

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

MAYSA VICENTE MARQUES

**OS MODELOS PROCESSUAIS PENAIS E A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DO
MODELO INQUISITÓRIO NAS DECISÕES DOS MAGISTRADOS DA COMARCA
DE CRICIÚMA: UMA ANÁLISE NAS SENTENÇAS CRIMINAIS DE CRIMES
HEDIONDOS NO PERÍODO DE 01/10/2013 A 01/04/2014**

CRICIÚMA, JULHO DE 2014

MAYSA VICENTE MARQUES

**OS MODELOS PROCESSUAIS PENAIS E A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DO
MODELO INQUISITÓRIO NAS DECISÕES DOS MAGISTRADOS DA COMARCA
DE CRICIÚMA: UMA ANÁLISE NAS SENTENÇAS CRIMINAIS DE CRIMES
HEDIONDOS NO PERÍODO DE 01/10/2013 A 01/04/2014**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. MSc. Valter Cimolin

CRICIÚMA, JULHO DE 2014

MAYSA VICENTE MARQUES

**OS MODELOS PROCESSUAIS PENAIS E A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DO
MODELO INQUISITÓRIO NAS DECISÕES DOS MAGISTRADOS DA COMARCA
DE CRICIÚMA: UMA ANÁLISE NAS SENTENÇAS CRIMINAIS DE CRIMES
HEDIONDOS NO PERÍODO DE 01/10/2013 A 01/04/2014**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com linha de pesquisa em Direito Processual Penal e Criminologia.

Criciúma/SC, 04 de julho de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Valter Cimolin – (UNESC) – Orientador

Prof. Msc. Jackson da Silva Leal – (UNESC) – Membro

Prof. Esp. Leandro Alfredo da Rosa – (UNESC) – Membro

Dedico este trabalho a todos aqueles que de alguma forma me apoiaram, através de uma palavra de conforto, pela paciência, ou pelo simples fato de estarem, mesmo que em pensamento, torcendo pelo meu êxito. Dedico em especial aos meus pais Cristiane e Gelson. Sem o seu apoio, jamais o teria concluído.

AGRADECIMENTOS

Externo meus agradecimentos primeiramente a Deus, que iluminou meu caminho e pensamentos durante esta longa caminhada.

Agradeço principalmente aos meus pais, Gelson Marques e Cristiane Delfino Vicente que não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida, e ao meu pequeno irmão Arthur Vicente Marques.

Agradeço aos demais familiares que prestaram seu apoio incondicional, especialmente aos meus avós João Vicente, Luiza Alice Galvan Feltrin, Vergílio Marques e Adair Alves Marques (*in memoriam*), aos meus tios Eduardo Vicente, Silvana Selhorst Vicente, Bruno Galvan Feltrin, Bruna Izidro, Gilberto Marques e Carmem Marques, e a minha prima Beatriz Selhorst Vicente.

Agradeço, ainda, ao meu namorado Thiago Niehues Beltrame, pelas horas de paciência, pelas palavras de conforto, pela confiança que sempre depositou em mim.

Às minhas amigas, sobretudo as de longa data, aquelas que conhecem a minha essência, e que igualmente são responsáveis pela formação do meu caráter. Agradeço pela sua incessante preocupação, pela crença no meu sucesso.

Por fim, agradeço a todos os amigos que forneceram seu suporte, bem como momentos de descontração, que são tão importantes quanto os de estudo, em especial a Maiara Minatto, que com sua amizade sincera e companheirismo me acompanhou em todos os momentos de elaboração do presente.

Agradeço, ainda, aos colegas de faculdade e colegas de trabalho, em especial, Lucas Savi Silveira, Evandro Carlos Benacchio, Andreia Barbieri Lopes, Renata Jamardo, Natalia Rocha e Leonardo Massaneiro, que também compartilharam comigo seus receios, suas preocupações, pela crença no meu sucesso.

Ao meu orientador, professor Valter Cimolin, pela sua disponibilidade, dedicação e paciência em me auxiliar na confecção desta monografia, muito obrigada.

Sou grata a todos os educadores, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

Aos professores Jackson Leal e Leandro Alfredo da Rosa, obrigada por aceitarem ser a minha banca examinadora.

Por fim, agradeço a todos os demais que de alguma maneira fizeram eu seguir em frente, sem desistir da caminhada.

Imensamente agradeço.

“As pessoas crêm que o processo penal termina com a condenação, o que não é verdade. As pessoas pensam que a pena termina com a saída do cárcere, o que tampouco é verdade. As pessoas pensam que prisão perpétua é a única pena que se estende por toda a vida: eis uma outra ilusão. Senão sempre, nove em cada dez vezes a pena jamais termina. Quem pecou está perdido. Cristo perdoa, os homens não.” (Francesco Carnelutti)

RESUMO

Existem importantes momentos de intervenção judicial no processo penal que possivelmente estabelecem filtros ao punitivismo e, dentre estes, a aplicação da pena, finalizadora da sentença penal condenatória, tem destacado papel, motivo pelo qual a atuação da Magistratura, na resistência ou na adesão aos discursos punitivistas, é crucial para diagnosticar o estado da arte político-criminal. A preocupação central em face do punitivismo está na avaliação dos argumentos que permitem aos magistrados elevar a pena além do limite mínimo ou não reduzi-la aquém dos patamares fixados pelo Legislador. Por tal razão, a problemática que permeia o modelo inquisitório e a sua influência na mentalidade dos julgadores no processo penal tem ocupado nos últimos anos especial atenção da doutrina. Nesse sentido, o objetivo do presente estudo foi analisar a influência do modelo inquisitório na mentalidade dos julgadores da comarca de Criciúma/SC e, conseqüentemente, nas decisões judiciais criminais prolatadas por estes. Para cumprir com tal proposta, o trabalho dividiu-se em três capítulos, em que primeiramente se estudou de forma aprofundada os princípios constitucionais que norteiam o modelo processual penal acusatório, e os demais modelos processuais penais, colimando-se averiguar os elementos identificadores de cada modelo, quais sejam, acusatório, inquisitório e misto. Na sequência foram estudadas as instituições da persecução penal, analisando-se as funções do Ministério Público e da Magistratura, com maior enfoque na figura do magistrado, a fim de demonstrar a influência do punitivismo contemporâneo na opinião pública e na mentalidade dos julgadores, bem como a sensação de (in)segurança pública do país trazida pela mídia. Por fim, cuidou o último capítulo de pesquisa empírica, que buscou demonstrar a adesão, ou não, dos magistrados da comarca de Criciúma/SC ao punitivismo. Para tanto foi aplicado o método dedutivo em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal, sendo, no último capítulo, realizada análise quantitativa e qualitativa de sentenças condenatórias criminais da comarca de Criciúma/SC, a fim de se verificar os critérios utilizados pela 1ª e 2ª Vara Criminal para quantificação da pena carcerária. O período de análise foi delimitado no semestre de outubro de 2013 a abril de 2014. Realizou-se, portanto, um estudo sobre a possível influência do modelo inquisitório nas decisões dos magistrados de Criciúma/SC, com análise nas sentenças criminais de crimes hediondos no período de 01/10/2013 a 01/04/2014. A pesquisa, contudo, revela que não há forte tendência punitivista e influência do modelo inquisitório na aplicação da pena pelos magistrados de Criciúma, mais precisamente, da 1ª e 2ª Vara Criminal.

Palavras-chave: Processo Penal. Modelos processuais penais. Instituições da persecução penal. Punitivismo. Dosimetria da pena.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRINCÍPIOS E MODELOS PROCESSUAIS PENAIS	12
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O MODELO PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO	14
2.2 MODELOS DE PROCESSO PENAL NA RECENTE HISTÓRIA OCIDENTAL ...	22
2.2.1 Modelo acusatório na Constituição de 1988	25
2.2.2 Modelo inquisitório e seus efeitos na persecução penal	30
2.2.3 Modelo misto	33
3 AS INSTITUIÇÕES DA PERSECUÇÃO PENAL E A VISÃO PUNITIVISTA DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	35
3.1 AS FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA MAGISTRATURA NA PERSECUÇÃO CRIMINAL	35
3.2 PUNITIVISMO CONTEMPORÂNEO E A SUA INFLUÊNCIA NA OPINIÃO PÚBLICA E NA MENTALIDADE DOS MAGISTRADOS	45
3.3 MÍDIA: ESPELHO OU ESPECTRO DA (IN)SEGURANÇA PÚBLICA?	49
4. A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DO MODELO INQUISITÓRIO NAS DECISÕES DOS MAGISTRADOS DA COMARCA DE CRICIÚMA: RESULTADOS DE UMA PESQUISA EMPÍRICA	55
4.1 DA CONTEXTUALIZAÇÃO DA PESQUISA E DO PARÂMETRO UTILIZADO ...	55
4.1.1 Breve Histórico da pesquisa de Salo de Carvalho	57
4.2 DA METODOLOGIA NA APLICAÇÃO DA PESQUISA EM CRICIÚMA/SC	58
4.3 DOS RESULTADOS DA PESQUISA	67
4.3.1 Critérios de aplicação da pena-base pelas 1ª e 2ª Varas Criminais da comarca de Criciúma/SC: análise quantitativa e qualitativa	68
4.3.1.1 Dupla valoração de circunstâncias: violação ao princípio ne bis in idem	74
4.3.2 Problemas na aplicação da pena provisória (atenuantes e agravantes) pelas 1ª e 2ª Varas Criminais da comarca de Criciúma/SC	75
4.3.4 Aplicação da pena definitiva pelas 1ª e 2ª Varas Criminais da comarca de Criciúma/SC	79
5. CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	85
APÊNDICES	91

APÊNDICE A – PEDIDOS DE AUTORIZAÇÃO DE ACESSO AOS AUTOS SOB A ÉGIDE DO SEGREDO DE JUSTIÇA.....	92
APÊNDICE B – RELAÇÃO DOS PROCESSOS REFERENCIAIS DA PESQUISA .	94

1 INTRODUÇÃO

A problemática que permeia o modelo inquisitório e a sua influência na mentalidade dos julgadores no processo penal tem ocupado nos últimos anos especial atenção da doutrina, dividindo opiniões e instaurando, juntamente com a discussão afeta à realização da investigação criminal pelo Ministério Público, a maior celeuma hodiernamente suportada por esse ramo do Direito.

É nessa contextura, na qual segmentos doutrinários bem identificados professam suas peculiares posições, que erige o presente trabalho, no escopo de analisar a influência do modelo inquisitório na mentalidade do juiz no processo penal, permitindo uma aferição abalizada acerca da validade dos argumentos manejados pela doutrina para afastar ou sustentar a existência de eventual adesão pelos magistrados ao punitivismo.

A relevância social da pesquisa está em verificar a influência, ou não, do modelo inquisitório nas decisões dos magistrados que atuam na esfera processual penal na comarca de Criciúma/SC, considerando que o Processo Penal tem como clientela uma parcela vulnerável economicamente e com grande déficit de direitos no contexto social e jurídico brasileiro.

Outrossim, impende destacar a relação existente entre este estudo e a pesquisa já realizada, no ano de 2010, pelo professor e pesquisador Salo de Carvalho intitulada "O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)", a qual permitiu a iniciação do presente estudo a nível local.

A hipótese que orientou o trabalho foi a de que as decisões judiciais criminais são possivelmente pautadas por uma visão inquisitória dos magistrados, os quais podem atuar como filtros ou impulsionadores do punitivismo, em virtude do amplo espaço de discricionariedade que lhes é permitido durante o processamento dos feitos penais, precipuamente na aplicação da pena.

Para tanto, o método de pesquisa utilizado será o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal. Empregar-se-á, ainda, no último capítulo a metodologia de levantamento de dados e análise quantitativa e qualitativa de sentenças condenatórias criminais da comarca de Criciúma/SC, a fim de se verificar os critérios utilizados pela 1ª e 2ª Vara Criminal

para quantificação da pena carcerária. O período de análise foi delimitado no semestre de outubro de 2013 a abril de 2014. A abordagem dos temas de investigação é, fundamentalmente, criminológica e crítica, embora o objeto de análise (critérios judiciais de aplicação da pena) esteja, em princípio, vinculado à dogmática jurídico-penal.

Para cumprir com o objetivo proposto, o trabalho se dividirá em três capítulos, em que, primeiramente, proceder-se-á a um breve estudo dos princípios constitucionais que norteiam o modelo processual penal acusatório, bem como dos demais modelos processuais penais, colimando-se averiguar os elementos identificadores de cada modelo, quais sejam, acusatório, inquisitório e misto. Em um segundo momento, verificar-se-á a as instituições da persecução penal, analisando-se as funções do Ministério Público e da Magistratura, com maior enfoque na figura do magistrado, buscando demonstrar a influência do punitivismo contemporâneo na opinião pública e na mentalidade dos julgadores, e o quanto a mídia pode refletir na sensação de (in)segurança pública do país. Por derradeiro, cuidará o último capítulo de pesquisa empírica que buscará demonstrar a adesão, ou não, dos magistrados da comarca de Criciúma/SC ao punitivismo.

2 PRINCÍPIOS E MODELOS PROCESSUAIS PENAIS

Inicialmente, antes de se adentrar no mérito dos modelos¹ processuais penais, impende destacar a grande e inegável importância de serem estudados os princípios gerais do processo penal.

Conceitualmente, princípios são “normas que, por sua generalidade e abrangência, irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito” (BONFIM, 2009, p. 34), podendo, portanto, serem considerados como fundamentos que servem de base para determinadas legislações, independentemente de estarem expressos na ordem jurídica positiva ou implícitos, quando serão analisados por dedução lógica e/ou em analogia com outras normas.

Entende-se por explícitos os princípios que estão expressamente disciplinados em dispositivos normativos, assim como os presentes na Constituição Federal ou no próprio Código de Processo Penal Brasileiro. Quanto aos princípios implícitos compreendem-se aqueles que, apesar de não estarem expressamente formulados nas leis, extraem-se intelectualmente das proposições normativas existentes na ordem jurídica, interpretando-se como um conjunto coerente (BONFIM, 2009, p. 36).

Sobremais, para que se possa interpretar toda a mecânica e íntima estrutura do sistema processual, é essencial a configuração dos princípios processuais, precipuamente porque, em sua maioria, os princípios estão positivados, constituindo-se em normas de aplicação direta e não mais pertencem à configuração antiga de “princípios gerais de direito” segundo J. Picó I Junoy (2012 *apud* BONFIM, 2009).

Nesse mesmo sentido, Lopes Jr. (2013, p. 163) entende que os princípios detêm plena eficácia normativa e, por este motivo, devem ser tratados como verdadeiras “normas”, também pelo fato de constituírem a própria essência do sistema jurídico, com inegável caráter de norma.

¹ À compreensão do presente trabalho importa ter em mente que os sistemas acusatório, inquisitivo e misto, seriam espécies de sistemas processuais penais, referindo-se o vocábulo “modelos”, à estrutura dada por determinado povo e em delimitado período ao respectivo sistema vigente. Assim, seriam modelos de sistema acusatório, por exemplo, o ateniense e o romano.

Outrossim, em função de o processo penal lidar com o exercício de poder e limitação da liberdade individual, correndo os riscos dos desvios e ab(uso) do poder estatal, necessária a observância das “regras do jogo” (LOPES JR., 2013, p. 162), para a máxima eficácia das garantias processuais mínimas, utilizando-se, para tanto, dos princípios que informam o sistema jurídico atual.

Os princípios processuais penais são classificados por Bonfim (2009, p. 36) em quatro espécies: a) princípios relativos à iniciação do processo; b) princípios relativos à relação processual; c) princípios probatórios; d) princípios relativos à forma. Dentre os primeiros aponta os princípios da oficialidade, do devido processo legal e do juiz natural. Dentre os segundos indica os princípios da investigação (instrução, averiguação e princípio da verdade material), da igualdade das partes, do contraditório e da celeridade processual. Dentre os terceiros, os princípios do livre convencimento, da “proibição de prova ilícita” e do *in dubio pro reo*. Por fim, os princípios da oralidade e da publicidade.

O próprio texto constitucional começa por impor ao legislador ordinário alguns destes princípios que conferem ao cidadão, o direito de defesa e de um julgamento justo, pressupondo algumas garantias constitucionais, tais como a da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, LVI e LXII), da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), da presunção de inocência (art. 5º, LVII), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput* e I), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX), entre outras.

Desta forma, cada modelo processual é calcado em determinados princípios, que o particulariza. Por ora, não será realizada uma abordagem mais ampla de tais princípios, deixando-se o seu aprofundamento para a ocasião da contextualização de cada um no respectivo espaço temático.

Assim, impende ressaltar que até o ano de 1988, a doutrina brasileira muito pouco ou nada discorria sobre os modelos processuais penais, conhecidos como acusatório, inquisitório e misto, uma vez que seus conceitos e características não interessavam aos operadores do Direito à época. Na verdade, segundo Andrade (2008, p. 450), o tema envolvendo os modelos processuais penais sequer era tratado nos bancos acadêmicos.

Atualmente, os modelos supramencionados passaram a ser o centro de discussão no processo penal brasileiro, de onde é possível se extrair argumentos

favoráveis ou contrários relacionados aos mais variados temas, como, p. ex., a investigação criminal e a postura judicial durante o processo.

Isto porque a doutrina e a jurisprudência pátria passaram a divergir quanto ao tipo de modelo processual penal adotado pela Constituição de 1988, fato que fez com que a atenção repentinamente se voltasse aos modelos (ANDRADE, 2008, p. 450), os quais ficaram divididos por aqueles autores que entendem haver sido adotado o modelo acusatório, e aqueles que afirmam que hoje o Brasil adota o modelo misto ou até mesmo o inquisitório.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O MODELO PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Acerca do processo penal enquanto sistema jurídico de aplicação do Direito Penal, estruturados, segundo Oliveira (2008, p. 27), em sólidas bases constitucionais, adianta-se a existência de alguns princípios fundamentais e, portanto, absolutamente inafastáveis, que objetivam a proteção e tutela dos direitos individuais dos cidadãos.

Neste momento, discorrer-se-á sobre os princípios que mais se relacionam com o modelo processual penal acusatório.

Dessarte, o princípio do devido processo legal, presente no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 2014).

O princípio acima citado norteia o ordenamento jurídico brasileiro, e pode ser considerado como alicerce, no qual se encontra estruturado o processo penal. Tal dogma constitucional pressupõe a observância da legalidade, bem como de diversos princípios outros que estão englobados por ele, a fim de garantir os direitos inerentes ao ser humano, tais como o da presunção de inocência, do duplo grau de

jurisdição, da ampla defesa, do contraditório, da imparcialidade do julgador, do juiz natural, etc.

Segundo o entendimento de Oliveira (2009, p. 4):

Mais que isso, ou junto a isso, deve ser um processo construído sob os rigores da Lei e do Direito, cuja observância é imposta a todos os agentes do Poder Público, de maneira que a verdade ou verossimilhança (certeza, enfim) judicial seja o resultado da atividade probatória lícitamente desenvolvida. Disso decorrerá também a vedação das provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI, CF), não só como afirmação da necessidade de respeito às regras do Direito, mas como proteção aos direitos individuais, normalmente atingidos quando da utilização ilícita de diligências e dos meios probatórios.

Para Alvim (1999 *apud* COSTA, 2013), um dos exemplos do princípio do devido processo legal se encontra no princípio de que *nula poena sine iudicio* – não há pena sem processo. Trata-se de um princípio do direito penal, “significando que nenhuma sanção penal pode ser imposta sem a intervenção do juiz, através do competente processo. Nem com a concordância do próprio infrator da norma penal, pode ele sujeitar-se à sanção, extrajudicialmente”.

Como antecedente remoto da garantia do *due process of law* (devido processo legal)² se encontra o artigo 39 da Carta Magna outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões na Inglaterra, onde, a princípio mencionava-se *law of the land*:

39. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país.

Aqui o processo é o palco no qual as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu) devem estar em equilíbrio, não podendo nenhuma destas atividades se impor sobre a outra, pois, sendo assim, as garantias das partes e da própria atividade jurisdicional não estariam devidamente salvaguardadas.

Tucci (2004, p. 61), o qual acredita que a designação apropriada para o devido processo legal, em sede penal, seria “devido processo penal”, compreende que esta garantia constitucional reclama, para sua efetivação, a observância

² Para Edilson Mougnot Bonfim “A tradução usual – “devido processo legal” – não parece a mais adequada, porquanto a expressão “Law”, em inglês, não poderia ser trasladada ao português apenas como lei, por ser algo mais amplo, a retratar todo o universo jurídico, o mundo do direito a que se aterra o princípio do devido processo legal (...)” (2009, p. 39).

rigorosa de todas as formalidades prescritas em lei, a fim de que se possa atingir a finalidade do procedimento, qual seja, solucionar o conflito de interesses socialmente relevantes (o punitivo e o de liberdade).

Este princípio, que deve ser observado tanto em processos judiciais civis e penais como em procedimentos administrativos, garante ao acusado, no âmbito penal propriamente dito, a plenitude de defesa, que, consoante lição de Capez (2011, p. 80), compreende o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.

Vale ressaltar que neste complexo de princípios norteadores do Direito brasileiro, o princípio do juiz natural está intimamente ligado ao princípio da legalidade, sendo adotado em duas vertentes fundamentais: a da vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato (OLIVEIRA, 2008, p. 28), conforme se depreende do disposto do art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CRFB.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...]
LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; [...] (BRASIL, 2014)

Existem diversas denominações para a garantia a seguir examinada: garantia do juiz natural, do juiz legal, do juiz competente (FERNANDES, 2007, p. 133). A segunda nomenclatura é a utilizada pelo direito alemão e a terceira pelo direito espanhol. Ocorre que no direito pátrio a denominação mais utilizada é a de juiz natural.

Como anteriormente mencionado, tal garantia foi construída com base na ideia de vedação do tribunal de exceção (OLIVEIRA, 2008, p. 28), que consiste na proibição de se instituir ou de se constituir um órgão no Judiciário exclusivamente para o processo e julgamento de determinadas pessoas ou matérias.

Nesse sentido, a garantia pode ser considerada dúplice, ao passo que veda os tribunais extraordinários e impede a subtração da causa ao tribunal competente. Contudo, Fernandes (2007, p. 135) entende que a expressão mais ampla dessas garantias subdivide-se em três regras de proteção. São elas: a) o fato de que só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; b) ninguém poder ser julgado por órgão instituído após o fato; c) existência de ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade. Por tal motivo, o autor denomina a garantia do juiz natural como “tríplice garantia”.

