



CONFLITOS DE POLÍTICA CRIMINAL ENTRE AGÊNCIAS PUNITIVAS: UM ESTUDO

Fábio Wellington Ataíde Alves¹

RESUMO

O trabalho analisa a estrutura do paradigma do processo penal brasileiro, cujas bases estão adaptadas a uma agenda de interesses políticos. Considera-se que este tipo de processo parte do pressuposto de que é possível a intervenção da política pública, a partir do fenômeno crime e por meio de um processo penal adequadamente estruturado a tais finalidades. Levantam-se hipóteses para demonstrar as contradições e objeções de uma proposta que pretenda impor política pública mediante um processo de matiz paritária. Por outro lado, reconhece-se que o processo penal não será o melhor palco para imposição de política pública, mas, mesmo assim, dada a inevitabilidade de um modelo estruturado para impor algum grau de política, urge revisar conceitos, não exclusivamente com o fim de permitir a imposição de políticas, porém como uma contingência resultante puramente dos novos desafios pelos quais passam a teoria processual.

Palavras chave: Processo penal; Política pública; Ativismo judicial; Estado social e liberal.

1 PROCESSO E ESTADO

O sistema processual brasileiro tem dado sinais de clara inclinação por um processo impositivo de política pública, ainda que com marcante caráter paritário, com realce às características liberais (imparcialidade, paridade, celeridade) e de cunho planificador (impositividade de política, inquisitividade). Vale dizer que precipita assim uma tensão entre as estruturas asseguradoras da paridade e aquelas que produzem condições para a imposição da política.

¹ Juiz de Direito, Professor de Direito Penal/UFRN

Desde esta perspectiva, este artigo propõe-se a considerar, em primeiro plano, as divergências políticas entres os agentes do Estado, colhendo elementos para a compreensão disso, e, secundariamente, apontar os efeitos de um sistema que beneficie o acusado sempre que estas contradições ocorrerem.

2 A REAÇÃO PENAL COMO POLÍTICA

Durante o Estado Liberal, Estado e sociedade estavam em situação de oposição, enquanto o processo penal funcionava como direito civil, uma reserva de defesa da sociedade contra o arbítrio do Estado. A chegada do *Welfare State* não somente absorve a sociedade, tornando-se o seu regulador, mas agora se propõe a prover o bem-estar coletivo e as desigualdades tornam-se assunto *da e de* Administração Pública, sendo finalmente introduzidas no processo as questões sociais e políticas. Assim, são as palavras de Schmitt: "todo cuanto es de interés público es político en cierto modo, y nada de lo que esencialmente interesa al Estado puede ser despolitizado del Estado. El apartamiento de la política es el apartamiento del Estado" (SCHMITT, 1998, p. 182).

O Direito Penal, conseqüentemente, tomará o palco das políticas públicas, inclusive por intervenção de medidas de segurança pré-delituais.

O modelo do processo penal liberal servia-se de um Estado reativo, formalmente paritário e sem grandes interesses políticos. Este tipo de processo não considerava o caso penal como um objeto merecedor de intervenção da política do Estado, ou seja, o processo cobrava soluções legalistas diante de um cenário no qual o juiz apresenta-se neutro, realçando formalmente as garantias penais (DAMASKA, 2000, pp. 370-4).

Em termos genéricos, o Estado Liberal clássico buscou, preferencialmente, limitar o poder punitivo, exigindo tratamento igualitário. Será o Estado Social que acentuará uma nova investida contra o fenômeno crime, desta vez criando tratamentos diferenciados para os acusados.

O Estado Social institui um modelo processual político-criminal igualitário em cuja base está a admissão de ser possível ao Estado mudar a sociedade e, para isso, será útil um **processo penal impositivo de política pública**. O Estado faz-se assim ativista com o fim de implementar suas políticas por meio do processo penal, estrategicamente posicionado num sistema jurídico hierárquico e burocratizado (DAMASKA, 2000, p. 318).

Para efetivar direitos sociais, o Estado Social torna-se o gestor da política materializada no processo, de tal modo que a tomada de decisão recebe menos interferência de agentes não-oficiais. Dessa forma, a vítima possui um papel menos relevante, na medida em que a sua opinião pessoal não tem a capacidade de encerrar uma investigação pública, ao passo em que a confissão do acusado torna-se um poderoso mecanismo orientador de qual política deve aplicar-se a ele.

