

“O JUIZ CRIMINAL: ENTRE A NEUTRALIDADE, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PRESSÃO SOCIAL PELO COMBATE À CRIMINALIDADE”.

Desembargador Paulo Roberto Leite Ventura
Presidente da 1ª Câmara Criminal – TJ/RJ
Diretor-Geral da EMERJ

Todos sabemos que vivemos um ambiente de desesperança e pânico coletivo, altamente comprometedor para um projeto democrático duradouro, uma vez que a histeria presente no campo da segurança pública tem gerado reações irracionais e reacionárias em face da questão da violência urbana, principalmente, no Rio de Janeiro e em São Paulo, preconizando-se desde a adoção da pena de morte para delinqüentes de todo tipo, passando por operações militares violentas e indiscriminadas em favelas e núcleos de pobreza da população civil, até a utilização de extraordinárias providências de estabilização da ordem pública, como o estado de sítio e o estado de defesa, previstos nos artigos 136 e 137 da Constituição Federal, invariavelmente acompanhados de uma conseqüente supressão de direitos e garantias fundamentais de todos.

Esse fenômeno, em maior ou menor escala, tem hoje feição mundial, assentando-se na deteriorização do tecido social, na

violência urbana e ineficiência do Estado para enfrentá-la, na expansão mundial do terrorismo, do crime organizado, do narcotráfico e das operações de lavagem de dinheiro obtido por meios ilícitos.

A escalada da violência nos centros urbanos brasileiros, especialmente a violência gerada pelas facções de narcotraficantes, que explode nas favelas e se irradia para os logradouros edificadas, tem atingido entre nós proporções extremas e insuportáveis.

Focalizando nossa cidade, sabe-se que em algumas comunidades de favelas a ação policial está tacitamente impedida de ocorrer, salvo se acompanhada de operações especiais das forças de elite – BOPE e CORE –, deixando seus moradores, depois que o sol se põe, a mercê da ação imprevisível, tresloucada e violenta dos traficantes.

Inevitavelmente, toda uma juventude acabou perdida no narcotráfico, já que um em cada quatro adolescentes que habitam nas favelas trabalha para as referidas quadrilhas, sejam aliciados por ameaças de violência ou pela ilusão de vantagens, principalmente, uma boa e imediata remuneração, mas, quase sempre, terminando sua existência em morte prematura e violenta.

As instituições públicas repressivas, para alcançar maior eficiência no combate à escalada da criminalidade, acabam alterando seus mecanismos de controle e prevenção de delitos, seja aumentando o

caráter punitivo das normas penais, seja liberando o processo de persecução criminal das garantias investigatórias e processuais incluídas na pauta constitucionais dos direitos fundamentais do homem. Com isso, as liberdades civis ficam drasticamente comprometidas.

A atuação do aparelho repressor do Estado, desnaturado pela elitização de suas finalidades, aprofunda, a todo instante, as discriminações sociais e econômicas, fazendo com que os cidadãos insuspeitos e com a fachada do médio e alto poder aquisitivo sejam os sujeitos de direito das políticas de segurança pública, enquanto os excluídos da riqueza e prestígio sejam objeto da ação policial. A esses últimos não se reconhece os mesmos direitos e inviolabilidades constitucionais considerados intocáveis quando aplicados às pessoas das classes média e alta da sociedade brasileira, notadamente as garantias da presunção de inocência e do devido processo legal, que devem obrigatoriamente condicionar os procedimentos investigatórios e da prisão.

A Constituição de 1988 dedica inúmeros preceitos referentes aos requisitos e condições de validade da prisão e, ainda, aos direitos fundamentais dos presos. São cerca de 25 dentre 77 incisos do artigo 5º do estatuto supremo dispendo sobre essa relevante matéria, o que soma praticamente 1/3 do capítulo relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos. São normas que tratam, dentre outros temas, da individualização da pena, da proscricção de determinadas penas, do

respeito à integridade física e moral do preso, de direitos específicos das presidiárias, do regime constitucional da investigação criminal, das condições de juridicidade do ato de prisão, até desaguar na garantia secular do *habeas corpus*.