Sobremais, no direito brasileiro, não é admitida a figura de um juiz parcial, exigindo-se do órgão julgador um desinteresse por ambas as partes, ou seja, deve o Estado-juiz interessar-se apenas pela busca da verdade processual, esteja ela com quem estiver, sem sair de sua posição *supra partes* (RANGEL, 2011, p. 20).

A imparcialidade significa uma forma de o Estado ocupar no processo a posição de terceiro, por meio do magistrado, que deverá atuar como órgão supraordenado às partes ativa e passiva (LOPES JR., 2013, p. 177). Esta imparcialidade do juiz possui íntima relação com o modelo acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, porquanto afastando o magistrado da persecução penal, tem o intuito de mantê-lo imparcial, dando ao Ministério Público, portanto, a exclusividade da ação penal.

É salutar trazer a lume o magistério de Lopes Jr. (2013, p. 178), no sentido de que “[...] somente haverá condições de possibilidade de imparcialidade quando existir, além das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.”

Outrossim, imperioso destacar que alguns doutrinadores contemporâneos compreendem que inclusive o Ministério Público e seus representantes, isto é, não só o Poder Judiciário, devem atuar com certa imparcialidade, quando da defesa da ordem jurídica, superando os interesses exclusivos da função acusatória, porquanto ao “Estado-Promotor” deve interessar, na mesma medida, tanto a absolvição do inocente quanto a condenação do culpado (OLIVEIRA, 2008, p. 8).

Sem esta almejada qualidade do julgador, a qual demonstra a aptidão do juiz para desempenhar o nobre papel de garantidor, tem-se que não haverá efetivo contraditório e segura contraposição entre as partes.

Em tal norte, cumpre salientar que ligadas à imparcialidade do juiz estão as garantias do juiz natural, explicitadas anteriormente, assim como as garantias da publicidade e motivação das decisões judiciais, as quais, no juízo penal, constituem valiosa proteção à liberdade do cidadão e, por fim, o princípio da iniciativa das partes.

A garantia da motivação das decisões judiciais, por sua vez, está amparada pelo inciso IX, do artigo 93 da Constituição, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004³:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...] (BRASIL, 2014)

Também, do artigo 381, *caput*, do Código de Processo Penal extraímos que “a sentença conterà: [...] III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; [...]” (BRASIL, 2014).

Contudo, infere-se que não apenas as sentenças condenatórias ou absolutórias, proferidas por juízo monocrático, ou colegiado, em processo de conhecimento de caráter condenatório, mas todos os outros atos decisórios, com exceção do despacho, para que sejam válidos, imprescindem de motivação (TUCCI, 2004, p. 199).

O princípio da motivação dos atos decisórios é tão consagrado, segundo entendimento de Capez (2011, p. 67) porquanto possibilita às partes a impugnação das decisões e aos tribunais superiores com competência recursal o reexame da matéria impugnada, sendo visto em seu aspecto político como garantia de aferição da imparcialidade do juiz e da legalidade e justiça das suas decisões.

Nessa esteira, como complemento e alicerce, cita-se o princípio da publicidade, dividido por Bonfim (2009, p. 51) em publicidade imediata e publicidade mediata, aquela com a presença das partes em contato direto com os atos

³ Promulgada em 08/12/2004 e publicada no Diário Oficial da União em 31/12/2004.

processuais e esta sendo resultante da divulgação dos atos pelos meios de comunicação. Tal princípio está de acordo com o modelo acusatório e encontra fundamentação legal nos artigos 5º, LX e 93, IX, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; [...] (BRASIL, 2014)

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...] (BRASIL, 2014)

Do mesmo modo, encontra abrigo no artigo 792, do Código de Processo Penal, o qual assinala que “as audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais [...]” (BRASIL, 2014).

À vista disso, assim como é indispensável a publicidade dos atos processuais, necessária, precipuamente no processo penal, a motivação dos atos decisórios.

Na mesma senda, destaca-se o princípio *ne procedat iudex ex officio*, popularmente conhecido como princípio da iniciativa das partes, afeto ao modelo processual acusatório, sustentando que, o magistrado apenas estaria autorizado a se manifestar quando provocado pelas partes, sendo-lhe vedado, por iniciativa própria, a prática de qualquer ato no processo penal⁴ (AVENA, 2012, p. 20).

Com efeito, é de solar evidência que a aplicação do *ne procedat iudex ex officio* se refere tão somente ao início da ação penal, isto é, nos crimes de ação penal pública a iniciativa deverá ser do Ministério Público e nos de ação penal privada a iniciativa fica condicionada ao ofendido, sem prejuízo, quanto a este

⁴ Nesse sentido, Avena a associa o brocardo em apreço com o papel de espectador desinteressado e passivo reservado ao magistrado, o qual não poderá iniciar o processo criminal sem que haja provocação dos legitimados.

último, do ingresso de ação penal privada subsidiária da pública nos moldes do art. 29, do CPP (AVENA, 2012, p. 20).

Contudo, existente a tentativa de dilatar o sentido do axioma em questão, a fim de que seu conteúdo abranja também o curso da fase processual, para restringir ou até mesmo impedir determinados pronunciamentos *ex officio* dos juízes e dos órgãos colegiados dos tribunais, conforme entendimento considerável da jurisprudência (AVENA, 2012, p. 20), entendendo-se inidônea tal tentativa, porquanto o verdadeiro teor deste cinge-se ao modo pelo qual o processo tem início.

Ainda, existem dois princípios concernentes ao indivíduo e à relação processual que são muito utilizados e conhecidos, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa. Ambos “caminham juntos” e estão presentes na atual Carta Magna, que em seu artigo 5º, inciso LV, assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]” (BRASIL, 2014).

Os mencionados princípios são fundamentais ao processo penal, precipuamente, uma vez que buscam a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontrando amparo no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, que é o único caminho para a imposição da sanção de natureza penal (OLIVEIRA, 2008, p. 32).

O princípio do contraditório garante que os atos processuais estarão revestidos da participação ativa das partes, sendo que a aplicação deste, não busca apenas comunicar e cientificar as partes de cada ato, mas garante que haja efetiva participação (argumentos e contra-argumentos), conforme as oportunidades que devem ser proporcionadas pelo juiz, antes de proferir decisão.

Assim, também em respeito ao princípio da igualdade, estas oportunidades concedidas pelo juiz a uma das partes, devem ser igualmente concedidas à parte contrária (paridade de armas), assegurando-se às partes iguais direitos de participar da produção da prova, bem como de se manifestar sobre documentos e argumentos apresentados *ex adversu* ou pelo próprio juiz (BONFIM, 2009, p. 42).

Na visão de Bonfim (2009, p. 42) são duas as espécies de contraditório identificadas pela doutrina, quais sejam: contraditório real e contraditório diferido.

A primeira classificação pretende denominar aquela oportunidade ao tempo da produção probatória, como exemplo, a própria inquirição de testemunhas

em juízo. Ao passo que a segunda classificação se refere ao que ocorre posteriormente à produção de prova, quando das alegações, debates, requerimentos e etc. O autor entende que na impossibilidade de efetivação do contraditório real, seja pela natureza da prova, pela natureza do procedimento ou pelo momento em que se realiza o procedimento, deve ser priorizado às partes o contraditório diferido (BONFIM, 2009, p. 42).

Para Oliveira (2008, p. 31), o contraditório é um dos princípios mais caros do processo penal, na medida em que a sua não observância implica nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado, instituindo-se, juntamente com o princípio da ampla defesa, como pedra fundamental de todo o processo, e, de forma singular, do processo penal.

Ademais, sobejando a produção doutrinária relativa ao princípio da ampla defesa, implica dizer que esta engloba a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor), seja de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, conforme disposto no inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]” (BRASIL, 2014)

Bonfim (2009, p. 43) explica o que vem a ser a defesa técnica e a autodefesa. Assere o aludido autor que a primeira trata da defesa exercida por advogado habilitado em nome do acusado, sendo tal defesa indisponível, porquanto caso o acusado não detenha condições de constituir defensor, o magistrado deverá nomear um em seu favor, ou ainda determinar que um defensor público assuma a sua defesa. A autodefesa, por sua vez, é exercida diretamente pelo acusado, o qual terá o direito de influir na convicção do juiz, através do direito de se fazer presente nos atos processuais (direito de presença) e, por isso, livremente disponível.

No mais, embora ainda exista a ideia de que a ampla defesa vem a ser tão somente outra medida do contraditório, Oliveira (2008, p. 32) propala que “enquanto o princípio do contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva desta participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado”.

Destarte, o princípio do duplo grau de jurisdição, permite ao interessado a revisão daquilo que porventura foi julgado contrário aos seus interesses, por outro órgão da jurisdição (hierarquicamente superior na estrutura jurisdicional), implicando

em outro direito, qual seja, o direito à obtenção de uma nova decisão, em substituição à primeira (OLIVEIRA, 2008, p. 692).

Bonfim (2009, p. 58) preleciona que tal brocardo abrange tanto as questões de fato quanto as questões de direito, alcançando as sentenças e as decisões interlocutórias. Ainda, entende que o dito princípio não encontra previsão expressa na Constituição, sustentando boa parte da doutrina que a Constituição Federal, quando organizou o Poder Judiciário em instâncias, consagrou o princípio do duplo grau de jurisdição implicitamente.

Ultrapassada a etapa das considerações preliminares, passa-se ao estudo dos modelos processuais penais.

2.2 MODELOS DE PROCESSO PENAL NA RECENTE HISTÓRIA OCIDENTAL

Antes de adentrar no mérito com relação aos modelos processuais penais existentes, mister se faz defini-los, e, para tanto, traz-se à colação o entendimento de Rangel (2011, p. 49) que entende o sistema processual penal como sendo:

[...] o conjunto de princípios e regras constitucionais de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: inquisitiva e acusatória.

Na visão de Andrade (2008, p. 33), o termo sistema jurídico pode ser definido como a

reunião conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente.

Para Andrade (2008, p. 33), a evolução do conhecimento humano, com sua amplitude e complexidade, foi o que gerou a necessidade de organização em áreas individualizadas que permitissem o aperfeiçoamento de tal conhecimento, por meio de uma especialização do estudo. Destarte, entende o autor que elementos

como princípios, normas, regras e conceitos foram, primeiramente, separados do conhecimento genérico para, posteriormente, serem unificados e organizados em grupos diferentes, dando-se início à formação dos sistemas.

De acordo com Andrade (2008, p. 32) existem *elementos fixos* e *elementos variáveis* em cada sistema, sendo considerados fixos aqueles que sempre devem estar presentes em um determinado sistema jurídico, porque considerados o núcleo do sistema, no fito de não haver um sistema exatamente igual ao outro em sua essência. Já os variáveis seriam aqueles que, como a própria nomenclatura permite observar, não são obrigatórios, porquanto não determinam a existência ou natureza jurídica do sistema, podendo se fazerem presentes ou ausentes ao longo da existência do sistema. Em realidade, esses últimos não passam de produto da ideologia prevalente em dado momento histórico.

Mister se faz asserir que cada elemento possui seu grau de importância dentro dos sistemas, e estes nada mais são do que manifestações históricas de como o processo penal de um determinado período da humanidade foi regulamentado. Contudo, por mais claras que aparentem ser as classificações dos sistemas com seus elementos (fixos e/ou variáveis), existem discussões e divergências acerca da real classificação do modelo processual penal brasileiro contemporâneo (ANDRADE, 2008, p. 33).

Isso porque, após a promulgação da Constituição de 1988, alguns doutrinadores – senão a doutrina majoritária – passaram a visualizar o processo penal sob a ótica do modelo conhecido como acusatório, isto é, aquele em que as funções acusatórias e julgadoras não devem se concentrar nas mãos do magistrado, mas sim se dividir entre órgãos distintos.

Contudo, outros doutrinadores ousam discordar daqueles que acreditam no modelo vigente como sendo acusatório, afirmando que em razão do atual Código de Processo Penal, o modelo processual penal não poderia mais ser classificado como acusatório puro, mas sim como inquisitivo garantista (NASCIMENTO, 2013).

Nesse diapasão, impende destacar o entendimento do ínclito doutrinador Lopes Jr. (2013, p. 118), o qual, ao conceituar o modelo brasileiro de (neo)inquisitivo, afirma que “somente no processo acusatório democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual. [...]”

Assim, preconiza Rangel (2011, p. 57) que o modelo acusatório, vigente no direito pátrio, e consubstanciado implicitamente na CFRB de 1988 no artigo 129, inciso I, não é puro em sua essência, uma vez que traz resquícios e ranços do modelo inquisitório.

O referido doutrinador elenca em sua obra alguns artigos do Código de Processo Penal que acredita não terem sido recepcionados pela atual Constituição Federal, a qual adota o modelo acusatório, tais como o art. 13, inciso II, do CPP, que permite que o magistrado determine à autoridade policial diligências no curso da peça investigativa; o art. 18, *caput*, que concede legitimidade ao juiz para ordenar o arquivamento do inquérito policial; o art. 311, *caput*, onde o juiz pode determinar de ofício uma prisão preventiva; o art. 385, *caput*, que permite ao juiz proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada, entre outros (RANGEL, 2011, p. 57).

A corroborar o acima exposto, obtempera Nucci (2008, p. 104) que apesar de muitos processualistas atuais sustentarem a existência de um modelo acusatório, se baseando tão só nos princípios constitucionais vigentes, a junção do ideal, isto é, a CFRB/88, com o real, o Código de Processo Penal, evidencia-se o modelo misto.

A preocupação basilar com relação ao modelo inquisitório e seus resquícios no atual modelo processual penal está na faculdade e/ou obrigação conferida aos magistrados brasileiros para que exerçam, também, a função de acusador em determinados atos judiciais, com a indesejável conseqüência de confusão no mesmo órgão das funções acusatórias e julgadoras.

Coutinho (2001, *apud* BUONICORE E SANTOS, 2013, p. 45) salienta que o princípio que rege o modelo inquisitório é o inquisitivo, cuja principal característica é a “extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão de prova”, sendo o acusado considerado “mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor.”

Considerando que a principal caracterização dos modelos processuais penais é realizada a partir da posição do magistrado no processo (CARVALHO, 2010, p. 79), porquanto aqueles, conhecidos como “acusatório” e “inquisitório” são definidos com base na gestão judicial das provas, perquiridas ou não segundo a posição do Juiz em suas decisões, necessário se faz analisar a opção política

escolhida entre duas distintas espécies de julgadores: “juízes-cidadãos” ou “juízes-magistrados”.

Para consecução de tal *desideratum*, buscar-se-á, em um primeiro momento, extrair os elementos fixos de cada modelo, isto é, características basilares e comuns a todos os modelos até então conhecidos de modelo acusatório, inquisitório e misto.

2.2.1 Modelo acusatório na Constituição de 1988

Imprescindível ressaltar que o presente trabalho não busca uma análise pormenorizada do modelo processual penal acusatório *per se*, ou ainda a análise minuciosa dos elementos deste modelo, a fim de se promover o cotejo de todos os modelos observados na história. Cabe aqui, inicialmente, a identificação – ainda que superficial – dos elementos fixos deste modelo.

Por derradeiro, é curial mais uma vez evocar os ensinamentos de Andrade (2008, p. 49), o qual preleciona que para descrever os elementos que compõem o modelo processual penal atual, os autores, em geral, iniciavam um estudo pelo direito clássico, ou seja, direito ateniense e romano.

Contudo, a partir dos anos noventa, a doutrina processualista passou a observar a realidade que já se fazia presente no direito continental desde o ano de 1974, ano em que a Alemanha adotava um novo modelo de processo, no qual a função investigatória, que antes era confiada ao juiz da instrução, passou às mãos do *parquet*. Ainda, após quase duas décadas, Portugal e Itália adotaram o modelo da Alemanha, denominado pelo autor de sistema acusatório contemporâneo (ANDRADE, 2008, p. 49).

Assim, pode-se compreender que o modelo acusatório informou o modelo de processo penal em dois diferentes momentos: no período clássico (direito ateniense e romano) e no período contemporâneo.

Como suso mencionado, grande parte dos processualistas penais iniciavam seu estudo sobre o modelo de processo penal pelo direito clássico. Assim, colhe-se dos excertos de Lopes Jr. (2006, p. 162) que o modelo acusatório se originou no Direito Grego (Atenas), por meio da participação direta do povo no

exercício da acusação e de julgamento (democracia), onde vigorava a acusação popular para os delitos graves e a acusação privada para os delitos menos graves.

No entanto, Andrade (2008, p. 55) assevera que apesar de o direito ateniense ser considerado o precursor do modelo de processo penal conhecido como acusatório, este não foi o primeiro a vigorar em Atenas. O autor chega a tal conclusão em virtude das lições deixadas por Aristóteles (384-322 a.C.), que demonstram estar a sociedade ateniense, anterior a Drácon, organizada inicialmente em uma base oligárquica, onde não havia espaço para a participação popular, tendo florescido o direito ateniense apenas nos séculos V e IV a.C, período em que o poder popular se fortaleceu e conquistou a sua democracia.

No Direito Romano, por sua vez, o modelo de processo penal sofreu diversas idas e vindas entre modelo acusatório e inquisitório, ao longo de vários séculos (ANDRADE, 2008, p. 68).

Considerando que os modelos processuais nada mais são do que manifestações históricas de como o processo penal de um determinado período da humanidade foi regulamentado, estas inúmeras modificações de modelo no direito Romano podem ser explicadas, eventualmente, por suas variadas mutações de sistemas políticos, porquanto Roma passou por três períodos políticos distintos, quais sejam: o monárquico, o republicano e o imperial (ANDRADE, 2008, p. 68).

Ocorre que em Roma, tão-só no Direito Romano da Alta República, surgem as duas formas de processo penal: *cognitio* e *accusatio*. A primeira concedia maiores poderes ao magistrado, ao passo que este poderia esclarecer os fatos da maneira que melhor conhecesse e/ou entendesse. Portanto, a *cognitio* era direcionada aos órgãos do Estado, representados, neste caso, pelos magistrados. A segunda, por seu turno, traz o nome de *accusatio* porquanto a acusação era assumida, de forma espontânea, por um cidadão do povo que atuava como representante voluntário da coletividade (*accusator*) (SENDRA *apud* LOPES JR., 2006, p. 162).

A *accusatio* surgiu no último século da República e inovou o direito processual romano profundamente, contanto que a persecução penal e o exercício da ação penal não estavam mais nas mãos do magistrado, aquele que representava o interesse do Estado, e sim nas mãos de um cidadão comum. Por óbvio que, ainda assim, poderiam existir interesses políticos por trás desta defesa formulada pelo *accusator*, visto que, conforme ensina Lopes Jr. (2006, p. 163), “esse método

também proporcionava aos cidadãos com ambições políticas uma oportunidade de aperfeiçoar a arte de declamar em público, podendo exhibir para os eleitores sua aptidão para os cargos públicos”.

Certo é, contudo, que na época do Império Romano, o modelo acusatório foi se mostrando insuficiente e passou a ser questionado, inclusive pela sociedade. Tal insatisfação com o modelo vigente à época (acusatório) deu causa à invasão dos juízes nas atribuições dos acusadores privados, momento em que passaram os magistrados a acumular as funções de acusar e julgar (LOPES JR. 2013, p. 108).

A partir daí, segundo Lopes Jr. (2006, p. 163), os juízes passaram a proceder *ex officio*, sem priorizar a acusação formal, realizando esta acusação eles mesmos, ao passo que investigavam e posteriormente prolatavam sentença. Dessarte, a publicidade foi, aos poucos, se desapegando dos atos processuais penais, até que estes passaram a acontecer à porta fechada. As sentenças, que anteriormente eram dadas oralmente no Tribunal, no Império assumem a forma escrita e passam a ser prolatadas apenas nas audiências.

Outrossim, neste momento histórico (emergência do jusnaturalismo teológico), o cristianismo estava se tornando a religião oficial do Império Romano. Assim, o combate aos pensamentos que iam de encontro com os dogmas da Igreja (heresia) se tornou uma questão política, que também contribuiu para a institucionalização do processo inquisitório, porquanto a estrutura inquisitorial serviu para a Igreja Católica como expediente de defesa contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de ‘doutrinas heréticas’ (CARVALHO, 2008, p. 10).

Se no modelo acusatório clássico (direito ateniense e direito romano) há um predomínio do acusador popular sobre o acusador público, no direito contemporâneo ocorre exatamente o contrário, em virtude dos defeitos apresentados por este modelo centrado na figura de um acusador do povo (ANDRADE, 2008, p. 100). Como principais defeitos do modelo acusatório clássico, Andrade aponta: “oportunidade de identificar a impunidade, a possibilidade de acusações falsas, a ausência de proteção ao acusador, sua família e às testemunhas, a deturpação da verdade e a não execução da sentença.”

Os defeitos elencados pelo autor motivaram, possivelmente, a criação do sistema inquisitório, que reinou até a sua queda nos séculos XVIII e XIX.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil firmou pilares para a estruturação de um novo regime social e político no país, com inúmeras

garantias e direitos consagrados pelo novo texto constitucional, que nitidamente demonstra a eleição pelo modelo acusatório.

É salutar trazer a lume o magistério de Nucci (2008, p. 10) no sentido de que o modelo acusatório é “um dos pilares do sistema de garantias individuais postos pela Constituição de 1988.” Nesse mesmo sentido, Prado (1999, *apud* BUONICORE e SANTOS, 2013), entende que o dito modelo compreende as normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, qual seja, aquele que também herda o nome de acusatório.

Andrade (2008, p. 118) sintetiza os contornos desse sistema processual ditados pela doutrina, *in verbis*:

Assim, parece-nos que, em geral, a doutrina vê o sistema acusatório formado da seguinte maneira: a) inércia ou inatividade do órgão encarregado de julgar, seja para iniciar *ex officio* o processo, seja para buscar novas provas depois de sua instauração [sem grifo no original]; b) existência de tribunais populares; c) necessidade de um acusador popular ou particular que não se confunda com o julgador, para que apresente e sustente a acusação até que se chegue à sentença; d) o processo começa com a acusação formulada por um acusador popular ou particular que deve ser distinto do juiz; e) presença dos princípios quem acusa investiga, da igualdade, do contraditório, da publicidade e da oralidade; f) as sentenças dos tribunais populares são inapeláveis; g) liberdade do acusado, como regra; h) não-interferência do poder central ou do soberano na execução da sentença.

A título de exemplo, interessante se faz colacionar excertos de obras que corroboram a eleição doutrinária de alguns dos elementos acima aventados:

Para Lopes Jr. (2006, p. 164), as características basilares do modelo acusatório são as seguintes:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio ao labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Em semelhante tom, Rangel (2011, p. 53) afirma serem traços marcantes do modelo em tela:

a) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu (ne procedat iudex ex officio); b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, vide art. 93, IX, da CRFB c/c art. 792, §1º, c/c art. 481, ambos do CPP); c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas; d) o sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (cf. art. 155 do CPP com a redação da Lei 11.690/08 c/c art. 93, IX, da CRFB); e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis meramente protelatórias (cf. art. 130 do CPC). [...]