Agora, mesmo no ápice do Estado Democrático, ainda há espaços para a velha política criminal de defesa social e muitos dogmas que pensamos ter ficado para o passado. Não obstante a política criminal garantista firme-se em torno do programa penal mínimo (restrição ao poder punitivo), o advento da criminalidade globalizada criou uma força contrária a este imperativo.

Diante de tantas contingências, vale dizer que o sistema processual brasileiro, especialmente depois da reforma iniciada em 2008, converge para um processo impositivo de política com marcante cunho paritário. O Estado Democrático de Direito releva os aspectos dos modelos processuais liberais e sociais, tanto realçando as características do processo reativo (imparcialidade, paridade, celeridade), como também desejando as qualidades do processo impositivo, voltado à proteção das diversas políticas públicas, como as de segurança, direitos humanos, saúde pública e familiar, meio ambiente, segurança, infância e juventude etc. Tudo isso solidificado pela adoção de um complexo sistema hierarquizado de controle das decisões judiciais.

Como escreve Mirjan Damaska, a eleição de um modelo com essas características exige do Estado a difícil tarefa de conciliar um juiz que seja imparcial e ao mesmo tempo cumpra certo ativismo (DAMASKA, 2000, p. 414). É assim que, no Estado Democrático, o garantismo em sentido estrito alia-se à ideia de garantismo positivo, que não se limita a proteger o indivíduo do Estado, mas busca no Estado o instrumento de afirmação dos direitos fundamentais da coletividade e não apenas de um indivíduo.

Em face dessas circunstâncias, existe uma tensão entre punição e os direitos fundamentais ou, melhor e mais precisamente dizendo, entre a imposição de políticas públicas e a exigência de paridade material no processo. De fato, o ativismo funda um conflito com as estruturas paritárias do processo (DAMASKA, 2000, p. 406), porque o Estado tem a necessidade de impor a sua política, ao passo em que promete agir isonômica e imparcialmente.

3 UM CASO PARA ESTUDAR

De tantos casos que podem ser analisados sob a ótica do conflito entre as agências punitivas, destaco aqui um procedimento criminal que decidi como juiz criminal na Comarca de Natal. No âmbito de uma investigação, o representante do Ministério Público demandou um requerimento de diligência ao juiz criminal objetivando que fosse oficiado à Direção de uma Maternidade Pública Federal para remeter as cópias dos prontuários das pacientes que se submeteram a procedimento de curetagem nos últimos três meses, seja em virtude de aborto espontâneo ou provocado.

O Ministério Público informou que, de acordo com a reportagem publicada no Novo Jornal, edição de 04 de outubro de 2011, haveria indícios da existência de clínicas clandestinas de aborto com atuação na cidade. Relatou que requisitou à Maternidade a relação dos nomes das pacientes que realizaram o procedimento de curetagem, mas, diante da negativa da referida unidade hospitalar, teve que judicializar a demanda para instruir procedimento de investigação em tramitação na Promotoria de Justiça.

Em nome da União, o Procurador Federal opôs-se à quebra do sigilo dos prontuários médicos, argumentando que o pleito violaria o direito fundamental à intimidade. Estamos aqui diante de um evidente conflito de política criminal envolvendo aspectos de defesa social e direitos à intimidade e à vida privada, com as agências punitivas divergindo sobre a persecução penal e os direitos fundamentais.

Esclareço que, ainda que o requerimento do Ministério Público tenha sido baseado em reportagem jornalística sobre clínicas de aborto clandestinas, não iremos aprofundar o caso a partir da criminologia midiática.

No caso, é preciso antecipar que ficou evidente no procedimento instaurado que as clínicas de aborto apontadas pela reportagem eram desconhecidas. Ouvido na delegacia acerca das denúncias veiculadas pela imprensa local, o coordenador estadual do Movimento Brasil sem Aborto, Cleber Pinheiro Costa, disse que tem conhecimento da existência de clínicas clandestinas destinadas à prática de aborto, porém não sabe informar quais são os estabelecimentos e nem tampouco as mulheres que realizaram aborto ilegal.

O pedido de quebra do sigilo de prontuário atende aos fins do Direito Penal? Não está o Ministério Público realçando drasticamente os aspectos seletivos do processo penal impositivo de política pública, ignorando ênfase ao risco de violação ao direito fundamental à intimidade?

Para o estudo do caso, ainda precisamos adentrar da formação da relação processo e pobreza.

