aplicação e interpretação do direito, matéria em que são técnicos altamente qualificados, que suas decisões acabam sendo descontinuadas até através de simples habeas corpus, concedidos pelas cortes superiores. Ora, um preconceito insustentável é pretender-se que estes mesmos tribunais de instância não incidam, também, em erros graves in judicando, na apreciação da prova, com violações flagrantes ao princípio da presunção de inocência, impondo-se, portanto, a criação de um instrumento para corrigi-las.

De passagem, assinale-se que esta impossibilidade de reexame da prova pelas cortes superiores torna-se verdadeiramente dramática no julgamento dos réus que têm foro privilegiado *ratione personae*, em que o caso é apreciado por tribunais, com competência originária, exercida em instância única. Nestas situações, à mingua de um recurso com efeito devolutivo pleno para outro tribunal, há manifesto desprezo à garantia prevista no art.8.2.h, da "Convenção Americana sobre os Direitos Humanos":

"toda pessoa acusada tem direito...h) - de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".

Por outro lado, nem se argumente, que a possibilidade de um reexame da prova, em nível de cassação, implicaria maior congestionamento das atividades dos tribunais superiores. Nada impede que se aumente o número de juízes, bastando registrar que na Itália, país de população bem menor que o Brasil, a Corte de Cassação é composta por seis câmaras criminais (Pradel, ob. cit. p. 337)

Assim, nesta matéria, os advogados brasileiros devem se empenhar, com entusiasmo, no cumprimento de seus misteres de importantes cooperadores na construção do direito e de defensores das liberdades públicas.

Em preciosa coletânea de conferências, sob o título "Problemas do Advogado nos Estados Unidos" (ed. bras., 1963), o prof. Elliot Cheatham ressalta que o advogado, na defesa das partes, muitas vezes elabora "novos entendimentos da lei, para fazer face a novas necessidades" (p. 19). É a atividade elaboradora do direito, também destacada por Maurice Garçon ao observar que o advogado "não profere sentença, mas contribui para ela ser proferida" ("O Advogado e a Moral", ed. port., 1963, p. 9).

Numa memorável conferência ("Revista OAB-RJ", nº 16, 1981, p. 44) , o saudoso prof. José Lamartine Correia pôs em destaque que, amiúde, a jurisprudência criativa é fruto da advocacia criativa, que abre novas veredas, insti-gando os magistrados a lançarem-se "no processo de adaptação das normas aos fatos e necessidades em mudança" (Alberto Venâncio Filho, "Das Arcadas ao Bacharelismo", p. 296).

Na história judiciária de nosso país, com a atuação de Rui Barbosa e de outros advogados, tivemos um exemplo de advocacia e jurisprudência criativas, das quais resultou a elaboração da denominada doutrina brasileira do habeas corpus, que possibilitou, antes da lei criadora do mandado de segurança, a proteção expedita, através do habeas corpus, de outros direitos líquidos e certos, além do direito de ir, ficar e vir, que seria o único suscetível de amparo, à luz de uma interpretação estreita do texto da Constituição de 1891.

Ademais, em nossos dias, esta maior abrangência que se pretende dar aos recursos de cassação em matéria penal, vem, ainda, como já se disse, ao encontro daquela outra missão confiada ao advogado: a defesa das liberdades públicas. É igualmente do prof. Elliot Cheatham a advertência de que por mais importante que possa ser o direito legal, este "existe apenas no papel, a menos que haja advogados com ardor suficiente para dar-lhe vida" (ob. cit. p. 10).

E exatamente isto ocorre com a direito base representado pela garantia da presunção de inocência, que se assenta no respeito ao in dubio pro reo, princípio da maior relevância, mas carecedor de um instrumento rápido e eficaz que lhe dê vida, resguardando-o de violações. Sem dúvida, o remédio, consubstanciador do imprescindível direito-garantia, deve ser o recurso de cassação, ou outro similar, a ser apreciado por Cortes superiores federais, imunes a pressões que, freqüentemente, perturbam, e mesmo sufocam, a independência da atuação dos tribunais de instância locais.

Mas, para que tudo isto se transforme em realidade é necessário que os advogados se transmudem no guerreiro, a quem Justiniano os equiparava. E em sua luta se lembrem das reflexões poéticas de Morelo (ob. ci. pgs. 156/7), ao dizer que as previsões constitucionais hoje são faróis que iluminam a plenitude do campus do direito, notadamente no vetor da proteção eficaz das liberdades fundamentais, e representam a armadura em que se abriga a prudente atuação dos juízes, e corporificam a espada del abogado, abridor de caminos.

FILHO, Antonio Evaristo de Moraes. **Reflexões atuais sobre a questão penal.** Disponível em http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/evaristo_moraes/em_2.html. Acesso em 19/07/2006.