De seu turno, Marques (2000, p. 66) alvitra os aspectos que arrimam o sistema acusatório:

No sistema acusatório, autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da ação, ou juiz, - tal como o consagra o direito brasileiro. A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu.

Na mesma senda, Souza Netto (2003, p. 52) entende que:

Uma das características irrenunciáveis da estrutura acusatória do processo penal é a adoção do princípio da acusação, segundo o qual, o órgão julgador não pode ter funções de acusação das infrações, mas apenas de investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado.

Feitas estas sucintas considerações históricas e conceituais, é possível concluir que o modelo acusatório predominará nos países com sólida base democrática e que buscam salvaguardar a liberdade individual dos cidadãos. Ao contrário, nos países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo e totalitarismo a tendência é vigorar o modelo inquisitório (LOPES JR., 2006, p. 161).

Este imperativo do moderno processo penal assegura, segundo Lopes Jr. (2006, p. 165), a imparcialidade e a tranqüilidade psicológica do juiz que irá prolatar a sentença, bem como o trato digno com o acusado, que deixa de ser visto como mero objeto para assumir posição de parte passiva do processo penal. O autor

entende que um dos obstáculos desse modelo seria a possível inatividade das partes, que têm o dever de proporcionar as provas necessárias para demonstração dos fatos. Assim, frente a este eventual inconveniente, isto é, caso as partes atuem de forma incompleta, a estrutura dialética deve ser fortalecida.

Indicados, enfim, os elementos fixos do modelo acusatório, passa-se ao estudo do modelo inquisitório.

2.2.2 Modelo inquisitório e seus efeitos na persecução penal

Em homenagem à simetria, a lógica perfilhada no tópico pretérito também norteará a elaboração do presente, de modo que não se fará pormenorizadamente um estudo do modelo processual penal inquisitório, ou ainda a análise minuciosa dos elementos deste modelo.

Segundo Carvalho (2008, p. 07), as primeiras manifestações do processo inquisitorial surgiram na Roma Imperial, após a introdução dos delitos de *laesae maiestatis* (subversão e conjura), nos quais o ofendido era o soberano. Como demonstrado no tópico anterior, na Grécia e na Roma republicana o processo era fundamentalmente acusatório. Ocorre que o processo inquisitório posteriormente substituiu o acusatório, coexistindo durante muitos séculos com este e tomando gradualmente as feições atualmente conhecidas.

Esta substituição, muito provavelmente, além de outros motivos a serem discutidos, foi fruto dos defeitos da inatividade das partes quando do modelo acusatório, o que levou a crer que o Estado deveria assumir a função de acusador para que a persecução penal não ficasse nas mãos dos particulares, o que, em tese, estava comprometendo a eficácia do combate à delinquência (LOPES JR., 2006, p. 166).

Andrade (2008, p. 267) entende que o fato que marcou o alicerçamento do sistema inquisitório “não foi a sua recepção pelo poder central romano, mas sim a assunção do cristianismo à condição de religião oficial, ocorrida no ano 325 d.C., durante o império de Constantino.” Desta forma, considerando o poder que detinha a Igreja Católica à época, fica fácil compreender o motivo pelo qual, mesmo após a queda do Império Romano, esse sistema processual ficou incólume. Tem-se que

sobreviveu por meio do direito canônico, até ser reinserido na Idade Média, sob outra significação política.

O processo inquisitório se dividia em duas fases: inquisição geral e inquisição especial. A primeira buscava comprovar a autoria e materialidade, com um caráter de investigação preliminar que preparava a segunda fase. Esta, por sua vez, se ocupava do processamento penal (condenação e castigo) (MANZINI *apud* LOPES JR., 2006, p. 168).

Também, com a instituição do Tribunal da Inquisição (ou Santo Ofício), em meados do século XIII, foram estipuladas comissões encarregadas de investigar e seguir o procedimento do Tribunal, o qual buscava reprimir a heresia e tudo aquilo que fosse de encontro com os Mandamentos da Igreja Católica. Assim, eram recrutados fiéis de conduta ilibada para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar ao Tribunal as desobediências e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos (LOPES JR., 2013, p. 113).

Considerando que a lógica inquisitorial encontrava-se centrada na verdade absoluta, a heresia era o maior perigo, porque acabava por atacar o núcleo fundante do sistema, autorizando o “combate” a qualquer custo da heresia e do herege (LOPES JR., 2006, p. 169).

Esta verdade absoluta em muito está ligada com a verdade buscada, junto ao acusado, da existência de elementos que não são empiricamente verificáveis, explicando-se, portanto, o porquê de a estrutura do processo inquisitório ter sido construída a partir de um conjunto de conceitos, entendidos por Lopes Jr. (2006, p. 171) como falaciosos, ou seja, razões mal deduzidas no sentido de que seria possível a busca pela “verdade real”. Assim, tudo se encaixava para servir ao sistema.

Feita a análise, ainda que espreira, acerca do surgimento do modelo inquisitorial voltemos o discurso à identificação dos elementos fixos desse modelo.

Assim como realizado com o modelo acusatório, disposto no tópico anterior, cumpre colacionar as características que para Andrade (2008, p. 347) representam os elementos vinculados ao modelo inquisitório:

Na nossa visão, as manifestações do sistema inquisitivo permitem representá-lo como, via de regra, sendo constituído pelos seguintes elementos: a) o acusador é prescindível ao processo, o que não implica sua completa exclusão do sistema inquisitivo; b) o processo pode ser instaurado com o ajuizamento de uma acusação, *notitia criminis* ou de ofício; c) o órgão

encarregado de julgar está formado por funcionários públicos, abandonando-se o modelo que admitia representantes do povo; d) a persecução penal é regida pelo princípio de oficialidade; e) o procedimento é secreto, escrito e sem um contraditório efetivo; f) há desigualdade entre as partes; g) *a obtenção das provas é uma tarefa inicial do juiz* [sem grifo no original], ao invés de ser confiada exclusivamente às partes; h) o juiz que investiga também julga; i) o sistema de provas é o legal, com sua divisão em prova plena e semiplena; j) para a obtenção da prova plena, admite-se a tortura do imputado e de testemunhas; l) possibilidade de defesa quase nula; n) nulidade como consequência da inobservância das leis e formas estabelecidas.

Novamente objetivando denotar a predileção doutrinária pelos elementos acima debatidos, importa colacionar os seguintes excertos:

Para Lopes Jr. (2006, p. 167):

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona a sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

Por sua vez, Souza Netto (2003, p. 25) assim define o modelo em pauta:

O processo tipo inquisitório puro é a antítese do acusatório. Nele, não há contraditório e, por isso mesmo, inexistem as regras de igualdade e da liberdade processual. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma só pessoa: o juiz. É ele quem inicia de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo submeter o acusado a torturas (na origem) a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito, nenhuma garantia se confere ao acusado.

Avena (2012, p. 10), por sua vez, entende que o modelo inquisitório encontra amparo nos sistemas típicos ditatoriais, onde se acumulam nas mãos do magistrado as funções de defender, acusar e julgar, sendo também lícito desencadear o processo *ex officio*. Aqui não se falaria em paridade de armas, ficando nítida a posição de desigualdade entre as partes, uma vez que não estariam garantidos os direitos à ampla defesa, contraditório, devido processo legal e etc.

Sobremais, com a nova reforma do Código de Processo Penal, o magistrado brasileiro passou a ter a faculdade de, *ex officio*, isto é, sem requerimento das partes, determinar a produção de provas em geral, podendo, nos moldes do art. 156, I, do CPP, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a

produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” (BRASIL, 2014)

À guisa de exemplo, pode-se citar a busca-apreensão, a interceptação telefônica, a oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc., sendo facultado ainda ao magistrado requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP) e/ou decretar prisão preventiva (art. 311, CPP).

Feita essa consideração prefacial, cabe concluir, de um modo bem sintético, que o modelo inquisitorial predominou até finais do século XVIII e início do século XIX, quando a Revolução Francesa trouxe novos valores, que repercutiram no processo penal.

Considerando que alguns processualistas entendem que o modelo misto é o existente até os dias de hoje, passa-se, portanto, a um breve estudo do referido modelo.

2.2.3 Modelo misto

Ab initio, sendo suficiente à elucidação e resolução do problema a ser enfrentado, o conhecimento dos principais elementos referentes aos sistemas acusatório e inquisitório, ora explanados, vale tão só expor resumidamente o conceito de modelo misto e identificar de forma concisa seus elementos fixos. Ou seja, sendo o modelo em foco uma mescla do modelo inquisitório com o modelo acusatório, sua configuração pode ser obtida pela aferição lógica dos elementos fixos dos referidos modelos.

Desta maneira, a estrutura do modelo misto pode ser construída pela soma dos elementos fixos – e compatíveis entre si⁵ – de cada modelo processual, quais sejam: a abertura do processo sem a acusação, podendo ocorrer com uma *notitia criminis ou ex officio* pelo juiz (elemento fixo correspondente ao modelo inquisitório); a necessária presença de um acusador distinto do juiz (elemento fixo presente no modelo acusatório) (ANDRADE, p. 413).

⁵ Insta fazer tal ressalva, porquanto os princípios acusatório e inquisitivo se excluem, assim como este último mostra-se inconciliável, sob o crivo da lógica, com a regra procedimental inerente ao sistema acusatório.

Em palavras diversas, deve-se considerar um sistema processual como sendo misto quando se fizerem presentes dois elementos que em nenhuma hipótese poderão abandoná-lo, que são: “a presença do princípio acusatório, e o fato de que o processo deve ser iniciado sem uma acusação (por *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz)” (ANDRADE, p. 414).

Como possível verificar, o processo abrange duas etapas distintas, quais sejam, a que se destina à investigação criminal, iniciando-se por simples *notitia criminis*, delação secreta ou de ofício, haja vista visar à eliminação da impunidade através de uma rápida resposta ao delito, mostrando-se presente o modelo inquisitório; e a que se dá com a abertura da fase de julgamento por meio da apresentação de uma acusação, demandando, por coerência, a presença de um julgador distinto do acusador, estando presente, neste caso, o modelo acusatório (FLORES, 2013, p. 10).

Ocorre que, apesar de o inquérito policial ser considerado tão somente uma “peça informativa” os seus autos serão anexados ao processo. Assim, possivelmente, influenciam (contaminam) a convicção do magistrado durante a persecução penal, uma vez que este terá total acesso aos atos de investigação, não ficando vinculado apenas à prova produzida sob o crivo do contraditório (FLORES, 2013, p. 11).

Portanto, conforme bem equacionado por Flores (2013, p. 12) “não basta que a Constituição Federal consagre o sistema processual penal brasileiro como acusatório. Existem em nosso código de processo penal diversos ranços e resquícios inquisitórios que contradizem o referido princípio constitucional.”

Cabe ainda lembrar que muitos autores entendem o modelo misto como sendo uma falácia, tais como Aury Lopes Jr., que prefere “fugir da maquiagem conceitual, para afirmar que o modelo brasileiro é (neo)inquisitório, para não induzir ninguém a erro” (LOPES JR., 2013, p. 118).

Verificados os modelos processuais penais, analisar-se-ão as funções do Ministério Público e da Magistratura no ordenamento jurídico atual, assim como a possível adesão dos magistrados à visão punitivista da sociedade moderna e a influência da mídia na sensação de insegurança pública na coletividade, sendo de fundamental importância analisar tais fatores, porquanto estes podem condicionar as decisões judiciais.

3 AS INSTITUIÇÕES DA PERSECUÇÃO PENAL E A VISÃO PUNITIVISTA DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

No presente capítulo far-se-á uma análise acerca das instituições da persecução penal, observando-se com maior ênfase as instituições do Ministério Público e da Magistratura, bem como a possível adesão desta última ao punitivismo, tendo em vista a existência de uma tradição inquisitorial no Brasil, trazida por tempos de outrora.

3.1 AS FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA MAGISTRATURA NA PERSECUÇÃO CRIMINAL

Segundo Carvalho (2010, p. 60) “existe uma série de personagens atuando como filtros ou impulsionadores do punitivismo, muitas vezes condicionando a própria decisão judicial.” Assim, neste primeiro momento, pretende-se realizar uma análise acerca das funções de dois desses personagens, isto é, do Ministério Público e do Magistrado.

Apesar de, junto ao magistrado, existirem diversos outros personagens em constante atuação, dar-se-á maior enfoque na figura daquele, porquanto, conforme entendimento de Carvalho (2010, p. 76), a resolução dos casos fica adstrita fundamentalmente à técnica do juiz, que busca descobrir a verdade da qual o acusado é o exclusivo detentor.

Ainda, malgrado tenham os processos penais em sua maioria início com o Inquérito Policial, o qual é considerado um dos principais instrumentos de investigação preliminar no processo penal brasileiro, neste trabalho não se almeja um estudo aprofundado do referido procedimento de produção de verdade, haja vista este não gerar dubiedade acerca da sua natureza eminentemente inquisitorial.

Não obstante, impende destacar que o “primeiro filtro na criminalização secundária se encontra nas agências policiais” (CARVALHO, 2010, p. 61). Denomina-se criminalização secundária aquela caracterizada pela ação punitiva que

deixa seu caráter abstrato e impessoal de lado e passa a ser exercida sobre pessoas e casos concretos, praticando-se na realidade por meio da ação das agências dos Poderes Executivo e Judiciário, enquanto a primária traduz os atos legislativos que estabelecem programas punitivos, com formas abstratas de punição.

Nesse sentido, consoante entendimento de Salo de Carvalho (2010, p. 63), o agente do Ministério Público realiza um segundo filtro na criminalização secundária (após as agências policiais), porquanto detentor da opção de denunciar, requerer continuidade nas investigações ou arquivar o inquérito. Já o terceiro filtro é estabelecido com o oferecimento da denúncia e, tão só com o recebimento desta é que se instaura a situação processual penal, adquirindo o acusado a condição de réu.

Deste modo, percebe-se que a persecução penal surge com a incidência da infração penal e se subdivide em dois diferentes momentos: o da investigação (inquérito policial) e o da ação penal propriamente dita. Ao Ministério Público cabe, então, atuar em ambas as fases. Na primeira, deve exercer ampla fiscalização nos inquéritos policiais, requisitar diligências quando necessário, ou promovê-las diretamente, priorizando o interesse na apuração do ilícito penal. No segundo momento, como titular da ação penal, deve agir com decoro, lisura, coragem e independência (GONÇALVES, 2000, p. 75).

Verificada a importância do Ministério Público na persecução penal, passemos neste momento à apreciação desta instituição, dotada de autonomia e independência funcional, que surge justamente para salvaguardar os valores da sociedade, tais como a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 e 129, CF/88), bem como para assegurar um adequado equilíbrio nas fases e nas relações processuais.

Nos primórdios prevalecia a vingança privada, expressa pela máxima “olho por olho, dente por dente” (Lei de Talião), consistente na rigorosa reciprocidade entre crime e pena – chamada de retaliação –, onde a punição era realizada de acordo com a categoria social do criminoso e da vítima.

Gonçalves (2000, p. 74) sustenta que “a persecução penal cabia ao próprio ofendido ou a quem o representasse que promovia a colheita de provas e a acusação.” Ocorre que com o passar dos anos o Estado resolveu trazer para si o monopólio da persecução penal, amparando tal atitude no fundamento de que a infração delituosa atingia além do ofendido (pessoa vitimada) o próprio Estado.

Destarte, passado o período da justiça privada, ao Estado incumbia o poder-dever de apurar e, ocasionalmente, punir a prática dos ilícitos penais, em razão da paz e da segurança social que lhe competia preservar. Por conseguinte, o Estado passou a deter com exclusividade o poder punitivo penal (GONÇALVES, 2000, p. 74).

Em tempos não muito remotos vigorou o sistema inquisitorial – objeto do capítulo anterior –, sob a influência do direito canônico. Naquele sistema a pessoa autora, em tese, de algum ilícito penal era condenada e executada, sem a observância dos princípios da imparcialidade, do contraditório e da ampla defesa, igualmente suso abordados e estudados.

A fase do arbítrio só se desfez com o advento do Ministério Público, “enquanto instituição incumbida da preservação do equilíbrio jurídico e da paz social” (GONÇALVES, 2000, p. 75). Hodiernamente, consoante dispõe a Constituição da República compete ao Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (art. 129, inciso I), entre outras essenciais atribuições.

Isto posto, verifica-se que o Ministério Público, após a promulgação da Constituição de 1988 ganhou importante papel no cenário político nacional. As suas atribuições foram reestruturadas, dando-lhes novos papéis, salvaguardando principalmente a tutela dos direitos coletivos e transindividuais, o que fortaleceu a instituição, a qual passou a protagonizar série de demandas em nome da sociedade brasileira (CARVALHO, 2010, p. 99).

Não obstante o Ministério Público tenha adquirido papel de destaque na defesa dos interesses coletivos na via judicial, o que permitiu maior acesso à justiça no país, segundo Paulo Arantes (*apud* Carvalho, 2010, p. 100), é possível verificar o predomínio de uma postura corporativa conservadora atinente à política da sociedade, sendo que considerável parte de seus integrantes observam a instituição como órgão público de tutela da sociedade marcadamente hipossuficiente.

Distante de um papel tão só destinado a colaboração com a prestação jurisdicional do Estado, o ofício do Ministério Público também é desenvolvido na esfera extrajudicial, ora com a finalidade de preparar a propositura de ações de sua iniciativa, ora para compor interesses *inter volentes* e até colaborar com o acesso à jurisdição (MAZZILLI, 1998, p. 8).

A atuação do Ministério Público pode se dar tanto judicial quanto extrajudicialmente, com audiências públicas, recomendações ao Poder Público,

resolução de questões por meio de reuniões com a comunidade, firmamento de termos de ajustamento de conduta (TAC), entre outras atuações. Em razão dessa atuação que a entidade é conhecida como essencial à função jurisdicional do Estado.

Assim, nos casos em que o processo penal se inicia com a instauração de Inquérito Policial, finalizado o procedimento investigativo, aquele é encaminhado ao Ministério Público, titular da ação penal pública, para análise e conclusão administrativa de indiciamento do investigado, de determinação de novas diligências ou de arquivamento do caso (CARVALHO, 2010, p. 62).

Percebe-se que no processo penal o Ministério Público “tem o dever de promover em juízo a apuração dos delitos e a responsabilização dos seus autores” (MAZZILI, 1998, p. 13), tendo como principal atribuição a promoção da ação penal pública.

A Constituição Federal de 1988 traz outras atribuições, citadas por Mazzilli (2007, p. 154), tais como a expedição de notificações e a direção de procedimentos administrativos de sua competência; a requisição de informações e documentos, na forma da lei complementar; o controle externo sobre a atividade policial, na forma da mesma lei; a requisição de diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial. Por fim, como titular privativo da ação penal pública é imprescindível seu consentimento para que se opere a transação penal.

Para o exercício das funções acima mencionadas, preleciona Oliveira (2008, p. 384) que “o constituinte instituiu um organismo construído sob os princípios (institucionais, pois) da independência funcional, da unidade e da indivisibilidade (...)”, a fim de fornecer aos membros do *Parquet* importantes prerrogativas para um melhor desenvolvimento de suas tarefas.

Quanto à característica refletida na independência funcional, vale mencionar a asserção de Mazzilli (1998, p. 17), no sentido de que numa democracia é imprescindível que o órgão incumbido de promover a ação penal pública seja dotado de independência real. E mais adiante o autor acrescenta:

Essa independência tem de ser considerada também e especialmente em face do próprio Estado e dos governantes, pois não raro são estes últimos que têm de ser responsabilizados criminalmente pelos seus atos (daí porque, entre outros motivos, não se pode admitir que a investidura do chefe do Ministério Público seja feita pelo chefe da administração, nem aceitar concentrem-se nas mãos do procurador-geral os poderes para responsabilizar criminalmente os governantes que o escolheram).

A independência funcional como garantia conferida a cada um dos órgãos do Ministério Público, ou a cada um de seus membros, enquanto agentes políticos, atesta que enquanto revestidos de atribuições constitucionais e responsáveis pelo exercício de funções mais altas e complexas, nos vários âmbitos de poder e diferentes níveis de governo, os membros e a própria instituição não estão subordinados a nenhum outro órgão ou poder (MAZZILI, 2007, p. 144).

No mais, retira-se do Guia do Ministério Público de Santa Catarina o seguinte conceito acerca da independência funcional dos membros da instituição:

(...) os membros do Ministério Público podem atuar conforme seu entendimento, sem nenhuma interferência. Cada um tem autonomia total sobre seu trabalho, não necessitando de autorização superior para efetivar suas ações, O Promotor de Justiça, por exemplo, não está obrigado a seguir o entendimento do Procurador-Geral de Justiça. O Promotor de Justiça também não pode ser afastado de um determinado procedimento nem transferido para outra comarca sem que tenha vontade ou exista interesse público. O limite para sua independência funcional e, conseqüentemente, para suas ações e manifestações, é a lei.

Sobremais, versando sobre o tema, Sauwen Filho (1999, p. 212) asseverar ser incontestável que, referente às medidas administrativas, os membros da Instituição estão de certo modo subordinados aos órgãos da Administração Superior do Ministério Público. Contudo, as manifestações e os procedimentos em si não podem ser impostos pelos órgãos de administração superior, posto que a solução da matéria depende única e exclusivamente da convicção do membro da instituição (consciência), que atuará sob a égide da lei.

De seu turno, a unidade e a indivisibilidade das funções institucionais encontram-se dentro de cada Ministério Público (MAZZILI, 2007, p. 139).

A unidade, princípio pelo qual o *Parquet*, no ordenamento constitucional e jurídico se apresenta como um só órgão exercendo as mesmas funções. Nesse sentido, todos os seus integrantes fazem parte de um único órgão sob uma única direção (SAUWEN FILHO, 1999, p. 209).

Ressalta-se que o princípio em comento deve ser observado como existente apenas dentro de cada órgão de execução do Ministério Público, não prevalecendo a unidade entre o Ministério Público da União e os Estados, nem de um estadual diante dos demais.

Assim, em que pese a redação do artigo 128 da Carta Magna sugira uma

maior abrangência acerca da unidade nos diversos segmentos do Ministério Público, em suas alíneas do inciso I e inciso II, a unidade existente entre Ministério Público dos Estados e o Ministério Público da União é mais conceitual, porquanto quer expressar apenas que o ofício exercido pelos órgãos do *Parquet* é o mesmo aludido como tal no ordenamento jurídico (SAUWEN FILHO, 1999, p. 209).