Antes do que pensamos como bem jurídico, Feuerbach cria o conceito de delito como **lesão a direitos subjetivos**. Fortemente influenciado pelo iluminismo penal, esse penalista pensa o direito penal a partir de uma ideia contratual, segundo a qual o homem abdicou de sua liberdade natural e de seu livre arbítrio para viver seguramente em sociedade.

Contudo, o conceito de Feuerbach não era suficiente para entender como crime condutas que não violassem direito subjetivo alheio, havendo dificuldade para explicar perante o Direito Penal a razão de punir meras incivildades dos indesejados.

Em muitos países, os pobres estavam agrupados aos vadios e delinquentes penais (MARSHALL, 1976, p. 42). No Brasil, é exemplo marcante o Código de Processo do Império, segundo o qual competia ao juiz de paz “obrigar a assignar termo de bem-viver aos vadios, mendigos, bebados por habito, prostitutas, que perturbão o socego publico; aos turbulentos, que por palavras ou acções offendem os bons costumes, a tranquillidade publica, e a paz das famílias” (art. 12, § 2º). Estamos vendo nesse exemplo legal os primeiros passos para a construção o conceito moderno de bem jurídico.

A Alemanha nazista é exemplo do predomínio de um modelo político-criminal de completa exclusão dos reconhecidamente indesejados.

A partir do século XIX, conforme analisa T. H. Marshall (1893–1981), começa-se a pensar na classe dos pobres de forma diferenciada, notadamente porque, durante o reinado da Rainha Vitória, predominou um espírito discriminatório, segundo o qual somente os indigentes – como classe inferior – recebiam a assistência da lei dos pobres de 1834 (MARSHALL, 1976, pp. 20 e 32).

É assim que Birnbaum revisa a teoria de Feuerbach para entender que a função do Direito Penal deve abranger a noção de bem jurídico e não mais a de direitos subjetivos.

A partir de então, supera-se Feurbach; o Direito Penal passa a se ocupar sistematicamente da criminalização das condutas que antes não fazia referência ao objeto protetivo dos direitos subjetivos. Não mais foi preciso usar a justificação de “infrações de polícia”, como fazia Feurbach - para tentar explicar a criminalização das condutas dos indesejados que não violavam direito subjetivo.

Como explica Luz, havia um déficit explicativo na teoria de Feuerbach:

Importantes tipos penais da época – como aqueles relativos a crimes religiosos e contra os costumes - não poderiam ser explicados pela ideia de que a todo delito

subjaz uma lesão de direitos subjetivos. Afinal, por serem caracterizados como interesses coletivos, tais criminalizações não seriam redutíveis a esfera particular de um indivíduo, e não estariam abarcadas pelo modelo feuerbachiano. O próprio Feuerbach teria reconhecido esse problema, tratando-o, no entanto, de forma inconsistente: não conseguindo categorizar os crimes contra a religião e contra os costumes em sua noção de "lesão a direitos subjetivos", e, no entanto, reconhecendo a legitimidade destes tipos penais, esse autor viu-se na necessidade de usar da problemática ideia de "infrações de polícia" (...) para explicar a regulação estatal desses âmbitos. Nesse momento, Feuerbach cairia em contradição, ao defender, por um lado, que o Estado apenas pode punir condutas que lesionam direitos subjetivos, mas, por outro, aceitar que fossem punidos comportamentos que não preenchem tal requisito. Assim, a teoria de Feuerbach seria marcada, também, por um déficit explicativo, por não descrever adequadamente diversas incriminações legítimas para sua época (LUZ, 2013, p. 43).

Diante do déficit acima exposto, a revisão da teoria de Feuerbach para a teoria dos bens jurídicos de Birnbaum implicou a resolução de um problema com a criação de outro muito maior. A superação do déficit teórico foi assim ao custo do aprofundamento de muitas outras contradições que serão objeto das ciências criminais no séc. XXI, levando a uma onda de expansão punitiva e a uma crise da teoria do bem jurídico nunca antes vista.

Pois bem. **Se a dogmática penal construiu o conceito de bem jurídico, devemos ter em mente que a isso se soma o processo impositivo de política pública.**

Enquanto o Estado Liberal clássico buscou, preferencialmente, limitar o poder punitivo, exigindo tratamento igualitário formal, o Estado Social acentuou a reação contra o fenômeno crime, configurando a seletividade por meio da criação de condições teóricas para tratamentos diferenciados. E isso foi possível com a teoria do bem jurídico e o processo penal impositivo de política pública.