Abordando o Juiz Criminal entre a neutralidade, os direitos fundamentais e a pressão social pelo combate à criminalidade, começaria por dizer que o que caracteriza as decisões judiciais, com realce para aquelas proferidas no campo penal, em contraste com atos de outros Poderes, é a necessidade de que sejam fundadas em princípios coerentes e constantes, e não em atos de mera vontade ou sentimento pessoal, presa aos princípios fundamentais de direito, afastada de qualquer pressão que a sociedade por seus diversos seguimentos, possa exercer no combate à criminalidade.

Quero dizer, desde logo, que quem julga com os olhos fechados e pensando apenas no resultado imediato, em razão da função das próprias simpatias ou preconceitos, não há dúvida de que regride visivelmente ao governo dos homens. Tenho para mim, e neste ponto comungo com o entendimento do professor **Herbert Wechsler**, da Universidade de Coimbra, quando prudentemente advertiu que se alguém toma decisões levando em conta o fato de que a parte envolvida é um sindicalista, um delinqüente contumaz, um perigoso, um negro ou um separatista, por exemplo, terá de admitir que pessoas outras, de crenças, índole e raça diversas possam, diante dos mesmos fatos, julgar

diferentemente, destacando este renomado constitucionalista que *“Nenhum problema é mais profundo em nosso constitucionalismo do que este tipo de avaliação e de julgamento ad hoc.”*

O nosso festejado constitucionalista, o eminente professor **Luiz Roberto Barroso**, leciona que a neutralidade é um conceito possivelmente mais complexo de se delinear do que o da objetividade. A objetividade busca uma razão científica de validade geral. A neutralidade se dilui em muitos aspectos diferentes. Alguns deles não são de difícil implementação, como a imparcialidade que traduz a ausência de interesse imediato na questão e a impessoalidade, ou seja, atuação pelo bem comum, e não para o favorecimento de alguns. Para que sejam atendidos os princípios da imparcialidade e da impessoalidade, basta que o Juiz Criminal tenha seriedade firme e vontade deliberada para alcançar bem feita a prestação jurisdicional.

Contudo, a neutralidade pressupõe algo impossível, à primeira vista, conduzindo o magistrado para uma postura indiferente ao produto final do seu trabalho.

Sabemos todos, juízes que somos, que há uma infindável quantidade de casos que são decididos pelo judiciário que não mobilizam o Juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seus deveres. Porém, outros tantos casos existem que envolvem a escolha de valores alternativamente possíveis, circunstância que exige do Juiz uma

análise de prova mais cautelosa e detida, sem afetar nem subverter a distribuição da aguardada justiça.

Em princípio, logo vem à mente que, idealmente, o Juiz deve ser sempre neutro, porque é possível conceber, pela sua formação moral e intelectual, que ele seja racionalmente preparado e educado para a compreensão, para a tolerância, para a capacidade de entender tudo aquilo que é diferente, seja o homossexual, o criminoso, o miserável ou o mentalmente enfermo.

O Juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico, porém com base em princípios constitucionais, dos quais deve manter-se sempre atrelado, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa motivadamente demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que são sempre subjacentes ao ordenamento. O magistrado jamais deverá se conformar com a aplicação mecânica da norma, eximindo-se de sua responsabilidade em nome da lei, supondo que assim procedendo esteja no estrito cumprimento do dever. Também não deve o magistrado, sobretudo no campo pessoal, ser um contemplador impassível da prova, eximindo-se da sua colheita.

Em sua clássica obra "Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica", o professor **Placito Franco de Azevedo**, advertindo que o juiz não deve e não pode ser um mero expectador do caminhar do processo, afirmou que "*preso a uma camisa de força teórica que o*

impede de descer à singularidade dos casos concretos e sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica'.