A indivisibilidade das funções institucionais, por sua vez, traz a ideia de que os membros desta Instituição, em qualquer dos segmentos elencados no artigo 128 da Constituição Federal de 1988 podem, observada a lei, ser substituídos uns pelos outros, dentro das respectivas instituições, sem prejuízos para as suas funções (SAUWEN FILHO, 1999, 210).

Conseqüentemente, passa-se a um breve estudo da figura do magistrado na persecução penal.

Como visto, “o processo é uma relação jurídico-processual em que intervêm três pessoas (“actum trium personarum”), a saber, o juiz e as duas partes (autor e réu). Esses os sujeitos processuais principais, ou essenciais, do processo.” (BARROS, 2014, p. 102).

Assim, como pode-se observar o juiz é sujeito mas não é parte, e sem algum dos três sujeitos que formam a situação jurídico-processual, isto é, juiz, acusados e réu, não existe processo (LOPES JR., 2013, p. 733).

Segundo Silva (1994, p. 298) o juiz é a alma e a figura central do processo judicial, quer recebendo as formulações das partes (fase introdutória); quer instruindo o feito; quer decidindo as controvérsias e julgando o que no seu entendimento, em consonância com o disposto na lei, será o mais justo.

No início da República, os magistrados supremos, que haviam herdado o poder de império dos reis da monarquia etrusca, atuavam sem a observância de quaisquer formas e/ou princípios constitucionais, porquanto no procedimento da *inquisitio* inexistiam partes, tecnicamente, só figurando na persecução penal o magistrado e o perseguido.

Aqui impende destacar que o magistrado naquela época detinha o poder de abandonar a inquisição a qualquer momento, podendo reabrir quando assim quisesse, ainda que o acusado tivesse sido absolvido anteriormente.

Nesse sentido, Theodoro Mommsen (2000 *apud* DELMANTO JR., 2004, p. 82):

El magistrado podía sobresaer y abandonar la causa en todo momento, y en todo momento también podía renovarla; la cognición no consentía, por su propia naturaleza, que se diese una absolución tal, que impidiera abrir de nuevo el mismo proceso.

Dessarte, no período monárquico o magistrado era mero executor de ordens daqueles que detinham poder, isto é, os monarcas. Os litígios eram dirimidos de acordo com o interesse daqueles. Neste particular, é preciso lembrar que o Direito Penal foi marcado, durante algum tempo, pelas penas desumanas e, sobretudo, pelo arbítrio judicial na fixação da pena (BARROS, 2014, p. 103).

Por conta de tamanho despotismo, a Revolução Francesa, inspirada por Montesquieu, acabou vedando a interpretação das leis pelos juízes, sendo que estes deveriam pronunciar apenas a letra da lei (*la bouche de la loi*), transformando o juiz num verdadeiro repetidor, sem qualquer discricionariedade no exercício dessa importante atividade jurisdicional.

Entretanto, o Código Penal de 1940 rompeu com essa tradição, conferindo ao magistrado parcela de discricionariedade na fixação da pena criminal, passando o juiz a integrar na relação processual uma posição de destaque, sempre acima do interesse das partes, de maneira a intermediar a relação entre elas (BARROS, 2014, 103).

Em termos de estrita legalidade, são deveres do juiz brasileiro praticar os atos do seu ofício, cumprir os prazos legais, atender com urbanidade as partes, advogados e interessados, residir na sede de sua comarca, comparecendo no horário do expediente, fiscalizar os subordinados e recolhimento de taxas, bem como manter conduta irrepreensível (art. 35 da Lei Orgânica da Magistratura).

Na realidade, solicita-se muito mais do juiz, como guardião dos interesses privados e públicos, porquanto é o único a dizer a última palavra sobre o direito, como dever institucional no qual está privativamente investido (SOUZA NETTO, 1987, p. 53).

Ainda que também seja permitida à figura do magistrado a falibilidade humana, requer-se dele um constante aperfeiçoamento cultural, moral e até mesmo espiritual, pelo fato de constituir personagem central no restabelecimento da harmonia social (SOUZA NETTO, 1987, p. 53).

Outrossim, com relação à conduta do togado exige-se, mormente, a virtude da prudência (associada à sabedoria e ao conhecimento), a reta estimativa

das leis (para que evite-se o *error in iudicando*), a afabilidade de saber (cortesia e humildade intelectual), sagacidade (presteza no julgamento), a análise minuciosa e cautela, para que se faça valer a sua autoridade e a sua independência (SOUZA NETTO, 1987, p. 54).

Na visão de Barros (2014, p. 103), “a função primordial do juiz no processo penal é o julgamento, a aplicação do direito ao caso concreto, sendo de se destacar, pela importância, no julgamento, a fixação da pena criminal”, caso haja sentença condenatória.

Ocorre que até a fase do final do julgamento, o magistrado assume a presidência do processo, porquanto detentor do poder jurisdicional e, a todo momento, se vê pressionado pelos interesses em jogo no processo, exercidos pelo acusado, pela vítima e pela sociedade. Desta forma, a figura do juiz deve ser de alguém provido de consciência a respeito das consequências concretas de sua decisão, não devendo apenas conhecer da demanda mas sim atuar no sentido de realizar o justo (NALINI, 2000, p. 117).

Para Larenz (1969 *apud* Nalini, 2000, p. 117-118):

(...) O juiz que se visse forçado pela sua sujeição à lei, a proferir uma sentença que tivesse de considerar injusta, nunca se poderia justificar perante si mesmo de ter feito injustiça a um concidadão senão de forma insuficiente, através da ideia de que essa injustiça teria que ser suportada por causa de um bem jurídico maior que é a segurança jurídica.

Gomes (1997, p. 22-23) asseve que a primeira função do magistrado encontra-se na solução de conflitos, a qual pressupõe os princípios independência e imparcialidade no julgar, porquanto para que a atividade jurisdicional alcance sua completa legitimação democrática não é suficiente a exclusiva legitimação legal do juiz (subordinação à Lei e à Constituição), devendo aquele ser imparcial e independente das partes e dos outros órgãos e poderes, ainda que estes também sejam democráticos.

A preocupação com a imparcialidade do magistrado surgiu com a necessidade de superação de um modelo de feição inquisitiva. Seu surgimento foi uma das consequências mais importantes do advento do sistema acusatório e do sistema *adversary* (sistema de partes, do direito anglo-americano). Esta regra tão visada está diretamente ligada com as circunstâncias de fato e de direito, e com as condições pessoais do próprio juiz, justamente para evitar prejuízo e má qualidade

nas decisões concretas e específicas (OLIVEIRA, 2008, p. 375).

As hipóteses de impedimento (art. 252 e incisos, CPP), incompatibilidade (art. 112, CPP) e suspeição (art. 254 e incisos, CPP) do juiz estão englobadas pela imparcialidade e são essências à ela, porquanto tratam de situações de natureza objetiva e determinam uma presunção absoluta de parcialidade (OLIVEIRA, 2008, p. 375; BONFIM, 2007, p. 409). Na América Latina o principal atributo do juiz é a sua imparcialidade, entendendo-se, inclusive, que esta característica está ínsita no conceito mesmo de juiz (GRINOVER, 2008, p. 177).

A Constituição Federal também assegura a imparcialidade por meio das garantias estipuladas no artigo 95 e das vedações dispostas no artigo 95, parágrafo único, bem como por meio da proibição de juízes e tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII).

Sendo assim, a imparcialidade do julgador pode ser entendida como uma atitude omissiva do juiz para com o objeto do processo e as partes, com o intuito de garantir o contraditório e ampla defesa, sendo que ambas as partes devem ter a possibilidade de por à baila razões, que lhes fundamentam a pretensão de direito.

Conforme aduz Feitoza (2004 *apud* BUSATO 2014, p. 143):

O juiz brasileiro deve ter a coragem, a força moral e o senso crítico necessário para assumir sua missão, implementando a Constituição com observância do princípio da supremacia constitucional, que lhe impõe e possibilita o reconhecimento da inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais que sejam incompatíveis com o princípio acusatório constitucional.

Para Barros (2014, p. 109), acerca da importância do magistrado “o julgador, no processo penal democrático, tem como missão dar eficácia às garantias constitucionais do acusado. Para tanto, é fundamental que o juiz possua garantias para exercer suas funções, sem que sofra pressões externas.” Dentre as garantias importa, nesse passo, a da independência. A independência é crucial à formação da convicção do julgador.

Ocorre que a independência judicial surge também como requisito essencial para legitimação democrática da jurisdição, podendo-se dizer que na ausência dela os direitos fundamentais nunca serão efetivamente garantidos e nunca teremos um real controle jurídico dos demais poderes. Por conta disto, a defesa da independência judicial reflete na defesa dos direitos dos cidadãos que, caso

estivesse diante de juízes subordinados ao Poder Político ou a superiores hierárquicos, nada de garantia teriam (GOMES, 1997, p. 25).

Gomes (1997, p. 25) entende a independência judicial como gênero que envolve tanto a independência do juiz como a autonomia da Magistratura. Assim, a independência pode ser entendida como valor e como garantia. Para o autor o valor significa que o juiz, ainda que independente, deve se atrelar ao ordenamento jurídico, tendo como guia e limite máximo a própria Constituição, e a garantia engloba os mecanismos que permitem a realização da independência judicial, relacionados ou com a pessoa do juiz ou com a própria Instituição da Magistratura.

Por fim, a importância do juiz criminal é destacada por Nalini e Aquino (2005, p. 246):

É no processo criminal que o juiz se vê mais exigido em sua postura ética. Em outras áreas, notadamente as patrimoniais, interesses diversos avultam. A excelência dos defensores é proporcional à relevância dos valores postos em jogo, daí a possibilidade de o juiz ater-se mais à mais fria e rigorosa técnica processual. Diversamente, no crime, valores de outra ordem se debatem: vida, liberdade, honra. Bens indisponíveis, vulnerados pela patologia da conduta humana, exigindo do julgador uma dose adicional de compreensão e tolerância. Nem sempre a hediondez da criminalidade deve impressionar o julgador, de molde a torná-lo um inveterado condenador. Por outro lado, não se pode transigir com a necessidade de tornar efetiva a aplicação da lei penal. Se ao juiz não é dado ser sistemático aplicador de penas, também não pode ser um juízo sociólogo, o contumaz absolvedor de todos os réus.

A importância da figura do togado, como garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito é cristalina no que pertine à eficácia das garantias constitucionais, em todos os níveis processuais penais, porquanto suas funções vão muito além do ato de dizer o direito e de julgar, o que por si só, constitui tarefa árdua.

Por fim, considerando que os magistrados têm a alternativa de diariamente presentificar as agências de punição e tornar concreta a atuação desta abstração denominada sistema penal, podendo por vezes conferir efetividade aos impulsos punitivistas deflagrados na órbita legislativa, far-se-á, no tópico posterior, uma sucinta explanação acerca da influência da opinião pública e da (in)segurança pública na mentalidade dos magistrados, quando da aplicação do direito penal nos casos concretos.

3.2 PUNITIVISMO CONTEMPORÂNEO E A SUA INFLUÊNCIA NA OPINIÃO PÚBLICA E NA MENTALIDADE DOS MAGISTRADOS

Antes de atingir o durame do presente trabalho, impõe-se tecer breves considerações acerca do fenômeno do populismo punitivo como mecanismo pelo qual emanam as práticas criminalizantes e militarizadas, que, por vezes, restringem os direitos fundamentais.

Assim, no decorrer da história, inúmeras foram as tentativas de, sob o nome de “justiça”, sacralizar a “vingança” (NIETZSCHE, 1988 *apud* ALMEIDA, 2012, p. 77), porquanto em substituição aos castigos desumanos sobreveio o aparato penitenciário, com funções que se demonstraram incapazes de atender aos fins inicialmente propostos, bem como de expressar a real intenção da punição legal (ALMEIDA, 2012, p. 77).

Nesse sentido, impende destacar que o processo civilizatório ao impor uma série de restrições instintivas à sociedade se fez acompanhar não apenas de pontos positivos, mas também de pontos negativos, podendo-se afirmar que em proporções semelhantes, haja vista a alta carga de repressão estabelecida, a qual determina a adoção de atitudes mais controladas e civilizadas por parte dos indivíduos que fazem parte dos grupos sociais (ALMEIDA, 2012, p. 81).

Isto posto, verifica-se que na sociedade hodierna, para Garland (2006 *apud* ALMEIDA, 2012, p. 81) “[...] *al igual que ante otros sintomas de brutalidad, la visión de la violencia, del dolor o del sufrimiento físico se vuelve sumamente perturbadora y de mal gusto [...]*” e, assim como outras atividades refreadas, tais como sexo e necessidades fisiológicas, são consideradas vergonhosas, geradoras de mal estar, e, por isso, são desviadas para detrás do “pano de fundo”.

Embora o direito penal seja regido por características próprias, num contexto mais amplo, sofreu forte impacto pelas construções sociais que influíram na forma e na intensidade de repreensão, tendo em vista que as concepções de (in) civilizado ou (não) tolerado subordinam-se aos padrões culturais, que, inevitavelmente, sofrem constante mudança. Assim, por mais que os valores e as emoções sejam vividas e nutridas individualmente, seguem um padrão criado pelos marcos culturais, com apoio nas estruturas sociais de cada época (ALMEIDA, 2012, p. 87).

Há de se ressaltar que os direitos humanos podem, inclusive, servir de base para a aceitação do populismo punitivo, por meio de demandas particulares e parciais iniciadas isoladamente, porquanto se invoca os direitos das vítimas, no fito de engrandecer a necessidade de mudança e mais rigor na aplicação das punições. (GLOEKNER, 2012, p. 111) Nesse sentido, expressões como “segurança” e “justiça” aparecem por meio de demandas punitivistas (GLOEKNER, 2012, p. 113).

Ainda que a Constituição da República ofereça proteção aos direitos fundamentais, existem indivíduos que, se valendo destes direitos, apresentam teses distantes de pleito democrático. Deste modo, invocar as garantias previstas na Constituição como forma de chegar a destinos distintos dos propósitos democráticos, demonstra a perpetuação das ideologias conservadoras, muitas vezes infestadas pela “vontade de punir” (GLOEKNER, 2012, p. 113).

Para Gloeckner (2012, p. 115):

O populismo punitivo é a perpetuação do antigo clientelismo que sempre marcou as recentes democracias latino-americanas, tomando-se a Constituição da República como referente pro forma. A utilização do arsenal penal via consenso nas demandas – daí toda a preocupação que se deve ter com referência ao procedimentalismo em matéria penal; a hipercriminalização cujos mentores imputam (ou cinicamente atribuem) à Constituição um sentido criminalizador por excelência; a tirania de muitas minorias que recorrem ao braço armado do Estado e dele exigem reconhecimento (como se o sistema criminal pudesse reconhecer hegelianamente ou não a diferença); enfim, a democracia punitiva se instala como se fora um significante imunizado (e, de certa forma, é assim que se procede) e como se um sentido lógico ou performativo pudesse ser extraído unicamente da força normativa da Constituição.

A insegurança generalizada reforça uma política criminal de índole “afetual” e “institui o marco ideal para proliferação do que Garland chama de ‘criminologia do outro’, o que significa pensar o delinquente como anormal, estranho, inassimilável à cultura dos valores hegemônicos.” (GLOECKNER, 2012, p. 112).

Certo é que as práticas político-criminais populistas deixam estreito espaço para reflexões de caráter técnico e científico e passam a visualizar as garantias e os princípios fundamentais como obstáculos ao combate da criminalidade, abrindo-se um embate entre a pretensão político-criminal de segurança e a manutenção dos direitos e das garantias fundamentais, cuja consequência é o abandono da liberdade de alguns em prol do aperfeiçoamento da prevenção da coletividade (D AVILA, 2012, p. 47-48).

Neste ponto, o que ocorre é um abalo nas garantias processuais (rodeadas por medidas vigilantes altamente invasivas) bem como uma expansão no direito penal que, se associados aos problemas técnicos suso mencionados, concretizam um campo de proteção anterior à própria proteção já antecipada. Ressalta-se que esta proteção antecipada ocorre sob o pretexto de salvaguarda do “bem de todos” (D AVILA, 2012, p. 48).

Na visão de D’ Avila (2012, p. 53) a ideia de segurança só faz sentido se servir à liberdade e não a si própria. Para o autor a antiga máxima “melhor dez culpados livres a um inocente culpado” converteu-se hodiernamente em “mais vale dez inocentes presos a um terrorista solto”. Num primeiro momento, esta lógica pode nos assustar e nos parecer estranha, contudo, por meio de habilidosas argumentações e justificativas, pode se tornar temerosamente atraente.

O mais preocupante não está, no entanto, no embate entre segurança e liberdade, mas sim na maneira como a ciência penal reage a essa realidade conflitante ou, mais precisamente, na forma como se descartam os princípios e garantias penais a fim de se otimizar o combate à criminalidade e, mais preocupante que isso, está o fato de tal celeuma ocorrer no seio de Estados Democráticos de Direito e não no âmbito de Estados totalitários, como, em tese, é de se imaginar (D AVILA, 2012, p. 48).

Como consequência, muitas práticas militarizadas se fundamentam na pseudo-segurança e na tranqüilidade dos moradores das comunidades, banalizando as violações dos direitos e garantias, como se isto fosse necessário para o bem social (GUILHERME, 2012, p. 17).

Nos dizeres de Guilherme (2014, p. 18), caso a mentalidade da representação política seja um espelho da opinião pública, de nada adiantaria propor mudanças constitucionais ou legislativas em abstrato, porquanto a resposta ao punitivismo não se encontra dentro da esfera estatal em si, haja vista sua própria existência se dar por meio do uso da força e de normas legais que possibilitam o controle da realidade.

E adiante, a autora levanta algumas questões das quais acredita serem pressupostos para o avanço (GUILHERME, 2014, p. 18):

Por que temos prazer em controlar o outro? Por que a punição exerce tamanho fascínio entre nós? Por que confundimos justiça com vingança? Por que, dependendo da situação, os fins justificam os meios? Por que naturalizamos tudo aquilo que nos é dito e ficamos inertes diante dos

absurdos do cotidiano? Por que, em nome de uma democracia, aceitamos as leis como são e só vislumbramos saídas institucionais para os problemas que acontecem?

Neste toar, fica evidente que a opinião pública carregada de sensibilidades e mentalidades construídas pela própria sociedade, não só influem nas políticas penais (quando orientam a atividade parlamentar), mas também são influídas por estas, motivo pelo qual, a punição se traduz como instrumento hábil a denunciar o nível civilizatório de uma sociedade (ALMEIDA, 2012, p. 87-88).

No mais, considerando que no âmbito do direito penal as conquistas de liberdades e garantias, – que hoje estruturam diversas constituições do mundo – custaram a vida de muitos, o direito penal deve ser tratado como verdadeiro legado civilizacional, e não apenas como instrumento de solução de conflitos. Portanto, abandonar estes direitos fundamentais alcançados representaria um inadmissível retrocesso civilizatório (D AVILA, 2012, p. 49).

Ainda, segundo D’Avila (2012, p. 46) deve-se se preocupar mais com o a qualidade do direito penal (qual direito penal) que com sua quantidade (mais direito penal), porquanto os principais problemas se encontram na forma em que se dá a regulação jurídico penal, em termos qualitativos, quer no sentido dogmático, quer no sentido político-criminal.

É incontestável que quanto mais complexa for a matéria a ser tipificada, mais complexo será o seu cumprimento e, por tal razão, o tipo penal deve descrever, claramente o conteúdo material do ilícito, para justamente não permitir a discricionariedade e a preferência por técnicas mais formais na aplicação da lei nos casos de maior complexidade (D AVILA, 2012, p. 47).

Sabe-se que os aplicadores do direito são os responsáveis por dar efetividade à produção legislativa em matéria penal e garantir os direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Então, por mais que aquela produção esteja calcada pelo populismo punitivo, os aplicadores do direito, no estado em que se encontra a ciência, não devem mais imaginar o direito como sendo um mero sistema lógico-formal, nos limites estreitos de uma perspectiva positivista (VASCONCELOS, 2013, p. 136).

Do mesmo modo, “[...] todo e qualquer interesse só pode ser perseguido por meio de leis penais se estiver nos limites da legitimidade da normatividade penal e constitucional.” (D AVILA, 2012, p. 50).

Para D' Avila (2012, p. 51) princípios como *nullum crimen sine lege*, *nullum crimen sine culpa*, e *nullum crimen sine iniuria*, assim como critérios de exclusão de ilicitude e culpabilidade, dentre outros, não devem ser esquecidos do direito penal, porque fazem parte da história jurídico-penal e conferem autonomia e identidade ao próprio direito penal, em termos axiológicos.

Segundo Carvalho (2010, p. 59-60):

[...] O fenômeno do grande encarceramento que marca a política criminal nacional não está restrito à incorporação do populismo punitivo por parte das agências legislativas, mas requer, para sua plena efetivação, que os atores com poder de decisão na cena processual penal entendam a diretriz punitivista como legítima, concretizando-a através da racionalidade jurídico-instrumental.

Assim, “o direito penal deve ser, em primeira mão, a expressão de uma ‘racionalidade estabelecida em valores’ [...], pois apenas assim o direito penal alcança seu verdadeiro sentido e, a partir dele, obtém a sua autonomia e identidade.” (D AVILA, 2012, p. 50).

Ainda, há de se destacar que cada sociedade revela características próprias, funcionais ou simbólicas, não servindo a punição de retrato fiel das dinâmicas e mecanismos que regem a instituição social (ALMEIDA, 2012, p. 88).

Outra questão do punitivismo contemporâneo diz respeito aos meios de comunicação (mídia) que, querendo ou não, fazem parte do dia-a-dia da população brasileira e possuem forte relação com o Direito Penal, interferindo, por vezes, na opinião pública, sensibilizando o leitor, ouvinte ou telespectador, inclusive, os intérpretes da lei, motivo pelo qual se fará breve estudo acerca das teorias midiáticas e de sua relação com a legislação penal.

3.3 MÍDIA: ESPELHO OU ESPECTRO DA (IN)SEGURANÇA PÚBLICA?

Considerando que é de solar evidência a influência da mídia nacional na opinião pública, quando, por meio de canais de televisão e estações de rádio fomenta a busca pela vingança, dá-nos a ideia de que vivemos em um país onde a impunidade sempre reina, far-se-á uma breve ilação acerca da referida influência.