No Estado Social, o Estado lança-se a mudar a sociedade por meio processo penal impositivo de política pública e essa proposta penal ativista depende de agentes e de um sistema jurídico hierárquico e burocratizado.

O processo do Estado Social confere mais importância às agências oficiais em detrimento das não oficiais. No entanto, no caso em estudo observamos uma variação desta questão em direção a uma tendência mais atual na postura das agências punitivas. Assim, na investigação das clínicas de aborto, vemos uma agência do Estado dando clara resposta a uma agência não-oficial (a mídia), o que sugere muitas reflexões em torno da realização de uma política criminal disfarçada de populismo penal, talvez sem mostrar claramente todos os riscos que correm o Ministério Público ao tentar gerir agendas não-oficiais em detrimento de proteção das garantias individuais.

Na atualidade, **o processo impositivo de política corre sérios riscos porque o pós-positivismo não garante os necessários padrões de estrutura hierarquizada e segurança jurídica.**

No caso em estudo, estamos diante de um evidente conflito entre as agências e, apensar do ápice do Estado Constitucional de Direito, **revelam-nos as raízes da velha política criminal de defesa social.**

Estamos certos que o sistema processual brasileiro converge para um processo impositivo de política. Neste sentido, Maria Streck exalta que “não podem restar dúvidas de que o processo constituinte de 1986-1988 fez uma clara opção pelo intervencionismo estatal, fórmula encontrada para colocar o Estado em uma nova posição no contexto da sociedade” (STRECK, 2009, p. 47). Resta saber se podemos atribuir ao processo um marcante cunho paritário.

Neste caso, impende abrir parênteses para explicar que o ativismo judicial não apenas pode dar-se “por ação”, quando o próprio juiz assume a execução da política pública do Estado, mas igualmente pode acontecer “por inércia”, quando, v. g., o juiz não presta atenção à função de criticar os bens jurídicos diante das constantes violações de direitos humanos que acontecem no processo penal.

No caso estudado, estamos diante de uma dúvida procedimental essencialmente voltada à questão da constitucionalidade da imposição de uma política criminal como proposto pelo Ministério Público.

Penso que o Ministério Público não podia por meios de coerção fazer com que a Direção da Maternidade remeta as cópias dos prontuários das pacientes que se submeteram a procedimento de curetagem nos últimos três meses em virtude de aborto espontâneo ou provocado.

Quando o Ministério Público judicializa a demanda, submete-se ao controle dos bens jurídicos, justificando-se o indeferido do pleito por não atender aos fins da justiça penal no âmbito das funções que devem ser cumpridas pelo juiz criminal no processo penal. O juiz não está, mesmo neste momento pré-processual, apenas para referendar o processo impositivo de política pública, sem análise crítica da teoria dos bens jurídicos. Não se lhe cabe dar base a uma invasão de direito fundamental dessa ordem com o fim de proteger aspectos morais ou ideológicos da proteção da vida, sem se saber de fato onde estão sendo praticados os abortos, quem seriam seus autores, quais as suas condições de ocorrências etc.

Por que exatamente estamos diante de um pedido que atinge mulheres que se valeram de um sistema de saúde pública? Por que a mídia não se ocupou em denunciar clínicas particulares?

Como já escrevi (ATAÍDE, 2010, p. 399-400), o modelo criminológico integrado proposto por Liszt, separando o Direito Penal da política criminal, transformou o juiz criminal em um autômato das fórmulas penais abstratas (ROXIN, 2000, p. 8).

No novo modelo integrado proposto por Roxin, a solução penal justa depende agora da crítica ao caso concreto. Proclama assim Roxin que “só a variedade da vida, com todas as suas transformações, possibilita a concretização das medidas que permitem uma solução correta” (ROXIN, 2000, p. 83).

Diante desse novo programa, cobra-se do juiz uma nova postura, desta vez voltada aos princípios político-criminais.

Em nosso caso sob análise, será possível deferir o requerimento do Ministério Público de forma genérica, sem uma avaliação crítica da violação do direito fundamental à intimidade e à vida privada?

Modernamente, o Direito Penal já não mais se sustenta por suas características repressoras e isso já está escrito em inúmeros volumes de obras. Roxin é um desses que revisaram a teoria do bem jurídico, estabelecendo **o modelo de legitimidade negativa, segundo o qual** a teoria do bem jurídico não cumpre a função de dizer o que deve ser protegido, mas sim a de estabelecer o que não pode ser protegido pelo Direito Penal. Ou seja, cumpre ao juiz a função de excluir da noção de bem jurídico todos aqueles interesses de proteção que não atendam à função minimalista, tais como as questões que envolvem proteção moral ou ideológica.

Roxin se destaca de muitos penalistas por abandonar a função positiva (e positivista) de afirmação do que deve ser protegido. Enquanto Birnbaum, von Liszt e Welzel desenvolveram teorias calcadas na listagem do rol pré-positivo de objetos a serem protegidos, Roxin propõe uma análise do que não pode ser protegido; confere assim ao juiz criminal uma função revisora da lei e também das práticas jurídico-penais a partir do ordenamento Constitucional.

Sobre o modelo crítico aqui tratado, as palavras de LUZ devem ser repetidas:

De uma forma ou de outra, seja qual for a natureza do critério externo de legitimação, **tratar-se-ia aqui da formulação de um núcleo material para o**

conceito de delito, núcleo este que seria independente da atividade do legislador ordinário, e capaz de servir de limitação à forma como o poder punitivo se estrutura na realidade. Nessa perspectiva, procura-se oferecer uma resposta acerca, de quais seriam as condições que determinado objeto precisa preencher para poder ser entendido como bem jurídico e, assim, ser digno de proteção penal. **O interesse que lastreia esse modelo, portanto, seria crítico, na medida em que o conceito de bem jurídico não seria deduzido da atividade do legislador,** procurando, pelo contrário, guiá-la e submetê-la à avaliação (LUZ, 2013, p. 73)

A questão do caso também suscita limites ao direito de prova. O poder punitivo deve ser processualmente controlado e isso implica imposição de limites à atividade do juiz e do Ministério Público como agências punitivas do Estado.

A independência judicial como direito fundamental de qualquer cidadão implica a certeza de, sem razoáveis fundamentos jurídico-penais, nenhum direito fundamental será violado a pretexto de proteger bem jurídico-penais.

Nesse caso, resta solar a doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, *verbis*:

Uma ordem de considerações também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes. Por isso, a Lei 11.690/2008, dando nova redação ao art. 157 do CPP, diz que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Também o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal Militar, em regras consideradas de superposição e aplicáveis a todo e qualquer processo, **consideram inadmissíveis meios de prova moralmente ilegítimos** (art. 332 do CPC) e que atentem contra a moral e a segurança individual ou coletiva (art. 295 do CPPM). E é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que **se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória.** A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas. [...] É por isso que a **investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável.** O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes. Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A **legalidade na disciplina da prova** não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas **assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado:** as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um *valor de verdade*. Hoje, bem pelo contrário, **as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia.** De duas maneiras pode ser regulado o sistema da legalidade das provas: podem-se estabelecer, positivamente, determinadas modalidades para a admissibilidade das provas; ou o material probatório pode ser selecionado, negativamente, através de uma série de regras de exclusão. **O que releva notar é que uma coisa são as regras legais sobre avaliação judicial, hoje superadas; outra, bem diversa, são as**

regras de admissibilidade e de exclusão de determinados meios de prova. Estas últimas devem ser aceitas e estabelecidas, **ainda que no plano da investigação dos fatos possam representar algum sacrifício.** [...] É suficiente um instante de reflexão para perceber que o modo de agir não pode valer mais do que o resultado. **Dois processos podem ser imaginados: um, em que a dignidade do homem é aviltada; outro, em que é respeitada.** Este último torna tolerável até mesmo os inevitáveis erros. Por isso é que o termo "verdade material" há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, pp. 123-125).

Na situação, decidindo o caso, indeferi o pedido de diligência por entender que havia conflito entre inquisitividade e direito fundamental, devendo prevalecer a solução que fosse mais favorável à proteção deste, sob análise crítica da função protetora de bem jurídico-penais.

4 A REFORMA DO CÓDIGO PENAL

A partir do caso acima, impõe reconhecer a distinção entre o processo impositivo de política pública, oriundo do Estado Social, e o processo reativo, próprio do Estado Liberal, bem como os conflitos que surgem a partir da conjunção desses dois modelos no Estado Democrático. De fato, o Estado Democrático de Direito precipita conflitos político-criminais ao reunir os aspectos de dois processuais distintos, realçando assim o respeito à individualidade e a opção político-social do Estado, ou seja, consentindo que direitos fundamentais conviva com a inquisitividade.