Em razão da miscelânea cultural do povo brasileiro, as tradições culturais

se misturam e interagem entre si, socializando as instituições sociais. Por conta disso, atitudes entendidas como violentas se manifestam nas diferentes classes sociais. Os motivos para a prática de tais atitudes são dos mais diversos possíveis, (BAPTISTA, 2007, p. 115), contudo, no presente trabalho, não serão objeto de discussão ou de maior aprofundamento, porquanto, neste momento, pretende-se dar enfoque tão somente na influência da mídia na percepção de (in)segurança pública.

Assim, seja em programas mais populistas ou em telejornais, a falta de segurança pública é descrita e demonstrada como inimigo número um dos habitantes das grandes cidades, fato que gera uma falsa necessidade de vigilância incessante e incita a “indústria do medo”, não apenas por parte dos Governos, como também pela sociedade (GUILHERME, 2014, p. 16).

Apesar de o presente estudo não comportar a historicização da influência da mídia na sociedade, vale trazer à baila que seus efeitos começaram a ser discutidos a partir da segunda metade do século XX, quando foram elaboradas teorias no intuito de verificar os reais efeitos dos meios de comunicação na vida social. Estes estudos acadêmicos pesquisaram os efeitos, as origens o funcionamento da Comunicação Social em seus mais diversos aspectos, tais como tecnológicos, sociais, econômicos, políticos e cognitivos (ROMANHOL, 2010, p. 13).

Segundo Wolf (1999 *apud* ROMANHOL, 2010, p. 13) desenvolveu-se uma teoria conhecida por “Teoria Hipodérmica” (hipo, abaixo; derme, pele), a qual pressupõe que o estímulo da mídia (por meio das mensagens) adentra no indivíduo sem encontrar resistência, tal como uma agulha hipodérmica (a que injeta medicamento diretamente na veia) que penetra a camada cutânea e é introduzida sem dificuldades no corpo de uma pessoa.

Assim seria a mídia, uma agulha, que injeta seus conteúdos diretamente no cérebro dos que receptam a mensagem, sem enfrentar, na maioria das vezes, nenhum tipo de barreira ou obstáculo (WOLF, 1999 *apud* ROMANHOL, 2010, p. 13).

Ainda, segundo os estudos da corrente acima mencionada, o conceito de “massa” é fundamental para compreensão da teoria. Assim, a “massa”, pelos estudiosos, traduz-se no conjunto de indivíduos isolados de suas referências sociais, agindo individualmente na busca de sua própria satisfação. Uma vez isolados e perdidos na massa, tais indivíduos têm a mídia como visão de realidade, não obstaculizando, deste modo, a manipulação que se encontra por detrás das mensagens midiáticas (ROMANHOL, 2010, p. 13-14).

Outra teoria, que traz uma abordagem diferente da hipodérmica, é a da Teoria da Persuasão. Esta entende que a mensagem da mídia não é diretamente assimilada pelo indivíduo, porquanto submetida a vários filtros psicológicos individuais. Assim, os efeitos da mídia não seriam de manipulação, mas de persuasão. Em alguns casos, o indivíduo pode até distorcer o conteúdo da mensagem que recebeu, adequando-a, por conta da sua forma de entender a questão (ROMANHOL, 2010, p. 14).

Outrossim, no início da década de 1970 surge a Teoria do Agendamento, que ocupa-se da capacidade dos meios de comunicação em direcionar a atenção dos espectadores para acontecimentos específicos, sem que se imponha diretamente uma opinião formada. Nesse contexto, os meios de comunicação ditam às massas em que pensar e não mais em como pensar. É a mídia como mediadora entre indivíduo e realidade, da qual, na realidade, ele se encontra distante. (ROMANHOL, 2010, p. 15)

Mas a pergunta que se faz é: por que razão a sociedade acompanha com tamanha morbidez os episódios fatídicos da vida real, como se novelas fossem?

Acerca de tal pergunta, Romanhol (2010, p. 16) para responder faz citação à teoria de Aristóteles, o qual asseriu que a tragédia resulta numa catarse e isto explicaria o motivo de os humanos apreciarem assistir o sofrimento dramatizado, ou seja, há uma purgação das emoções dos espectadores que os faz sentir certo prazer em assistir tal sofrimento.

Ainda, prosseguindo com a influência da mídia no corpo social, agora com relação à ligação daquela ao Direito Penal, verifica-se que na sociedade brasileira atual, ambos possuem relação muito próxima, pois muitas são as pessoas interessadas por informações, precipuamente pelas que dizem respeito à burla de regras penais. Dessarte, a imprensa não consegue ficar alheia ao interesse causado pelo crime, em razão de ser vista como “olho da sociedade” (ROMANHOL, 2010, p. 29).

No entanto, a divulgação reiterada de crimes, juntamente com a abordagem sensacionalista de alguns veículos midiáticos acaba por “plantar a semente” da discórdia e potencializar um clima de medo e insegurança na sociedade. Os programas sensacionalistas, com sua linguagem persuasiva, impressionam o público e, por conseguinte, estimulam a vulgarização do crime, transmitindo a falsa sensação de que se vive numa sociedade mergulhada na

criminalidade, onde apenas o Estado serve de opção para contenção da violência e proporção de paz (ROMANHOL, 2010, p. 29).

Nesse caminho, Batista (2003, p. 1) sinaliza para a “ultrapassagem da mera função comunicativa por parte da mídia [...]”.

Edson Passeti e Roberto Baptista da Silva (1997 *apud* ROMANHOL, 2010, p. 30) a este respeito afirmam que “o imaginário popular, com efeito, impulsionado por notícias e interpretações tendenciosas dos meios de comunicação escrita e falada, vê na prisão o instrumento de vingança legítima do Estado e da recuperação do apenado”.

Sobremais, vale ressaltar que a mídia, de forma indireta, vem desenvolvendo um papel de legisladora penal, quando, por meio da comunicação, espetaculariza casos criminais célebres, provocando rápidas modificações legislativas na esfera penal, inúmeras vezes precipitadas e desastrosas (ROMANHOL, 2010, p. 41).

Apesar de se ter conhecimento que o uso recorrente do direito penal para resolução de conflitos não soluciona os problemas da sociedade, a ele se socorre o legislador, levado pela urgência e pelo ineditismo das novas situações, utilizando-o como instrumento de resposta e solução.

A respeito do tema, quando questionado, Zaffaroni respondeu:

Isso está acontecendo em todo o mundo. Essa prática destruiu os Códigos Penais. Nesta política de espetáculo, o político precisa se projetar na televisão. A ideia é: “se sair na televisão, não tem problema, pode matar mais”. Vai conseguir cinco minutos na televisão, porque quanto mais absurdo é um projeto ou uma lei penal, mais espaço na mídia ele tem. No dia seguinte, o espetáculo acabou. Mas a lei fica. O Código Penal é um instrumento para fazer sentenças. O político pode achar que o Código Penal é um instrumento para enviar mensagens e propaganda política, mas quando isso acontece fazemos sentenças com um monte de telegramas velhos, usados e motivados por fatos que estão totalmente esquecidos, originários deste mundo midiático. Ao mesmo tempo, a construção da realidade paranóica não é ingênua, inocente ou inofensiva. É uma construção que sempre oculta outra realidade.⁶

Ademais, sabe-se que as mensagens midiáticas não influenciam tão-só no âmbito de direito material, como também nas regras da persecução e do processo penal.

⁶ ENTREVISTA. Eugenio Raúl Zaffaroni. Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo. Revista Conjur, 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>>. Acesso em 10 de mai. de 2014

Na sociedade atual, são vários os exemplos de fatos enaltecidos pela mídia em que, sob pressão, o Congresso Nacional cede mudanças legislativas. Como principais, pode-se citar os casos do sequestro do empresário Abílio Diniz e do assassinato da atriz Daniela Perez (filha da escritora Gloria Perez) pelo casal Guilherme de Pádua e Paula Thomaz.

O primeiro, ocorrido em 1989, foi a mola propulsora para que o delito de extorsão mediante sequestro fosse incluído entre os crimes hediondos, bem como para que fosse promulgada a Lei nº 8.072/1990, que se transformou numa das leis mais midiáticas produzidas no país. O segundo, ocorrido em 1992, também deu azo a mudanças na lei penal, desta vez com a Lei nº 8.930/1994, que incluiu o crime de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos (ROMANHOL, 2010, p. 42).

Zaffaroni e Pierangeli (2002 *apud* ROMANHOL, 2010, p. 42) acerca da Lei nº 8.072/1990 aduzem que os meios de comunicação social pressionaram o legislador ordinário, por meio de uma arquitetada atuação a formular a referida lei menos de dois anos após a Constituição Federal de 1988, por conta do sentimento de pânico e de insegurança que se alocou na sociedade, muito mais produto de comunicação que da realidade.

Nos casos acima elencados, assim como em outros não menos importantes, os órgãos da imprensa, na busca desenfreada da informação, diariamente violam normas do arcabouço jurídico, infringindo, inclusive, aquela esculpida no art. 5º, LVII da Carta Magna, que estabelece o princípio da presunção de não-culpabilidade (ROMANHOL, 2010, p. 44).

Deste modo, é possível perceber que casos-símbolos geralmente são orientados por um punitivismo exacerbado, quando o poder cria, pseudo-anseios (por justiça e segurança, por exemplo) para depois satisfazê-los com edições de leis penais curtas, nem sempre eficientes. Segundo Romanhol (2010, p. 19) no Brasil “[...] acostumou se a combater os sintomas e não as reais causas.”

Tensões se instauram entre o delito-notícia, que demanda de forma incontestável a pena-notícia. Nessas situações “[...] não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas.” (BATISTA, 2003, p. 4).

Deve-se lembrar, ademais, que a televisão e o rádio são bens públicos, antes mesmo de serem empresas privadas, devendo os serviços prestados estarem

de acordo com o interesse da sociedade, a serviço do desenvolvimento humano, nos aspectos culturais, educativos, artísticos e éticos (GUARESCHI, 2009, p. 67).

Segundo Batista (2003, p. 19) se nos desapegarmos das bases estruturais econômicas, “o credo criminológico da mídia constituiu-se como um discurso que impregnou completamente o jornalismo, das menores notas ao obituário.”

A investigação empírica e a análise dos discursos judiciais dos magistrados de primeiro grau sobre os critérios de fundamentação da aplicação da pena, objeto da análise na posterior e última parte do presente estudo, serão importantes indicadores e instrumentos privilegiados para realizar o referido diagnóstico.

4. A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DO MODELO INQUISITÓRIO NAS DECISÕES DOS MAGISTRADOS DA COMARCA DE CRICIÚMA: RESULTADOS DE UMA PESQUISA EMPÍRICA

Feitas as considerações acerca das instituições da Magistratura e do Ministério Público, analisar-se-á, neste momento, a possível influência do modelo inquisitório nas decisões criminais dos magistrados, mais precisamente nas dosimetrias da pena. Isso pelo fato de esta etapa ser um dos principais mecanismos de avaliação da adesão ou da resistência dos atores judiciais ao punitivismo, daí porque se poderá observar de forma mais clara os critérios de definição da pena, apesar do certo caráter subjetivo de tais atos judiciais.

4.1 DA CONTEXTUALIZAÇÃO DA PESQUISA E DO PARÂMETRO UTILIZADO

Segundo Carvalho (2010, p. 115) dentre os diversos sujeitos que compõem o cenário judicial brasileiro, o Juiz criminal detém papel essencial em razão da possibilidade de delimitação, nos casos concretos, acerca dos caminhos da política criminal a serem seguidos.

Dessarte, existem importantes momentos de intervenção judicial que podem estabelecer filtros ao punitivismo e, dentre estes, a aplicação da pena, a qual finaliza a sentença penal condenatória, tem destacado papel, motivo pelo qual a atuação da Magistratura, na resistência ou na adesão aos discursos punitivistas, será crucial para diagnosticar o estado da arte político-criminal (CARVALHO, 2010, p. 115).

No mais, vale ressaltar que a ênfase no assunto não diz respeito apenas ao fato de a sentença quantificar determinado número de pena ao caso penal, porquanto isto tão só permitiria verificar o volume de condenações existentes e estabelecer uma média de condenação para as principais condutas puníveis no país. É que, além desse número de penas a ser quantificado, está a importância na argumentação judicial, em razão das seguintes circunstâncias trazidas por Carvalho (2010, p. 116):

(a) a legislação brasileira definir, como pena de referência, a pena de prisão, ou seja, mesmo nos casos em que há possibilidade de aplicar pena diversa da privativa de liberdade o ordenamento jurídico impõe ao Magistrado o dever de analisar o caso concreto, aplicar a pena de prisão e, posteriormente, substituir pela pena alternativa; (b) o sistema de penas no Brasil adotar critérios de quantificação variável entre mínimos e máximos, cabendo ao juiz, no caso concreto, individualizar a quantidade de pena a partir da análise fundamentada das circunstâncias impostas em lei; (c) as circunstâncias de análise judicial para dosimetria da pena serem caracterizadas, em sua maioria, pela tipicidade aberta, ampliando o poder discricionário do Magistrado; e (d) a qualidade da pena, isto é, a forma de execução da sanção, ser determinada pelo juiz, na sentença penal, após o cálculo da quantidade de pena.

Ainda, a Constituição Federal, acerca da estrutura das penas, estabelece a necessidade de individualização destas, em seu art. 5º, inciso XLVI. A técnica legislativa consagrada no Brasil e em grande parte dos países se dá por meio do estabelecimento de limites, isto é, de marcos temporais, mínimos e máximos para a aplicação pena privativa de liberdade (CARVALHO, 2010, p. 11).

Com relação aos marcos temporais, Carvalho (2010, p. 11) demonstra que a Constituição não determina a técnica legislativa a ser adotada, isto é, a demarcação ou não de limites mínimos de pena, mas apenas a quantidade máxima de pena, fixada em 30 (trinta) anos pelo Código Penal (art. 75, do CP), em consonância com a vedação da pena de prisão perpétua, prevista no art. 5º, XLVII, da CF/88.

Existe, pois, a possibilidade de fixação de penas não privativas de liberdade no preceito secundário dos tipos penais incriminadores, tal como ocorreu na alteração da Lei de Drogas (art. 28, da Lei nº 11.343/06), não havendo óbice constitucional para que se remodelasse o sistema (CARVALHO, 2010, p. 11).

No mais, caberá ao Judiciário amoldar o *quantum* de pena nos casos concretos, conforme as circunstâncias do fato e a culpabilidade do autor, podendo se perceber, inclusive, um aumento do espaço da discricionariedade judicial na cominação da pena, fato que, por si só, viabilizaria novas formas de atuação, considerando o gradual incremento de novas respostas penais decorrentes da crise da pena privativa de liberdade (CARVALHO, 2010, p. 11).

Especificamente na aplicação da pena, por meio da avaliação dos argumentos que fundamentam as decisões dos juízes, bem como da forma pela qual eles justificam suas decisões, preenchem as lacunas (tipos penais abertos),

solucionam as contradições e definem a quantidade e a qualidade das penas é que se percebe e controla o arbítrio judicial (CARVALHO, 2010, p. 149).

Segundo Ferrajoli (1998, *apud* CARVALHO, 2009, p. 11) ao contrário da pena, o delito não é quantificável, e os critérios para se auferir de gravidade, tanto da concepção do dano quanto da culpabilidade, foram, até os dias atuais, grande fracasso. O elemento da valoração da pena se encontra na definição da pena máxima e não no mínimo que, em realidade, representaria taxa.

A preocupação central em face do punitivismo, segundo Carvalho (2010, p. 165), é a da “análise dos argumentos que possibilitam aos magistrados elevar a pena acima do limite mínimo ou não reduzi-la aquém dos patamares fixados pelo Legislador.”

Por fim, em razão da crise da pena privativa de liberdade, da ampliação dos poderes discricionários dos juízes e da problematização sobre a manutenção dos parâmetros mínimos das penas, pretende-se discutir a aplicação das penas e os critérios utilizados, no intuito de se verificar a existência, ou inexistência, do punitivismo nas decisões dos magistrados da comarca de Criciúma/SC.

4.1.1 Breve Histórico da pesquisa de Salo de Carvalho

Neste momento cumpre esclarecer que, para realização da análise proposta, a presente pesquisa teve como parâmetro um estudo já realizado, no ano de 2010, pelo Professor Pós-Doutor Salo de Carvalho, intitulado “O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo”, e, só a partir de então, a fim de vislumbrar se os magistrados que atuam na comarca de Criciúma são, possivelmente, influenciados pelo punitivismo, iniciou-se uma nova pesquisa a nível local.

Acerca da pesquisa realizada pelo referido professor, impende informar que, com o objetivo de demonstrar empiricamente os efeitos da formação inquisitória dos atores da cena jurídica e a sua adesão ao punitivismo, foi realizado levantamento de dados e análise qualitativa de julgados dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). A partir da criação de instrumento de análise, foram verificados naquela pesquisa os critérios utilizados pelos Tribunais Superiores para quantificação da pena carcerária (CARVALHO,

2010, p. 2).

Ainda, o período de análise do estudo de Salo de Carvalho foi delimitado no primeiro semestre de 2008, sendo a hipótese orientadora do trabalho a formação autoritária das instituições penais e a inserção dos seus atores na cultura inquisitória permitem a adesão do Brasil às políticas globais de hiperencarceramento (CARVALHO, 2010, p. 2).

Sobremais, ressalta-se que a pesquisa publicada por Carvalho (2010, p. 3) foi versão unificada e reduzida dos produtos finais de dois projetos autônomos, quais sejam: (a) pesquisa documental realizada nas Cortes Superiores financiada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a partir de pesquisa apresentada para a linha de pesquisa sobre pena mínima, do projeto Programa Pensando o Direito, da Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) do Ministério da Justiça; e, em paralelo (b) o estudo sobre o papel dos atores jurídicos na realidade político criminal punitivista junto ao programa de Pós-Graduação em Direito, linha de Criminologia, da Universidade Pompeu Fabra, Barcelona.

Informa-se, ainda, que objetivo da pesquisa de Salo de Carvalho foi o de analisar o papel dos atores do sistema penal no cenário punitivista e os reflexos na política criminal brasileira (CARVALHO, 2010, p. 2), diferentemente da presente, que, apesar de replicar a metodologia daquela, tem como objeto averiguar a existência, ou não, da influência do punitivismo nas decisões condenatórias dos magistrados da comarca de Criciúma, precipuamente com relação à fase judicial de aplicação da sanção.

Feitas estas breves considerações acerca do estudo que serviu de espeque para iniciação da presente pesquisa, passa-se, então, a explicar a metodologia desta.

4.2 DA METODOLOGIA NA APLICAÇÃO DA PESQUISA EM CRICIÚMA/SC

A primeira etapa da pesquisa aqui realizada foi a de sistematização das sentenças condenatórias de crimes hediondos, relativas à aplicação das penas na comarca de Criciúma/SC.

A sistematização do material foi realizada de modo a possibilitar a análise e realizar o diagnóstico acerca da existência, ou não, do caráter punitivista na aplicação das penas nas sentenças criminais da comarca de Criciúma/SC, mormente da pena privativa de liberdade.

Assim, seguindo a perspectiva inicialmente fixada no campo de análise suso mencionado, o procedimento metodológico foi delimitado do seguinte modo: (a) levantamento e sistematização de sentenças criminais relativas aos crimes hediondos junto às 1ª e 2ª Varas Criminais da Comarca de Criciúma; (b) análise qualitativa das sentenças aludidas.

Continuamente, as sentenças criminais condenatórias selecionadas na 1ª Vara Criminal e na 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma/SC necessitaram ser filtradas por uma série de fatores. Por tal motivo, a sistematização das referidas sentenças, delimitada no semestre que englobou os meses de outubro de 2013 a abril de 2014, foi alterada ao longo do levantamento.

No primeiro momento foram estabelecidos critérios de pesquisa, a partir da seleção de todas as sentenças condenatórias finalizadas pelos juízes atuantes das Varas Criminais à época, junto ao Sistema de Automação da Justiça de Primeiro Grau (SAJ/PG)⁷ no período acima mencionado, englobando as sentenças procedentes e parcialmente procedentes e, por consequência, excluindo-se as sentenças absolutórias, porquanto ausente nelas o objeto central da pesquisa, qual seja, a dosimetria da pena.

Posteriormente, sentiu-se a necessidade de reduzir os critérios de busca, com a limitação da pesquisa anteriormente prevista. A ideia do projeto seria a de levantamento e sistematização de todas as sentenças condenatórias das Varas Criminais de Criciúma no período de 01/10/2013 a 01/04/2014. Ocorre que mesmo limitando-a no supracitado semestre, tornou-se inexecutável a pesquisa, porquanto expressivo o número de julgados a serem analisados, conforme será possível visualizar no resultado discriminado no mapa da pesquisa qualitativa das sentenças condenatórias (Tabela 01).

Assim, no segundo momento, após o recorte temporal, de forma a

⁷ O Sistema de Automação da Justiça de Primeiro Grau - SAJ/PG é um avançado sistema de informações desenvolvido para a gestão dos processos em tramitação no primeiro grau de jurisdição e Juizados Especiais. Ele simplifica as tarefas diárias, agilizando os procedimentos de forma completa, abrangente e totalmente segura. Fonte: <http://www.softplan.com.br/saj/saj_tour.jsf>. Acesso em 26 mai. 2014.

densificar a pesquisa na análise de discurso para procurar compreender os critérios judiciais de valoração das circunstâncias de aumento e de diminuição da pena, realizou-se a delimitação espacial, optando-se por analisar tão-só os crimes hediondos, isto é, aqueles previstos na Lei nº 8.072/1990, porquanto, hodiernamente, sofrem maior repercussão decisiva nos meios de comunicação e alimentam as preocupações gerais, assim como a própria expectativa pela reação estatal.

Cumprido salientar que as buscas se iniciaram junto às assessorias das Varas Criminais, onde foi possível obter lista com os números de todos os autos julgados procedentes e parcialmente procedentes (sentenças condenatórias) no intervalo de tempo almejado.

A partir de então, as demais buscas ocorreram no espaço virtual do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e os documentos obtidos (inteiro teor da decisão) foram salvos em banco de dados em arquivos no formato “pdf” ou “doc”, respeitando a seguinte regra de nomenclatura: número do processo/infração penal (p. ex.: 020.01.020729-5/homicídio qualificado) e armazenados em pastas correspondentes à espécie do delito (p. ex.: ‘homicídio’).

Por fim foram criadas as pastas ‘resultados 1ª Vara’ e ‘resultados 2ª Vara’ em que foram depositados todos os documentos, eliminando-se aqueles que não se tratavam de crimes hediondos. Assim, restaram para análise sentenças de crimes de: homicídio qualificado; tráfico de entorpecentes e estupro de vulnerável.

Ocorre que, acerca dos feitos de estupro, bem como de alguns de tráfico de entorpecentes, foi necessário protocolizar pedido de autorização de acesso aos autos perante ambas as Varas Criminais (Apêndice A), porquanto se encontravam sob a égide do segredo de justiça.