O Brasil adota o modelo de um processo impositivo e ainda paritário, que favorece o ativismo, mas, por outro lado, encontra-se em tensão com o sistema de paridade. Em face dessas circunstâncias, sobressaem-se escolhas estatais difíceis, que buscam conciliar garantias penais e do mesmo modo ativismo, ainda que de forma comedida. Em última análise, nasce aí uma tensão entre a imposição de política e o sistema de paridade (DAMASKA, 2000, p. 406), mas, mesmo assim, o sistema processual não escapa completamente da inquisitividade.

No processo impositivo de política com paridade, como acontece no Brasil, os agentes do Estado não estão neutros à política pública e o Estado-Juiz pode praticar a política de efetivar garantias, criticar os bens jurídicos, controlando a eficácia dos atos impositivos da política criminal, agindo assim como controle da função acusatória.

No Projeto do Código Penal há uma virada em favor de uma imposição de política pública favorável ao acusado. O texto legal da proposta legislativa contemplou que “o juiz poderá combinar leis penais sucessivas, no que nelas exista de mais benigno” (art. 2º, § 2º).

Rejeitou-se a redação proposta pelo Relator da Subcomissão, René Ariel Dotti, para quem o texto legal sobre a combinação de normas deveria ter ficado transcrito da seguinte forma: “Para aplicar a lei mais favorável, o juiz poderá considerar conjuntamente as normas da lei anterior e da lei posterior no que nelas transpareça como mais benigno”.

De qualquer forma, em matéria de leis sucessivas, o Juiz *deverá* impor a política criminal do caso concreto, construindo normas que favoreçam o acusado. Da extração do conteúdo da lei anterior e da nova, haverá concretamente uma imposição de política criminal favorável ao acusado, o que contribuirá definitivamente para determinar uma orientação para a harmonia da política criminal, estabelecendo qual a tendência interpretativa deve prevalecer em caso de leis penais sucessivas.

A proposta supera o entendimento de que o intérprete não pode compreender as normas sucessivas apenas com os aspectos favoráveis ao acusado. Segundo alegam os defensores desta posição, predominante na jurisprudência, implicaria uma usurpação das funções legislativas permitir que o juiz construísse uma norma que ultrapasse os limites da moldura legal.

A lógica acima está consoante com um modelo processual reativo, onde o Estado não toma o processo como instrumento de imposição de uma política *sobre* ou em *favor* do particular. O processo reativo tampouco é palco da política do Estado, o que facilita o distanciamento judicial e o emprego da técnica defensiva da parte. Não podemos acreditar que o juiz seja no Estado Constitucional Democrático um agente a tal ponto desinteressado, quando o próprio processo mostra-se engajado com a política pública e os direitos fundamentais.

Parece mais certo reconhecer que há uma tensão entre a imposição e a paridade (DAMASKA, 2000, p. 391), especialmente quando tratamos de normas sucessivas, com possibilidade de combinação benéfica ao acusado. Daí o juiz passar a existir como agente de controle dos naturais conflitos que aparecem entre os agentes de Estados encarregados de executar políticas.

Na jurisprudência são encontrados muitos casos indicando o conflito na política criminal quanto à efetivação do direito de defesa e à combinação de normas para beneficiar o acusado.

Tomemos como exemplo a sistemática do art. 366 (redação da pela Lei n.º 9.271/96) e atual regra do art. 420, parágrafo único (redação dada pela Lei nº 11.689/2008), ambos do Código de Processo Penal. O primeiro dispositivo impede o prosseguimento do processo à revelia e o segundo estabelece a intimação da pronúncia por edital para o réu solto não encontrado.

Para o Superior Tribunal de Justiça, não há constrangimento ilegal na irretroatividade da regra do art. 366 para fatos ocorridos antes de sua redação em vigor, da mesma forma que admite a aplicação imediata da regra do art. 420, parágrafo único, inclusive para crimes ocorridos em data anterior à sua vigência (STJ; HC 160.914; Proc. 2010/0016388-1; SP; Quinta Turma; Relª Min. Laurita Vaz; j. 20.03.2012; DJE 29.03.2012).

Como visto, essa orientação dominante no STJ ignora a combinação de normas favoráveis ao acusado. Assim, se o fato data de período anterior à atual redação do art. 366, não haverá prejuízo no prosseguimento do processo à revelia e na intimação da pronúncia por edital, com realização da sessão do Júri sem a presença do acusado (art. 420).