No entanto, apesar de o pedido ter sido deferido pelo juízo da 2ª Vara Criminal, foi indeferido perante o juízo da 1ª Vara, sob o argumento de que “apenas pode ser permitido tal acesso, face à natureza do delito, em casos de feitos arquivados (a fim de não trazer prejuízo à tramitação), com vítimas capazes que expressamente consintam”, motivo pelo qual se deixou de analisar os referidos autos, mais precisamente 9 (nove) processos.

Na mesma senda, mister se faz relatar que foram excluídas da pesquisa as sentenças que tratavam dos crimes de associação para o tráfico de entorpecentes e colaboração com o tráfico (artigos 33, *caput*, e 37, *caput*, ambos da

Lei nº 11.343/06, respectivamente), porquanto pacificado nos tribunais que tais delitos não são equiparados a hediondos.

Nesse sentido Marcão (2014) assere que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é equiparado a hediondo em razão de disposição expressa na Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), enquanto que para o crime de associação para o tráfico, tipificado no art. 35 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), não há qualquer regra no ordenamento jurídico que indique possa ser considerado como hediondo.

Ainda, para Marcão (2014) “é juridicamente impossível ampliar o rol dos crimes hediondos para nele incluir crime não listado como tal, e o contrário implica inaceitável violação ao princípio da taxatividade”.

Neste sentido, no *Habeas Corpus* nº 123.945, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

O crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente previsto no rol do artigo 2º da Lei 8.072/90 (STJ, HC 123.945/RJ, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 6-9-2011, DJe de 4-10-2011).

Importante destacar que todo o processo de levantamento de dados foi realizado com base no problema da pesquisa, delimitado do seguinte modo: os magistrados são, ou não, influenciados pelo modelo inquisitório quando da aplicação da pena. Para que fosse possível resolver o problema da pesquisa, verificaram-se as circunstâncias de aplicação da pena que mais influenciam o juiz de primeiro grau e quais os critérios que impedem sua aplicação no mínimo ou abaixo do mínimo fixado pelo Legislador.

Sobremais, os filtros acima expostos foram aplicados tanto na 1ª Vara Criminal quanto na 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma/SC.

O universo final da análise pode ser assim representado:

Tabela 01

MAPA DA PESQUISA QUALITATIVA DAS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS

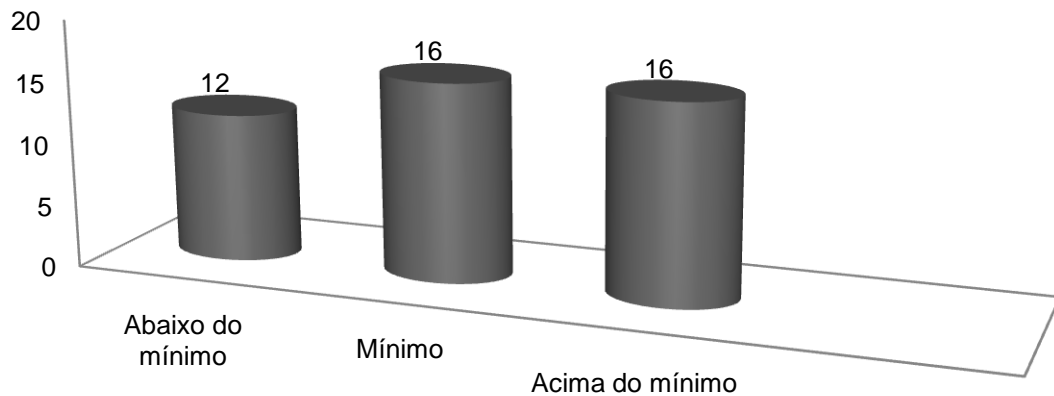
1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CRICIÚMA/SC	
Resultado discriminado (excluídas as sentenças não pertencentes ao período de 01/10/2013 a 01/04/2014)	134

Sentenças que tratam especificamente da aplicação da pena nos crimes hediondos	34
Sentenças que tratam especificamente da aplicação da pena no crime de tráfico de entorpecentes	22
Sentenças que tratam especificamente da aplicação da pena no crime de homicídio	09
Sentenças que tratam especificamente da aplicação da pena nos crimes de estupro e estupro de vulnerável	03
Sentenças de desclassificação do crime de tráfico de entorpecentes para outro crime (não hediondo)	01
Sentenças de desclassificação do crime de homicídio para outro crime (não hediondo)	05
Sentenças de desclassificação do crime de estupro para outro crime (não hediondo)	01
Sentenças de absolvição (tráfico de entorpecentes e homicídio)	02
Sentenças cujo feito encontra-se sob a égide do segredo de justiça	06
Sentenças analisadas	21
2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CRICIÚMA/SC	
Resultado discriminado (excluídas as sentenças não pertencentes ao período de 01/10/2013 a 01/04/2014)	110
Sentenças que tratam especificamente da aplicação da pena nos crimes hediondos	18
Sentenças que tratam especificamente da aplicação da pena no crime de tráfico de entorpecentes	17
Sentenças que tratam especificamente da aplicação da pena nos crimes de estupro e estupro de vulnerável	01
Sentenças de desclassificação do crime de tráfico de entorpecentes para outro crime (não hediondo)	00
Sentenças de absolvição (tráfico de entorpecentes e homicídio)	00
Sentenças cujo feito encontra-se sob a égide do segredo de justiça	03
Sentenças analisadas	15

Importante, antes de ingressar na análise qualitativa, apontar alguns dados quantitativos preliminares, notadamente a média das penas aplicadas, a partir das sentenças selecionadas – 21 sentenças na 1ª Vara Criminal e 15 na 2ª Vara Criminal, no total de 36 sentenças analisadas.

Em termos gerais, a quantificação das penas definitivas em relação à pena mínima ficou representada da seguinte forma: (a) pena aplicada aquém do mínimo (27%); (b) pena aplicada no mínimo (37%); (c) pena aplicada acima do mínimo (36%).

Gráfico 01
Classificação das sentenças conforme aplicação da pena definitiva



Fonte: 1ª e 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC

Relevante salientar que a diferença entre o número de sentenças selecionadas para pesquisa (36) e a quantidade de penas expostas no gráfico acima (44) ocorreu em face da existência, em quatro sentenças, de concurso de pessoas (art. 29, Código Penal), havendo, portanto, nestas 04 (quatro) sentenças, 12 (doze) processos distintos de aplicação da pena, o que justifica a diferença de 08 (oito) unidades entre o número de sentenças e o número de penas analisadas.

Para classificação das sentenças igualmente foi observada a existência de concurso material de crimes (art. 69, do CP), com análise individualizada da aplicação da pena nos delitos tidos como hediondos apenas, para não fugir do objeto central da pesquisa. Nestes casos, a análise foi realizada por crime, pois do contrário a pena ficaria sempre acima dos mínimos legais estabelecido.

De igual forma, a representação exposta no Gráfico 01 é indicativa da pena final (definitiva) aplicada, isto porque nas Cortes Superiores, assim como no próprio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, não se concebe aplicação de pena-base ou provisória aquém do mínimo, por força da Súmula nº 231, do STJ, motivo pelo qual, os juízes de primeiro grau deixam de aplicá-la.

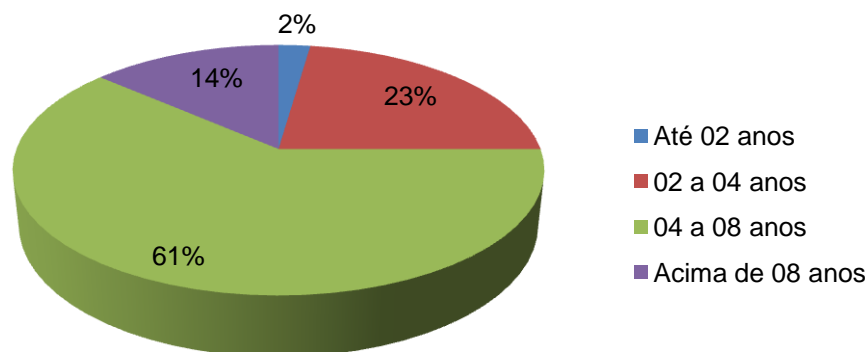
A referida Súmula dispõe que a “incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (BRASIL, 2014). Assim, percebe-se que a existência de sanção abaixo do mínimo decorre da

incidência, na terceira fase, de circunstância especial de diminuição de pena ou minorante, conforme será demonstrado ao longo da pesquisa.

Ademais, segundo Carvalho (2010, p. 131-132) é plenamente possível no Brasil a aplicação de pena aquém do mínimo legal (primeira coluna do Gráfico 01), porquanto, apesar da existência da Súmula nº 231, do STJ, o juiz está limitado ao mínimo tão somente nas duas primeiras fases de aplicação da pena, podendo, contudo, fixar quantidade aquém do mínimo em inúmeras hipóteses, na terceira fase, tais com nos casos de tentativa (art. 14, II, do CP), arrependimento posterior (art. 17, do CP), erro sobre a ilicitude do fato (art. 21, do CP), participação de menor importância (art. 29, §1º, do CP), além das circunstâncias minorantes previstas na parte especial do Código Penal e na legislação extravagante.

Em relação à média de penas (quantidade de tempo) impostas pelas Varas Criminais, foi constatado, dos dados colhidos na pesquisa qualitativa, que das 36 (trinta e seis) sentenças analisadas conjuntamente: em 1 decisão (2%) aplicou-se pena até 02 anos de reclusão, em 10 sentenças (23%) entre 02 e 04 anos, em 27 casos (61%) penas acima de 04 e inferior a 08 anos de prisão e, em 6 oportunidades (14%) penas acima de 08 anos.

Gráfico 02
Média de Tempo de Pena Imposta



Fonte: 1ª e 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC

Realizados os primeiros cruzamentos das informações, a pesquisa procurou avaliar de forma global a aplicação da quantidade de pena por fase (método trifásico do art. 68 do Código Penal), desde os critérios anteriormente analisados: pena aquém do mínimo, pena no mínimo e pena acima do mínimo.

Deste modo, considerando que, após a análise de todas as sentenças coletadas e depositadas na base de dados (36), detectou-se a repetição de

argumentos no momento da aplicação da pena (dosimetria), precipuamente nas que sancionavam o mesmo crime e, conseqüentemente, tutelavam o mesmo bem jurídico, optou-se por selecionar apenas algumas daquelas, que serviram de sentenças referenciais na pesquisa, excetuando-se as repetidas.

Em relação à pena-base, a preocupação se resumiu em indicar as circunstâncias judiciais do *caput* do art. 59, do Código Penal, com maior utilização e quais os argumentos apontados para sua valoração positiva, negativa ou neutra.

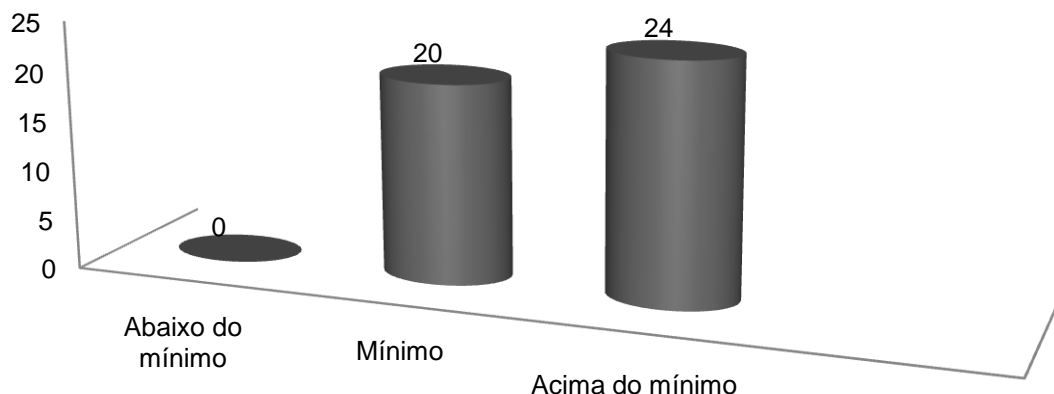
Conforme anteriormente exposto, a jurisprudência e a doutrina não permitem a aplicação da pena abaixo do mínimo na primeira fase de aplicação da pena. Todavia estabelece critérios para fixação no mínimo (todas circunstâncias favoráveis) ou acima dele (quando houver cumulação de circunstâncias desfavoráveis).

Apesar deste indicativo, três análises foram propostas: (1ª) pena-base abaixo do mínimo; (2ª) pena-base no mínimo, situação em que todas as circunstâncias judiciais seriam favoráveis; (3ª) pena-base acima do mínimo, situação na qual se detectaria presença de circunstâncias desfavoráveis.

A classificação das sentenças conforme a aplicação da pena-base pode ser representada da seguinte forma:

Gráfico 03

Classificação das sentenças conforme aplicação da pena-base



Fonte: 1ª e 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC

Importante destacar, novamente, que a soma das aplicações de pena nas

três fases supera o número de sentenças selecionadas no banco de dados em decorrência dos casos de concurso de agentes (art. 29, do CP), casos em que há mais de uma aplicação da pena.

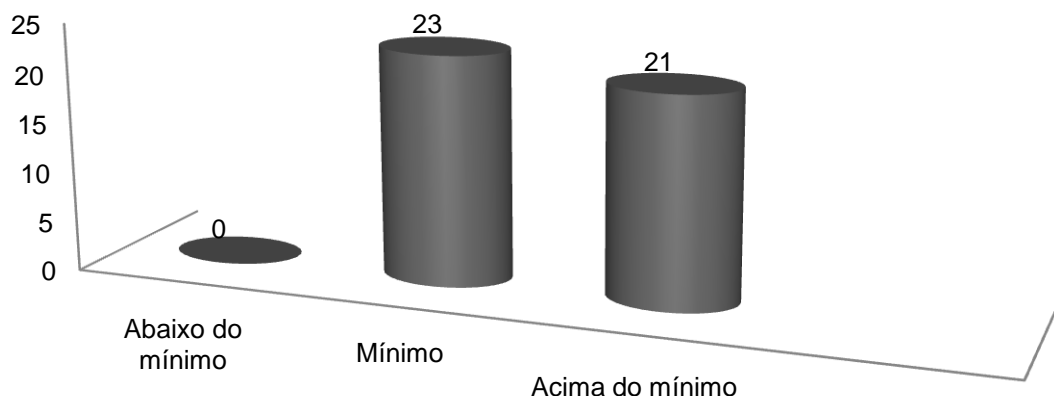
Na pena provisória foram observados os critérios de aplicação de agravantes e atenuantes. Três análises seriam possíveis: (1º) pena provisória abaixo do mínimo; (2º) pena provisória aplicada no mínimo, quando a pena-base ficou acima do mínimo e o juiz aplicou atenuante ou quando a pena-base ficou no mínimo e inexistente atenuante ou agravante; (3º) pena provisória acima do mínimo nos casos em que há agravante ou quando a pena-base ficou acima do mínimo e a provisória não trouxe ao mínimo por força de mínima redução.

Todavia, em razão da Súmula 231, do STJ, há impeditivo pretoriano de aplicação de pena abaixo do mínimo nesta fase, embora isso não impeça que determinados Tribunais deixem de aplicar a Súmula. Contudo, sabe-se que, em sua maioria, decisões diversas do entendimento sumulado são revogadas nas Cortes Superiores, motivo pelo qual não houve nenhuma incidência, sendo o critério eliminado.

Então, a classificação das sentenças conforme a aplicação da pena provisória assim ficou representada:

Gráfico 04

Classificação das sentenças conforme aplicação da pena provisória



Fonte: 1ª e 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC

Por fim, no que tange à aplicação da pena definitiva, foram avaliadas as

causas especiais de aumento e de diminuição da pena (majorantes e minorantes).

Conforme legislação pátria, as majorantes e minorantes variam a pena independentemente dos marcos fixados pelo Legislador, não havendo limites mínimos e máximos que delimitem a pena definitiva.

Diante disso, três análises foram possíveis: (1º) pena definitiva abaixo do mínimo legal, quando há incidência de minorante da parte geral ou especial; (2º) pena definitiva aplicada no mínimo, quando nenhuma circunstância das três fases foi desfavorável ou quando, pela aplicação de variáveis, o cálculo final resta no mínimo – p. ex.: pena base acima do mínimo com aplicação de atenuante no mínimo e ausência de majorante/minorante; pena provisória acima ou abaixo do mínimo com aplicação de majorante ou minorante; e (3º) pena definitiva acima do mínimo, quando há aplicação da pena-base ou provisória acima do mínimo sem majorante ou com minorante que não diminui suficiente, ou quando a provisória fica no mínimo ou abaixo com aplicação de majorante.

No mais, foram observados os fundamentos e os critérios de definição da quantidade de aumento ou de diminuição e se houve concurso de majorantes ou minorantes (02 ou mais majorantes; 02 ou mais minorantes; ou majorante e minorante) e quais os critérios de resolução. Igualmente foi verificada a existência de critérios para determinadas majorantes, p. ex., tentativa (maior ou menor perigo ao bem jurídico) entre outras.

No tópico posterior, demonstrar-se-ão os resultados da presente pesquisa.

4.3 DOS RESULTADOS DA PESQUISA

Dando sequência ao presente estudo, impende reforçar que a análise do padrão e/ou da variação dos critérios de quantificação da pena (art. 59, II c/c art. 68, caput, do CP) pelas Cortes Superiores e, conseqüentemente, pelos magistrados de primeiro grau, seguirá o sistema trifásico delimitado no Código Penal.

Durante a apreciação das sentenças condenatórias que compuseram o banco de dados foi possível perceber a forma pela qual os juízes entendem as circunstâncias e como preenchem os conteúdos abertos de sua estrutura normativa.

Foi possível também, notar importantes dificuldades dos julgadores, tais como em definir claramente o significado (conceito) das circunstâncias, de quantificar o peso destas na dosimetria da pena e etc.

Outrossim, como demonstrado anteriormente, optou-se no presente estudo por realizar análise das sentenças nos seus três momentos distintos: pena-base, pena provisória e pena definitiva, sendo que no primeiro momento foram verificadas todas as circunstâncias dispostas no art. 59, *caput*, do CP, bem como os argumentos apontados para sua valoração positiva, negativa ou neutra (pena-base); no segundo momento foram visualizadas as agravantes e as atenuantes e os critérios de aplicação destas (pena provisória); e na terceira e última parte da pesquisa foram analisadas as causas de aumento e de diminuição da pena (pena definitiva).

4.3.1 Critérios de aplicação da pena-base pelas 1ª e 2ª Varas Criminais da comarca de Criciúma/SC: análise quantitativa e qualitativa

Inicialmente cumpre salientar que esta é a fase da dosimetria da pena em que mais são encontradas dificuldades pelos julgadores, por conta de fatores derivados da técnica legislativa empregada na elaboração do sistema de aplicação da pena (CARVALHO, 2010, p. 166).

Como problema central, enfatiza-se “desde o ponto de vista legislativo, de estruturas normativas vagas, imprecisas, sem definição semântica, de difícil apreensão empírica e de tipos penais conceituais ou abertos.” (CARVALHO, 2010, p. 167). No mais, o emprego de circunstâncias com características como as mencionadas, aumenta de forma significativa a probabilidade de cometimento de equívocos interpretativos e, em última análise, aproxima a fronteira do arbítrio com a abertura dos espaços de discricionariedade judicial.

A soma destas variáveis, por sua vez, aponta para uma possível violação de garantias materiais ou processuais constitucionalizadas, tais como a violação do princípio *ne bis in idem*, pela aplicação cumulada de circunstâncias elementares do tipo imputado na aplicação da pena, pela aplicação dobrada de circunstâncias judiciais ou legais ou pela aplicação cumulada das próprias circunstâncias judiciais

de forma que a anterior preencha o juízo de reprovação da anterior; violação ao princípio do contraditório, pela utilização de argumentos de impossível refutabilidade pelas partes para dosar a pena, entre outras (CARVALHO, 2010, p. 167).

A partir de então, far-se-á uma análise acerca da valoração e conceituação das circunstâncias judiciais (art. 59, *caput*, do CP).

As circunstâncias judiciais encontram-se estabelecidas no art. 59, *caput*, do CP, em duas diferentes ordens de valoração: circunstâncias judiciais objetivas, as quais tratam dos elementos externos do fato-crime (circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima) e as circunstâncias judiciais subjetivas, que atinam ao autor responsável pela conduta ilícita (culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade e motivos) (CARVALHO, 2010, p. 170).

A investigação possibilitou concluir que, pelo fato de esta ser a fase de maior prevalência de categorias abertas (fase de quantificação da pena), na pena base residem os maiores problemas e dificuldades judiciais.

Optou-se, metodologicamente, por avaliar isoladamente as categorias culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade e comportamento da vítima, enquanto que conjuntamente as categorias motivos, circunstâncias e consequências, em face de apresentarem problemas similares à sua natureza, objetiva ou subjetiva.

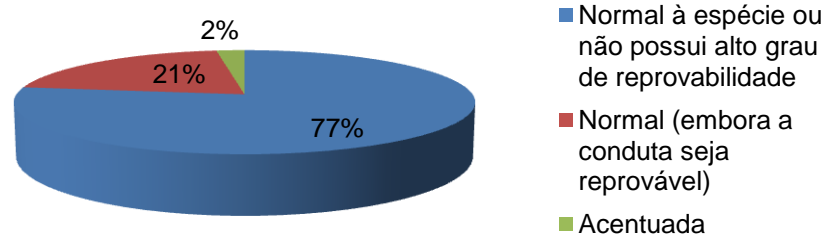
Desta maneira, acerca da culpabilidade, das 44 (quarenta e quatro) penas analisadas, observou-se a incidência da referida circunstância em tão apenas 01 (uma) sentença, em que o magistrado considerou para aumentar a pena base o alto grau de culpabilidade do réu, que defluía de todo o processado, justificando tal aplicação com a imputabilidade do agente (maior de 18 anos e mentalmente são) e o pleno conhecimento do caráter ilícito.

Ocorre que, curiosamente, foi observado em outra sentença que, com a mesma justificativa acima transcrita, deixou-se de considerar a culpabilidade acentuada do acusado, isto é, ainda que imputável e com pleno conhecimento do caráter ilícito, a culpabilidade foi tida como normal à espécie.

Também, vale ressaltar que das 43 (quarenta e três) sentenças em que não incidiu a circunstância da culpabilidade, 34 (trinta e quatro) consideraram a culpabilidade normal ou por que não possuía alto grau de reprovabilidade ou por que normal à espécie, e 09 (nove), apesar de igualmente terem considerado normal a culpabilidade, justificaram-na acrescentando, de forma contraditória, que a conduta

era reprovável, demonstrando o quão vago é o conceito de culpabilidade.