Divergindo desse panorama firmado no STJ, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul segue linha diametralmente oposta, promovendo combinação de normas para o fim de entender que uma vez decretada a revelia, nos fatos praticados durante a antiga redação do art. 366, não haverá possibilidade de aplicação imediata da nova regra do art. 420, CPP, ou seja, não será possível a intimação da pronúncia por edital em relação a fatos que tenham ocorrido antes da vigência do art. 366, do Código de Processo Penal.

Outros tribunais seguem esta mesma orientação, como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG, proc. 1.0000.09.498700-5/000, Rel. Desª Maria Celeste Porto, pub. 08/09/2009) e o do Rio Grande do Norte (TJRN, HC nº 2012.000904-3, Rel. Juíza Tatiana Socoloski, j. 16.02.2012).

É útil relembrar, ainda sumariamente, que o garantismo abrange uma dimensão negativa e outra positiva. Na acepção negativa, implica uma limitação à função punitiva do Estado, enquanto na forma positiva cobra do Estado um agir, fazendo do juiz um agente de proteção dos direitos fundamentais. Neste aspecto positivo, vem à luz o princípio da proibição da proteção deficiente, que também se aplica ao processo penal (STRECK, 2009, p. 135).

Portanto, ao prever que “o juiz poderá combinar leis penais sucessivas, no que nelas exista de mais benigno” (art. 2º, § 2º), o Projeto do Código Penal cria um verdadeiro princípio geral norteador da solução mais favorável ao acusado para os casos em que existir conflitos na política criminal praticada pelas agências punitivas.

5 CONCLUSÃO

O modelo do processo penal liberal serve-se de um Estado reativo, formalmente paritário e sem grandes interesses políticos.

Este tipo de processo não considera o caso penal como um objeto merecedor de intervenção da política do Estado o Estado Social acentua uma nova investida contra o fenômeno crime.

Tomando como modelo um Estado Social puro, não deveriam inexistir conflitos entre seus agentes quanto à política pública aplicável, mas, como no plano da realidade não é provável encontrar modelos processuais genuínos, descobre-se que na prática o processo impositivo é um ambiente fértil para conflitos entre os agentes do Estado.

Diante de tantas contingências, vale dizer que o sistema processual brasileiro converge para um processo impositivo de política com marcante cunho paritário, ou, para melhor dizer, o ativismo do processo funda um conflito com as suas estruturas paritárias.

Há uma virada teórica em favor de uma imposição de política pública favorável ao acusado no Projeto do Código Penal ao admitir que o juiz possa combinar leis penais sucessivas, no que nelas exista de mais benigno (art. 2º, § 2º).

Na linha do que preconiza o dispositivo do Projeto do Código Penal, não haveria qualquer impedimento à combinação de normas processuais com conteúdo material, em razão de que será necessário revisar o que pensamos sobre o formalismo processual.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE, Fábio. **Colisão entre Poder Punitivo do Estado e Garantia Constitucional da Defesa**. Curitiba: Juruá, 2010.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Trad. Andrea Morales Vidal. Editorial Jurídica de Chile: Barcelona, Santiago de Chile, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

ROXIN, Claus. "Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal". Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo**. IBCCRIM: São Paulo, 2013.

MARSHALL, T. H. **Política Social**. Trad. Meton P. Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. 2ª ed., Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CONFLICTOS DE POLÍTICA CRIMINAL ENTRE AGENCIAS PUNITIVAS: UN ESTUDIO

RESUMEN

El documento analiza la estructura del paradigma del proceso de justicia penal, cuyas estructuras se adapten a una agenda de intereses políticos. Nosotros analizamos este tipo de proceso que interviene en la política pública. Las hipótesis se plantean para demostrar las contradicciones de una propuesta que pretende imponer la política pública a través de un proceso de carácter igualitario. Por otra parte, se reconoce que la acusación no será la mejor forma de imponer el orden público, pero aún así, en comparación con la inevitabilidad de un modelo estructurado para hacer cumplir algunas de las políticas, hay que revisar los fundamentos de la teoría no sólo a fin de permitir la imposición de políticas, sino como una contingencia de los nuevos desafíos de la teoría del procedimiento.

PALAVRAS-CLAVE:

El proceso penal - orden público - el activismo judicial - liberal y social del Estado.