Gráfico 05
Culpabilidade

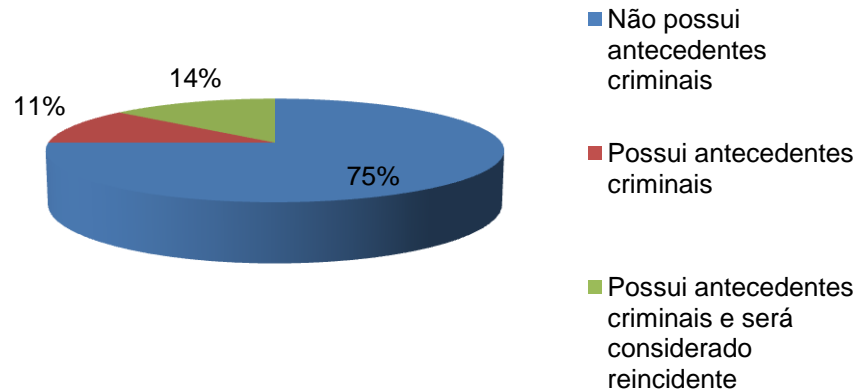


Fonte: 1ª e 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC

Dando continuidade, relativamente à circunstância dos antecedentes criminais tem-se que em 33 (trinta e três) dos casos não possuíam os acusados antecedentes, em 05 (cinco) situações os agentes apresentavam antecedentes criminais e, em outras 6 (seis), apresentavam antecedentes suficientes para serem considerados reincidentes e com maus antecedentes, isto porque, conforme entendimento jurisprudencial⁸, uma das condenações pode servir como maus antecedentes e outra como reincidência.

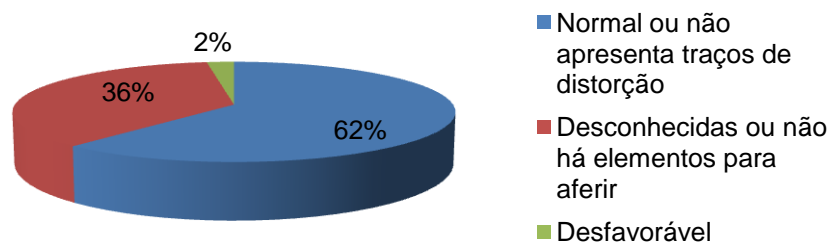
⁸ HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. FATOS DISTINTOS ENSEJADORES DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. ORDEM DENEGADA. 1. O tema do agravamento da pena pela reincidência está com repercussão geral reconhecida no RE 591.563, da relatoria do ministro Cezar Peluso. Da mesma forma, a questão da valoração de processos criminais em andamento como maus antecedentes também está com a repercussão geral reconhecida no RE 591.094, da relatoria do ministro Marco Aurélio. O que não impede o exame da tese da impetração. 2. Configura dupla e indevida valoração da mesma circunstância o agravamento da pena pela reincidência e por maus antecedentes sempre que os fatos ensejadores destes juízos sejam os mesmos. 3. No caso, o paciente tem contra si diversos (e distintos) títulos condenatórios transitados em julgado. Onde não se falar em dupla valoração da mesma condenação (e, portanto, do mesmo fato) como maus antecedentes e como reincidência. Precedentes. 4. Ordem denegada. (STF - HC: 96046 RS, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 13/03/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: 02-05-2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21557128/habeas-corpus-hc-96046-rs-stf>>. Acesso em: 06 de jun. de 2014)

Gráfico 06
Antecedentes Criminais



Para mais, observou-se na análise da circunstância da conduta social a incidência desta em tão só 01 (uma) sentença, sendo que das 43 (quarenta e três) restantes, verificou-se que em 27 (vinte e sete) casos a conduta social era normal ao tipo ou não apresentava traços de distorção, e em 16 (dezesseis) situações não havia elementos para aferir ou era desconhecida.

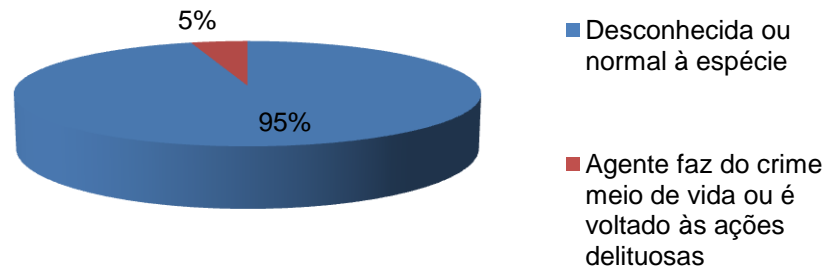
Gráfico 06
Conduta Social



Fonte: 1ª e 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC

Na ordem, a circunstância de personalidade apresentou incidência em 02 (duas) sentenças, quando os magistrados fundamentaram ser o acusado voltado à atividade delituosa e/ou utilizar o crime como meio de vida. Nas outras 42 (quarenta e duas) penas avaliadas considerou-se a personalidade normal à espécie ou desconhecida.

Gráfico 07
Personalidade

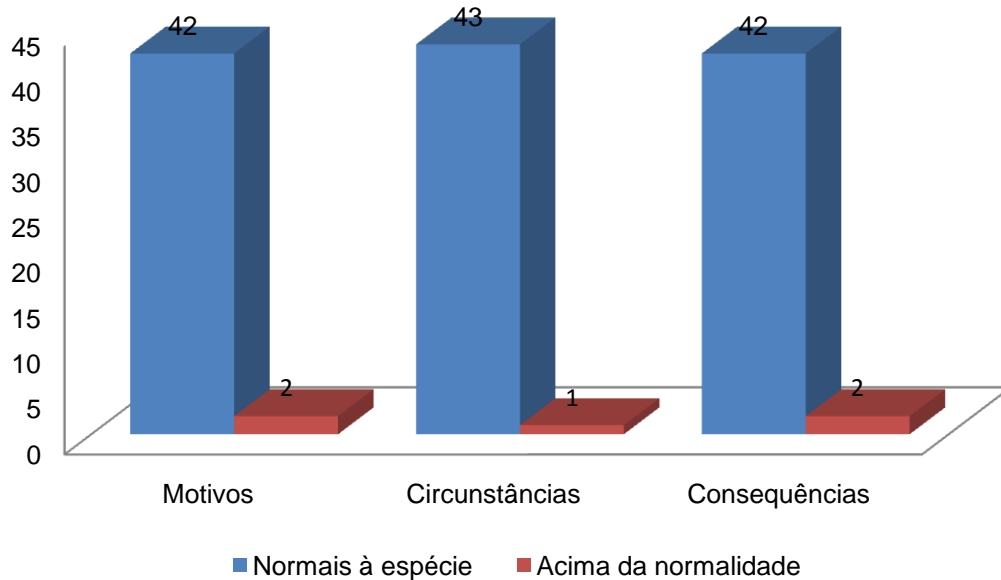


Fonte: 1ª e 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC

Os motivos, as circunstâncias e as consequências, como explanado anteriormente, foram observados de forma conjunta.

Assim, foi possível verificar quanto aos motivos que em 02 (duas) situações foram considerados por conta da obtenção de lucro fácil às custas do sofrimento alheio, e nas outras 42 (quarenta e duas) foram tidos como normais à espécie (inerentes ao tipo). Nas circunstâncias, ocorreu a incidência em apenas 01 (uma) decisão, mais especificamente de tráfico de entorpecentes, por conta da expressiva quantidade de droga apreendida, enquanto nas outras 43 (quarenta e três) sentenças também foram consideradas normais à espécie. Já as consequências, com conceito de imprecisão muito semelhante aos motivos tiveram incidência em 02 (duas) decisões, mais especificamente de homicídio qualificado tentado, em razão dos ferimentos sofridos pelas vítimas, e foram reputadas em 42 (quarenta e duas) sentenças como inerentes ao tipo ou não graves.

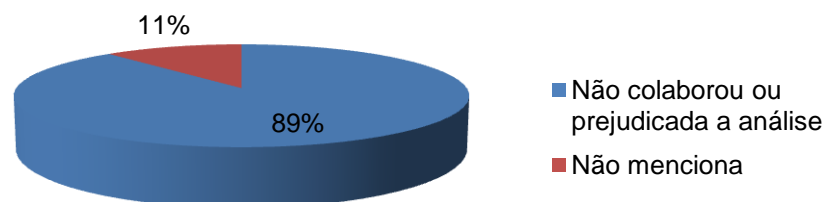
Gráfico 08
Motivos, Circunstâncias e Consequências



Fonte: 1ª e 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC

Por fim, com relação ao comportamento da vítima, tem-se que em 39 (trinta e nove) decisões a circunstância foi considerada irrelevante, de análise prejudicada, ou inexistente, isto é, a vítima não colaborou com a conduta; em 05 (cinco) sentenças o magistrado não mencionou a circunstância; e em 01 (uma) das decisões, mais especificamente um homicídio qualificado, ao dosar-se a pena-base se justificou a não aplicação da circunstância da seguinte forma: “não há que se falar em influência do comportamento da vítima na ação recriminada”.

Gráfico 09
Comportamento da Vítima



Fonte: 1ª e 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC

Encerrada a análise das circunstâncias judiciais, passa-se à análise da aplicação das atenuantes e agravantes (pena provisória).

4.3.1.1 Dupla valoração de circunstâncias: violação ao princípio *ne bis in idem*

Neste momento cumpre assinalar que a nulidade central em relação à fundamentação da aplicação da pena, assim como na pesquisa de Salo de Carvalho, foi diagnosticada a partir da sobreposição de circunstâncias, fato caracterizador de *bis in idem* (dupla valoração).

A violação ao princípio do *ne bis in idem* pode ser observada em três níveis. Primeiro, “em nível horizontal, entre as categorias de dosimetria, quando ocorre a duplicação de efeitos entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal” (CARVALHO, 2010, p. 171), ou seja, quando sustentando novo juízo de reprovação uma circunstância atua com o mesmo conteúdo de outra. Segundo, em nível vertical, “quando há aplicação cumulada de circunstâncias judiciais, circunstâncias legais agravantes ou majorantes e causas especiais de aumento e de diminuição (majorantes e minorantes).” (CARVALHO, 2010, 172). Terceiro, também no plano vertical, “quando ocorre a sobrevaloração de circunstâncias elementares do tipo penal imputado em qualquer das fases de quantificação da pena.” (CARVALHO, 2010, p. 172).

Destarte, é muito comum ocorrer a violação do princípio do *ne bis in idem* na primeira fase da dosimetria da pena, “seja pela sobrevalorização de elementares do tipo (plano vertical) ou pela duplicação de conteúdo entre circunstâncias judiciais (plano horizontal)” (CARVALHO, 2010, p. 172).

A investigação permitiu observar que em 01 (uma) das sentenças analisadas houve a violação suso mencionada, porquanto, em caso de imputação de tráfico de entorpecentes o magistrado valorou negativamente 02 (duas) circunstâncias judiciais para graduar a pena-base acima do mínimo: maus antecedentes e personalidade. Valorou os maus antecedentes sustentando que “o réu já possui condenação transitada em julgado há mais de cinco anos”. E ao fundamentar a personalidade afirmou: “a personalidade do agente é voltada às ações delituosas, conforme faz prova a certidão de antecedentes criminais”.

Ressalta-se que a pena-base foi aumentada significativamente tão só com fulcro nestas duas circunstâncias (maus antecedentes e personalidade), restando a pena-base em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Assim, considerando que a pena mínima para o delito de tráfico de entorpecentes é de 05 (cinco) anos, e que foi aumentada em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses apenas com base em duas circunstâncias judiciais, que, inclusive, resultaram de *bis in idem*, evidenciada restou nesta decisão a violação da garantia de proibição da dupla valoração.

Ocorre que, apesar de ter se percebido na presente pesquisa o quão resta dúbio aos magistrados a extensão a ser dada ao princípio *ne bis in idem*, sobretudo em relação às estruturas típicas abertas ou imprecisas, não é possível se afirmar generalizadamente que existe forte tendência à violação do princípio em comento nas Varas Criminais da comarca de Criciúma/SC.

Passa-se agora à análise da aplicação da pena provisória.

4.3.2 Problemas na aplicação da pena provisória (atenuantes e agravantes) pelas 1ª e 2ª Varas Criminais da comarca de Criciúma/SC

Neste momento da pesquisa foram observados os problemas encontrados pelos julgadores quando da aplicação das atenuantes e agravantes, existentes na pena provisória.

Assim, na fase de aplicação da pena provisória, dois temas obtiveram especial relevância: aplicação de atenuantes abaixo do mínimo legal e a aplicação da compensação entre a agravante de reincidência e a atenuante de confissão.

A princípio, com relação à aplicação da pena provisória abaixo do mínimo legal, por conta da existência de atenuantes, quando a pena-base havia sido aplicada no mínimo, verificou-se a inexistência de decisões desta espécie, em virtude da Súmula 231, do STJ, já citada no presente trabalho.

Dessarte, das 44 (quarenta e quatro) penas analisadas, em 12 (doze) havia sido aplicada pena base no mínimo, seguida da existência de atenuante, que deixava de ser considerada em razão do que dispõe a Súmula 231, do STJ, justificando os magistrados, na maior parte das decisões, nestes termos: “na

segunda na fase não atuam circunstâncias agravantes, militando em favor do acusado a atenuante de confissão. Todavia, já fixada pena no patamar mínimo, permanece inalterada.”

Conforme demonstrou Carvalho (2010, p. 194) em sua pesquisa, interessantes decisões do STJ apontam os motivos pelos quais haveria impossibilidade de aplicação de pena abaixo do mínimo legal. Exemplificadamente destaca-se esta jurisprudência, também citada por Carvalho (2010, p. 194):

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCES SUAL PENAL. APRECIACÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE DEPENDE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. NÃO CONHECIMENTO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. ALEGAÇÃO DE QUE A PENA PODE SER FIXADA ABAIXO DO MÍNIMO COMINADO TESE CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

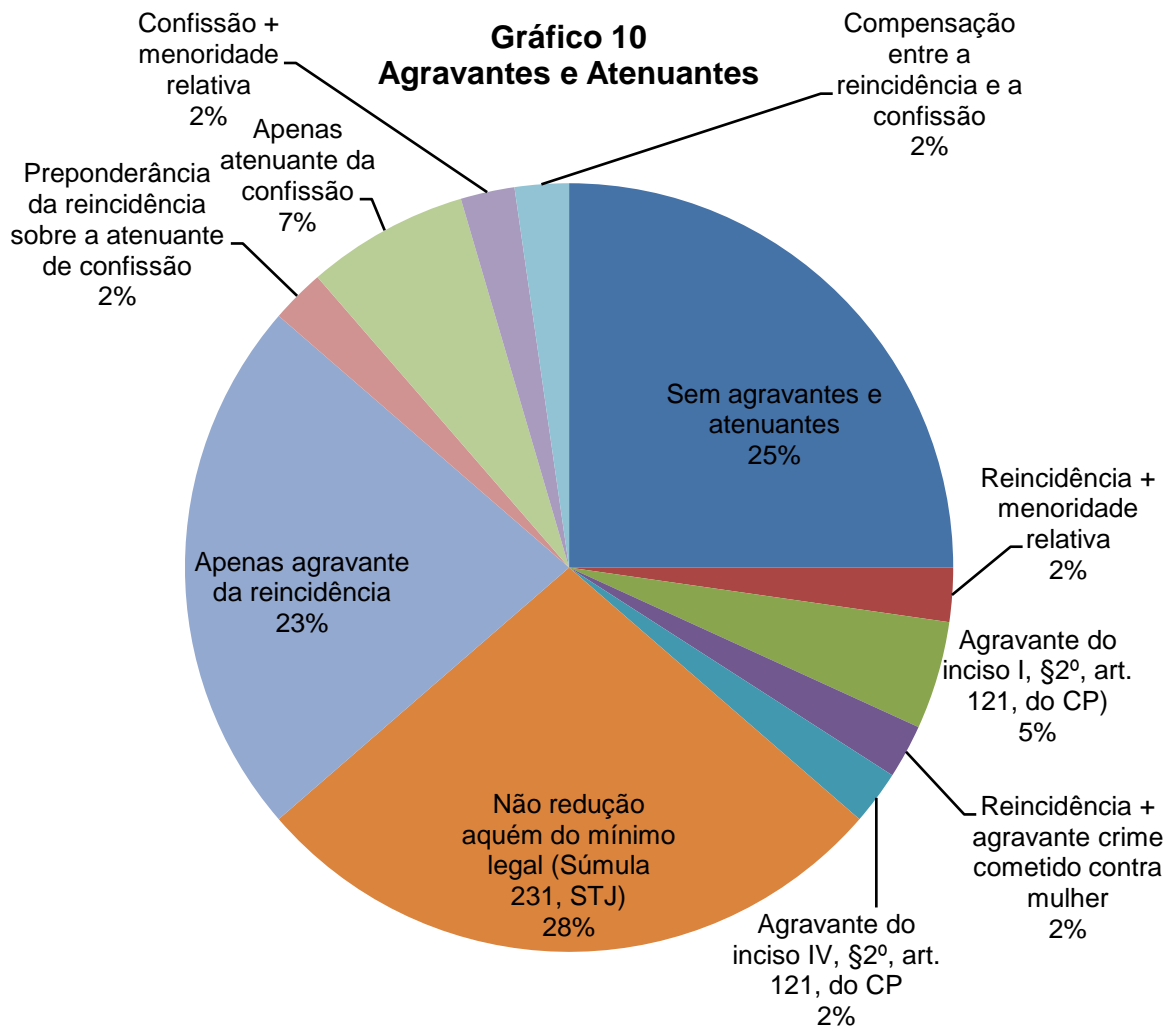
1. A análise das circunstâncias judiciais, no caso, depende de exame aprofundado do contexto probatório, o que é vedado na estreita via do Habeas Corpus.
2. Impossibilidade de que a pena venha a ser fixada, por conta de reconhecimento de circunstância atenuante, em patamar inferior ao mínimo legal.
3. A segurança jurídica penal não se revela apenas na segura descrição típica, mas também na previsibilidade das sanções.
4. Função preventiva da sanção que vem expressa no art. 59, caput, in fine, do Código Penal.
5. Impetração conhecida em parte e indeferida na parte conhecida. (STF, 1ª Turma, Habeas Corpus nº 93455-2/RS, Min. Ricardo Lewandowski, 13/05/2008)

Os Ministros em sua decisão adotam o entendimento acerca da impossibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo na segunda fase do método de dosimetria sob dois argumentos: (a) ruptura com a segurança jurídica; (b) enfraquecimento da função de prevenção geral da pena (CARVALHO, 2010, p. 195).

Então, percebe-se que o mesmo caminho perfilhado pelas cortes superiores é seguido pelos magistrados de primeiro grau, até porque a integralidade dos julgados que admitem esta possibilidade é reformada posteriormente, conforme verificou Carvalho (2010, p. 195) em sua pesquisa jurisprudencial.

Neste momento da pesquisa, além das 12 (doze) sentenças que deixavam de atenuar a pena provisória aquém do mínimo legal por conta da Súmula 231, do STJ, foram constatadas diversas situações outrossas, quais sejam: (a) 11 (onze) decisões em que inexistiam agravantes e/ou atenuantes; (b) 01 (uma) sentença em que o agente era reincidente e menor de 21 (vinte e um) anos, quando então se compensou a agravante e a atenuante; (c) 02 (duas) penas diversas de

homicídio com a agravante do motivo torpe; (d) 01 (uma) decisão em que o réu era reincidente e havia cometido o crime contra mulher, motivo pelo qual a pena foi agravada duas vezes; (e) 01 (um) veredicto que agravava a pena por conta do recurso utilizado pelo acusado, que dificultou a defesa da vítima (homicídio qualificado); (f) 10 (dez) sentenças que aplicavam tão só a agravante da reincidência e 03 (três) que aplicavam apenas a atenuante da confissão; (g) 01 (um) *decisum* em que se considerou a preponderância da reincidência sobre a confissão e outro, que ao contrário, compensou a reincidência com a confissão; e por fim (h) 01 (um) caso em que o agente além de confesso era menor, motivo pelo qual teve sua pena atenuada por duas vezes.



Fonte: 1ª e 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC

Demonstradas as razões que motivam a não aplicação da pena aquém do mínimo legal pelos julgadores de primeiro grau, outra situação que aqui se pretende

evidenciar é a da compensação, ou não, da agravante de reincidência com a atenuante de confissão, porquanto em uma das sentenças analisadas o julgador considerou a preponderância da reincidência sobre a atenuante de confissão, enquanto que em outra, prolatada por outro julgador, a referida agravante e atenuante foi compensada.

Por conseguinte, o artigo 67 do Código de Processo Penal dispõe que “no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais, as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.” (BRASIL, 2014).

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, demonstrado no HC 111.454, “a reincidência revela que a condenação transitada em julgado restou ineficaz como efeito preventivo no agente, por isso merece maior carga de reprovação”. Deste modo, sustentam que por tal motivo deve a reincidência preponderar sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea.

Ressalta-se que diversos outros julgados do Supremo corroboram com o entendimento acima transcrito (nesse sentido: HC 96.063/MS, HC 106.514/MS e HC 106.172/MS, todos julgados pelo STF).

Assim, conforme pôde se observar, a não compensação da agravante da reincidência com a atenuante de confissão pela grande maioria dos magistrados de primeiro grau decorre, principalmente, pela aplicação do entendimento da Suprema Corte.

Ocorre que há divergência a respeito do tema e esta tem se mostrado presente nos julgados, os quais diariamente se deparam com aquelas circunstâncias. Mister se faz apontar que o Superior Tribunal de Justiça decide favoravelmente à compensação.

Nesse sentido, foi possível extrair do HC nº 28.1095/SP, julgado pela 3ª Turma do STJ, que após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, foi pacificado naquela corte “o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias”.

O próprio STJ, no HC nº 28.1095/SP, reconhece que a matéria relativa à compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência é questão controvertida na jurisprudência e doutrina pátrias, tendo sido

objeto de divergência também no âmbito da própria corte.

Confira-se, por oportuno, o teor do Informativo n.º 498 do STJ, *litteris*:

REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. A Seção, por maioria, entendeu que devem ser compensadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes. Segundo se afirmou, a confissão revela traço da personalidade do agente, indicando o seu arrependimento e o desejo de emenda. Assim, nos termos do art. 67 do CP, o peso entre a confissão – que diz respeito à personalidade do agente – e a reincidência – expressamente prevista no referido artigo como circunstância preponderante – deve ser o mesmo, daí a possibilidade de compensação. (REsp 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 23/5/2012.)

Assim, não obstante fique amplo o espaço de discricionariedade judicial, é plenamente justificável a falta de padrão apresentada quando o assunto é a compensação, ou não, da agravante de reincidência com a atenuante de confissão espontânea, haja vista existir divergência entre as próprias cortes superiores, bem como o fato de não estarem os juízos de primeiro grau vinculados diretamente àquelas decisões.

Brevemente analisada a pena provisória, analisar-se-á, por fim, a aplicação da pena definitiva.

4.3.4 Aplicação da pena definitiva pelas 1ª e 2ª Varas Criminais da comarca de Criciúma/SC

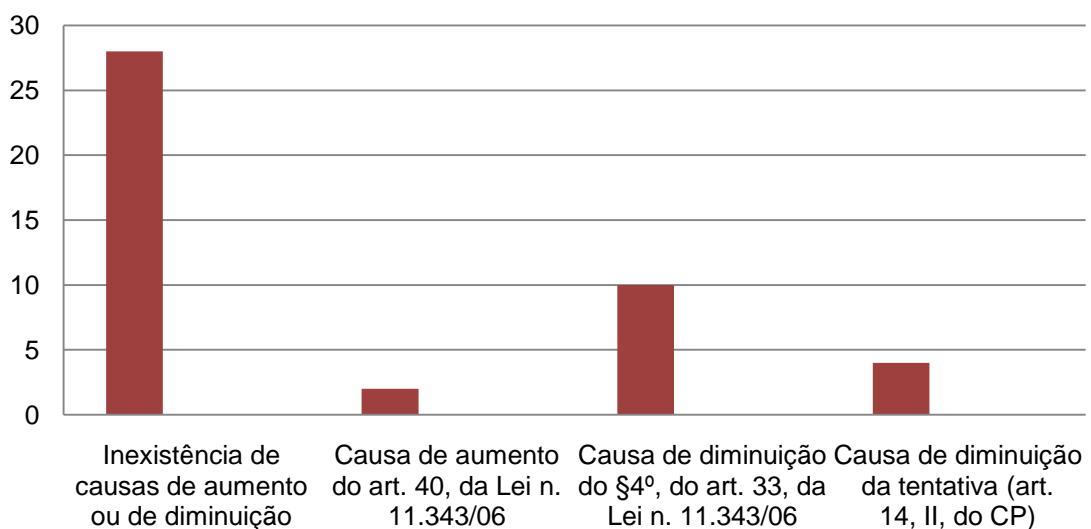
Nesta etapa final da pesquisa foi possível perceber que, conforme a aplicação da pena vai se aproximando da quantificação final, as lacunas e os temas de confronto vão reduzindo, não representando mais os mesmos riscos das duas primeiras fases da dosimetria, precipuamente da primeira fase (pena-base).

Esta conjuntura garante importantes elementos para compreensão dos “problemas causados pelas tipificações abertas na vida cotidiana dos operadores do direito, cujos efeitos são diretamente projetados nas pessoas que respondem os processos criminais.” (CARVALHO, 2010, p. 201).

Com relação às causas de aumento e de diminuição aplicadas na pena definitiva, os números globais podem ser representados da seguinte forma: 28 (vinte

e oito) casos em que inexistiam causas de aumento ou de diminuição a ser aplicadas; 2 (dois) julgados onde se fazia presente a causa de aumento disposta no art. 40, da Lei de Drogas, incisos III e IV, respectivamente; 10 (dez) sentenças com a causa de diminuição do §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, isto é, quando o agente era primário, de bons antecedentes, não se dedicava às atividades criminosas nem integrava organização criminosa; e 04 (quatro) decisões em que existia a causa de diminuição da tentativa, prevista no art. 14, II, do CP.

Gráfico 11
Causas de aumento e/ou de diminuição



Fonte: 1ª e 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC

Aqui, dentre os principais debates destacam-se: (a) quantificação da minorante da tentativa; e (b) inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 declarada pelo STF.

A propósito, necessário se faz frisar que a definição de critérios para quantificação é tema fundamental nos casos de majorantes ou minorantes variáveis. Assim, considerando a existência da causa de diminuição da tentativa (art. 14, II, do CP) em 04 (quatro) sentença, mister se faz debater acerca dos critérios de quantificação daquela minorante.

Duas questões relevantes são debatidas: a exposição do motivo de diminuição mínima e a graduação da quantidade de pena.

No primeiro caso nota-se a determinação da necessidade de fundamentação da pena em todas as fases de aplicação, inclusive na pena definitiva. Assim, tanto em níveis mínimos de diminuição quanto nos patamares

máximos de aumento, torna-se imprescindível a demonstração dos motivos que levaram o juiz ao cálculo final (CARVALHO, 2010, p. 203).

O segundo debate é acerca da consolidação do entendimento jurisprudencial e doutrinário que vincula o maior ou menor aumento ou diminuição à proximidade da lesão ao bem jurídico provocada pela conduta. Como o fundamento da punição do crime tentado é o perigo de dano ao bem jurídico, a graduação da pena estaria vinculada ao grau de probabilidade de ofensa.

No mais, ainda que não fosse o objeto central da pesquisa, porque não trata especificamente das fases da dosimetria da pena, observou-se, no momento da fixação do regime de cumprimento de pena para os crimes de tráfico de entorpecentes, especificamente, uma interessante peculiaridade, qual seja, a aplicação do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990. Com base neste artigo o magistrado de primeiro grau decidiu, por vezes, da seguinte maneira:

[...] a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, considerando a reincidência específica, as condições judiciais não plenamente favoráveis, e ainda, que o crime de tráfico de drogas é equiparado a hediondo [...]

Ocorre que em 27 de junho de 2012, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (8 a 3), em acórdão de relatoria do Min. Dias Toffoli, no Habeas Corpus nº 111.840/ES declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Ficou entendido que o §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 contraria a Constituição Federal, especificamente o art. 5º, XLVI, que trata do princípio da individualização da pena, não sendo mais permitido determinar, em todos os casos, o regime inicialmente fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

Nos termos da orientação da Suprema Corte para não aplicação desta parte da norma, o entendimento dominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser possível a fixação de regime inicial mais branco no crime de tráfico de drogas, quando, no caso concreto, o montante da pena aplicada permitir, o réu for primário e lhe forem totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais delineadas no art. 59, do CP (art. 33 §§2º e 3º, do CP), especialmente levando-se em conta a quantidade e a natureza da droga apreendida.

No entanto, na pesquisa realizada foi possível verificar que os magistrados, ao contrariarem o entendimento do STF, justificam a adoção de regime mais severo com o voto proferido pela Desa. Marli Mosimann Vargas na Apelação Criminal nº 2013.035463-5, de Criciúma. Neste voto, a supramencionada Desembargadora entende que a jurisprudência não está sedimentada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, porquanto há expressa vedação legal contida na Lei Especial (art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90), a qual prevalece sobre o Código Penal, que é norma geral e, ainda, porque a declaração de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal se deu incidentalmente, ou seja, seus efeitos são restritos ao processo e às partes, não gerando, desta forma, efeitos *erga omnes*.

Portanto, assim como o caso da divergência acerca da aplicação ou não da compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, demonstrada anteriormente, verifica-se uma despadronização também neste assunto, que, de certo modo, justifica a atuação indecisa e discricionária dos magistrados, na fixação de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos e equiparados.

De modo a finalizar, conclui-se que, ao contrário do verificado pelo professor Salo de Carvalho em sua pesquisa “O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo”, a qual reforço que serviu de parâmetro para iniciação deste estudo, não foi possível, por meio da análise quantitativa e qualitativa das sentenças condenatórias, observar forte incidência do modelo inquisitório nos magistrados da 1ª e 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma/SC.

Não obstante, como observado, estejam presentes nas sentenças aqui analisadas os resquícios do modelo inquisitório, porquanto existente um caso em que ocorreu o *bis in idem*, assim como outro em que poderia ser compensada na pena provisória a agravante de reincidência com a atenuante de confissão, e optou-se pela preponderância da reincidência, não foi possível observar forte tendência punitivista na aplicação da pena pelos magistrados de Criciúma.

Por fim, apesar tenha Carvalho verificado a existência de jurisprudências pouco flexíveis em suas posições e que solidificam a tradição jurídica inquisitorial arraigada no senso comum teórico dos juristas (CARVALHO, 2010, p. 267), na presente não se pôde observar com a clareza necessária que tal afirmação requer que posições como as observadas por Carvalho são adotadas nas sentenças criminais condenatórias da comarca em que se realizou a pesquisa empírica.

5. CONCLUSÃO

Como se pôde observar, numa visão moderna, o processo penal não deve mais ser visto como simples concretização do direito penal, porquanto na instrumentalização do processo penal não estão esgotados os seus fins. Assim, o processo penal, sobretudo num Estado Democrático de Direito, não pode deixar de ser visto também como instrumento de garantia do acusado, numa clara limitação ao poder punitivo do Estado.

Ainda, foi possível verificar, com relação ao modelo processual penal, que o processo penal brasileiro deve ser considerado acusatório em sua essência, mas não puro, a despeito de nossa Constituição Federal consagrar, em diversos princípios constitucionais, o sistema acusatório puro. No entanto, por força da legislação processual em vigor, arcaica, nosso sistema apresenta alguns resquícios de inquisitorialidade, sobretudo na gestão da prova.

Também se observou na presente que o juiz criminal desempenha importantes funções no processo penal. A primeira delas, relacionada com a regularidade do processo, de caráter jurisdicional, e à manutenção da ordem durante a realização dos atos processuais, de caráter administrativo. Outra, essencial, é a decisão dos casos submetidos ao seu julgamento, quando avulta, em caso de condenação, a fixação da pena. Nessa tarefa precisa o juiz levar em conta algumas circunstâncias expressamente referidas na lei penal.

Outrossim, conforme demonstrado na pesquisa, o atual quadro de penas, imerso em complexo e assistemático modelo, apresenta algumas preocupações, sobretudo em relação à falta de guias claras sobre a aplicação da pena, situação que, na atual conjuntura político-criminal, pode potencializar o encarceramento massivo.

Na análise das sentenças foi possível perceber o emaranhado no qual estão inseridos os aplicadores do direito, perdidos em conceitos vagos, lacunosos, contradições legais e imprecisas fórmulas jurisprudenciais. A ausência de critérios que permita ao julgador realizar de forma razoável e proporcional a individualização da pena, fomenta o descontrole neste momento crucial de incidência do sistema punitivo na sociedade, podendo produzir inúmeras lesões nos direitos individuais – violação dos princípios da fundamentação das decisões, do *ne bis in idem*, do

contraditório, da legalidade, da livre apreciação da prova, da isonomia e da secularização.

Ocorre que, dos estudos levados à efeito, em que pesa a existência de resquícios do modelo inquisitório, tais como demonstrados na pesquisa, não foi possível observar forte tendência punitivista na aplicação da pena pelos magistrados de Criciúma/SC, bem como não se pôde verificar com a clareza necessária que a afirmação requer que posições como as observadas por Carvalho em “O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)” são adotadas nas sentenças criminais condenatórias da comarca em que se realizou o estudo.

Sobremais, mister se faz ressaltar que qualquer reforma no sistema punitivo, seja de maior ou de menor impacto, deve criar condições efetivas de aplicabilidade das normas e deve ser orientada, político-criminalmente, para diminuir ao máximo o encarceramento. Ademais, dentro dos limites do possível, deve se evitar, ao máximo, os riscos e os efeitos perversos, sobretudo aqueles de ampliação da rede de punição.

Para finalizar, dado o escasso número de estudos realizados sobre a forma como os juízes justificam as suas decisões e a relevância que a informação sobre a influência do modelo inquisitório possa ter na individualização da pena, este estudo não pretende mais do que ser uma aproximação à análise das decisões judiciais. Contudo, não se pode deixar de salientar a pertinência dos resultados aqui apresentados, porquanto a partir do estudo aqui desenvolvido, abrem-se portas para outros tantos, mormente porque realizado a nível local, o que significa dizer que ganha um significado distinto em cada caso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza. **Cultura, Punição e Mentalidades Sociais: um prelúdio para compreensão do influxo da opinião pública na construção de políticas sociais**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, vol. 13, nº 74, p. 76-89, jun./jul. 2012.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. 2. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AVENA, Norberto. **Processo Penal: esquematizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BAPTISTA, Carlos Alberto. **Crestimento da criminalidade e a atuação estatal**. Curitiba, PR: Juruá, 2007.

BARROS, Ivone da Silva. **A identidade física do juiz no processo penal brasileiro**. 2008. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062694.pdf>>. Acesso em: 20 de abr. de 2014.

BARROSO, Jorge Hamilton Lins. **A Magna Charta de João-Sem-Terra (1215), a Petição de Direitos (1628) e o “Devido Processo Legal”**. Disponível em: <<http://georgelins.com/2009/08/09/a-magna-charta-de-joao-sem-terra-1215-a-peticao-de-direitos-1628-e-o-devido-processo-legal/>>. Acesso em: 06 de nov. de 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 de nov. de 2013a.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 06 de nov. de 2013b.

_____. **Lei nº 35, de 14 de março de 1979.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em 10 de mar. de 2013c.

_____. Supremo Tribunal Federal. PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, II, III E IV). DOSIMETRIA DA PENA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ARTIGO 67 DO CÓDIGO PENAL. Acórdão em HC nº 111.454/MS. João José da Silva e Ministério Público Federal. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28111454%2EENUME%2E+OU+111454%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti.nyurl.com/cvtj6q2>>. Acesso em 09 de jun. de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. CONDENAÇÃO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO. Acórdão em HC 281095/SP. Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06 de mai. de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=281095&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em 04 de jul. de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NATUREZA HEDIONDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL TAXATIVO DO ARTIGO 2º DA LEI 8.072/90. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO MODO INICIAL DE EXECUÇÃO DA PENA ACORDO COM AS REGRAS DO CÓDIGO PENAL. REGIME FECHADO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA. ESCOLHA JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Acórdão em HC nº 123.945/RJ. Muller Silva Araújo e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Exmo. Sr. Ministro Jorge Mussi, julgado em 06 de set. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21072086/habeas-corpus-hc-123945-rj-2008-0277691-7-stj/certidao-de-julgamento-21072089>>. Acesso em 04 de jul. de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 231.** A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo

legal. In: Súmulas. Disponível em:

<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0231.htm>. Acesso em 04 de jun. de 2014.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Disponível em:

<www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em 09 de mai. de 2014.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUONICORE, Giovana Palmiere. SANTOS, Liziane dos. **Breve Análise Acerca dos Sistemas Processuais Penais: em Busca de um Sistema Democrático**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 1, n. 77, p. 38-54, dez./jan. 2013.

BUSATO, Paulo César. **De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório**. Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba, n. 1, v. 2, jul./dez. 2009.

Disponível em:

<http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.2.pdf>. Acesso em 05 de mar. de 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do**

Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/127169684/Carvalho-O-Papel-Dos-Atores-do-Sistema-Penal-na-Era-do-Punitivismo>>. Acesso em 09 de abr. de 2013.

_____. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Wellington Soares da. **O devido processo legal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10358>. Acesso 03 de mai. de 2013.

D AVILA, Fabio Roberto. **Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 71, p. 45-53, jan. 2012.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FLORES, Marcelo Marcante. **Apontamentos Sobre os Sistemas Processuais e a Incompatibilidade (lógica) da Nova Redação do Art. 156 do Código de Processo Penal com o Sistema Acusatório**. Disponível em: <
http://www.potteremarcante.com.br/apontamentos_sobre_os_sistemas_processuais_e_a_incompatibilidade_logica_da_nova_redacao_do_art_156_do_CPP.pdf>.
Acesso em: 06 de nov. de 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Razões (?) do populismo punitivo**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 71, p.102-116, jan. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Edilson Santana. **O Ministério Público: no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUARESCHI, Pedrinho A.; BIZ, Osvaldo. **Mídia & democracia**. 5. ed. Porto Alegre: Ed. do autor, 2009.

GUILHERME, Vera Maria. **A nudez do rei: o Estado punitivista e a necessidade abolicionista**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 14, n. 84, p. 12-20, mar. 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARCÃO, Renato. **O crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, da Lei 11.343/2006) não é hediondo nem assemelhado**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2012/01/04/o-crime-de-associacao-para-o-trafico-de-drogas-art-35-da-lei-11-3432006-nao-e-hediondo-nem-assemelhado-2/>>. Acesso em: 04 de jun. de 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. rev. e atual., Campinas: Millenium, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o ministério público**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

_____. **Introdução ao Ministério Público**. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. **Processo Penal Brasileiro: Sistema acusatório ou inquisitivo garantista?**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2690>. Acesso em 03 de mai. de 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. **Curso de Processo Penal**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

OLIVEIRA, Anderson Lodetti de. **Ministério Público e processo acusatório: por uma ética constitucionalista no processo penal**. *Revista Seqüência*, n.º 45, p. 123-149, dez. de 2002. Disponível em: <www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/.../13913>. Acesso em 10 de mai. de 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

ROMANHOL, Fernanda Bella. **A influência da mídia no processo penal brasileiro**. 2010. 53 f. TCC (Graduação em Direito). Faculdades Sudamérica. Cataguases.

SANTA CATARINA, Ministério Público de. Procuradoria-Geral de Justiça. **Guia do Ministério Público de Santa Catarina - um manual para a imprensa e a sociedade** / elaborado pela Coordenadoria de Comunicação Social. Florianópolis: Procuradoria-Geral de Justiça, 2009, p. 10.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, Octacílio Paula. **Ética do magistrado: à luz do direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Ministério público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **A inserção de medidas cautelares diversas no sistema processual penal brasileiro: entre a expansão do controle punitivo e a sua limitação**. Revista de Estudos Criminais, Sapucaia do Sul, v. 11, n. 51, p. 125-142, out./dez. 2013.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl Zaffaroni. Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo. **Revista Conjur**, 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>>. Acesso em 10 de mai. de 2014.

APÊNDICES

APÊNDICE A – PEDIDOS DE AUTORIZAÇÃO DE ACESSO AOS AUTOS SOB A ÉGIDE DO SEGREDO DE JUSTIÇA

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL
DA COMARCA DE CRICIÚMA

MAYSA VICENTE MARQUES, brasileira, solteira, estudante, portadora da cédula de identidade nº 5.800.455, inscrita no CPF sob o nº 088.428.089-62, residente e domiciliada à Rua Adolfo Sandrini, nº 745, Presidente Vargas, Içara/SC, diante da informação de que os autos nº 020.11.011845-6; 020.11.020852-8; 020.12.015329-7; 020.12.016605-4; 020.13.013529-1 e 020.13.005751-7, estão sob a égide do segredo de justiça, vem à presença de Vossa Excelência, requerer **AUTORIZAÇÃO** de acesso bem como de utilização daqueles para fins de pesquisa científica, mais precisamente, para a análise das dosimetrias das penas que comporá o 3º Capítulo da Tese de Conclusão de Curso (TCC) a ser apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), com linha de pesquisa em Direito Processual Penal e Criminologia. No mais, comprometo-me, nos termos do § 2º do art. 25 da Lei nº 12.527, de 2011, a resguardar o sigilo sobre as identidades das partes envolvidas.

Termos em que
Pede Deferimento.

Criciúma/SC, 15 de maio de 2014.


Maysa Vicente Marques
CPF 088.428.089-62

*Indefiro o pedido,
consignando que apenas
pode ser permitido tal
acesso, face à natureza do
delito, em caso de
fatos arguados (a
fim de não trazer prejuí-
zo à tramitação), com
termos capazes que
expressamente contem.
Devolva-se à petionante.
Criciúma 19/05/14*

Paula Erika e Silva
JUÍZA DE DIREITO

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL
DA COMARCA DE CRICIÚMA

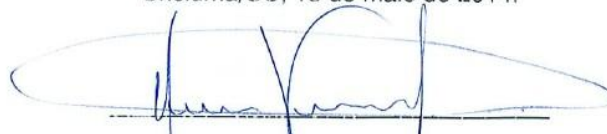
R.H.
Como requer.
em 15/05/14.

Débora Dríwin Rieger Zanini
JUÍZA DE DIREITO

MAYSA VICENTE MARQUES, brasileira, solteira, estudante, portadora da cédula de identidade nº 5.800.455, inscrita no CPF sob o nº 088.428.089-62, residente e domiciliada à Rua Adolfo Sandrini, nº 745, Presidente Vargas, Içara/SC, diante da informação de que os autos nº 020.10.014411-0; 020.11.020246-5; 020.13.003465-8, estão sob a égide do segredo de justiça, vem à presença de Vossa Excelência, requerer **AUTORIZAÇÃO** de acesso bem como de utilização daqueles para fins de pesquisa científica, mais precisamente, para a análise das dosimetrias das penas que comporá o 3º Capítulo da Tese de Conclusão de Curso (TCC) a ser apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), com linha de pesquisa em Direito Processual Penal e Criminologia. No mais, comprometo-me, nos termos do § 2º do art. 25 da Lei nº 12.527, de 2011, a resguardar o sigilo sobre as identidades das partes envolvidas.

Termos em que
Pede Deferimento.

Criciúma/SC, 15 de maio de 2014.


Maysa Vicente Marques
CPF 088.428.089-62

APÊNDICE B – RELAÇÃO DOS PROCESSOS REFERENCIAIS DA PESQUISA

Autos nº 020.13.014170-4

Autos nº 020.13.006801-2

Autos nº 020.13.000318-2

Autos nº 020.13.003559-9

Autos nº 020.13.009001-8

Autos nº 020.13.011659-9

Autos nº 020.13.025615-3

Autos nº 020.13.003173-9

Autos nº 020.13.014910-1

Autos nº 020.13.013177-6

Autos nº 020.13.021578-3

Autos nº 020.13.008414-0

Autos nº 020.13.025605-6

Autos nº 020.13.018050-5

Autos nº 020.13.013762-6

Autos nº 020.13.002447-3

Autos nº 020.13.021599-6

Autos nº 020.13.003170-4

Autos nº 020.13.010552-0

Autos nº 020.13.006812-8

Autos nº 020.13.006712-1

Autos nº 020.13.014177-1

Autos nº 020.13.010753-0

Autos nº 020.13.013175-0

Autos nº 020.13.004061-4

Autos nº 020.13.016303-1

Autos nº 020.13.013988-2

Autos nº 020.12.018773-6

Autos nº 020.12.017614-9

Autos nº 020.12.022645-6

Autos nº 020.11.019027-0

Autos nº 020.09.006610-3

Autos nº 020.06.006158-8

Autos nº 020.03.027984-4

Autos nº 020.13.008754-8

Autos nº 020.13.006416-5