Em apertada síntese posso afirmar que há neutralidade possível, o que nos remete ao campo da ética do juiz no processo, sobretudo no que pertine o seu comportamento na condução da causa. O agir do juiz, no processo, é univocamente determinado, porque tem ele, como meta precípua, fazer justiça, certo de que na legislação processual há uma lista de atribuições que o juiz deve exercer no comando do processo e também a Lei Orgânica da Magistratura se ocupa do assunto enumerando uma série de deveres do juiz.

Assim a pressão social pelo combate à criminalidade é uma forma sadia da sociedade reclamar da justiça, do seu desaparelhamento, da sua morosidade, de seus custos e de suas mazelas. Porém não pode ser compreendida como forma de inibir ou coagir o magistrado no desempenho da sua função judicante, que além de justa, requer coragem.

Ouso dizer que o momento está a ditar que é hora de reformar, transformando o que é arcaico, agilizando o que é moroso,

clareando o caminho com luz de esperança para que por ele possa caminhar todo aquele que tem sede e fome de justiça.

Sob o aspecto criminal, na verdade, precisamos de um juiz novo para um novo direito, ou seja, juízes que tenham a coragem de romper a multidão aflita e contemplativa para assumir, corajosamente, um novo papel social e político mais ativo, em face do direito novo. Destaco, como direito novo, a forte corrente que aplaude o Direito Penal mínimo, ao qual ainda não me filiei mas respeito seus princípios indispensáveis como: 1) intervenção mínima; 2) lesividade; 3) adequação social; 4) individualização da pena; 5) proporcionalidade; 6) responsabilidade pessoal; 7) limitação das penas; 8) culpabilidade e 9) legalidade. Reconheço que esta vertente do Direito Penal Novo apregoa, em síntese, ser a finalidade do Direito Penal a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade, tendo como primeira missão a de orientar o legislador quando da criação ou revogação dos tipos penais.

Penso que os juízes de hoje não mais poderão ser devotos do código, legalistas formais ou escravos da lei, quando na verdade deverão estar preparados culturalmente para identificar e conhecer, com absoluta sensibilidade, os fenômenos sociais que instruem e informam a criação do Direito Penal Novo e que estão presentes no momento da sua efetiva aplicação, sem esquecer que toda prioridade deve ser direcionada à pessoa humana, sem privilégios ou discriminações.

“O juiz moderno, mais do que domínio das técnicas jurídicas precisa ter consciência de que ele concretiza ou sepulta valores, porque ele é o guardião das promessas do constituinte, cabendo asseverar que o juiz moderno não é só o guardião, mas o concretizador das promessas do constituinte. Ele é o garante, é o avalista e é o implementador de tudo aquilo que o povo, mediante seus representantes, quis que a justiça propiciasse à nação. O juiz moderno, sobretudo no campo penal, é o mais eficaz remédio contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar satisfatoriamente a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram”.

Contudo, no tocante ao juiz, uma questão que avulta, do ponto de vista ético, é a sua imparcialidade. Da lição do eminente Professor José Carlos Barbosa Moreira, recolhe-se a seguinte advertência: “é claro que a luz de direitos fundamentais, concebidos como aqueles que fazem parte da essência e da substância da Constituição, está a imparcialidade do juiz, capaz de manter o equilíbrio entre as partes, podendo ser destacada como marca característica da jurisdição, certo que a jurisdição caracteriza-se por entregar a sorte das pessoas a um terceiro, o juiz, por definição imparcial, mas, às vezes, nota-se certa tendência a confundir imparcialidade com neutralidade. Penso que o juiz deva ser sempre imparcial, mas não deve ser neutro, evidentemente se dermos a esse adjetivo o sentido de “indiferente à

sorte do pleito". O juiz, como lógico, não pode e não deve ser indiferente à sorte do pleito. Ao contrário, ele tem de se preocupar em fazer na medida do possível, que o pleito chegue a um resultado justo. O juiz deve desejar ardentemente que vença quem tem a razão e, para isso, ele deve utilizar todos os meios a seu alcance, inclusive, por exemplo, a determinação de medidas de providências probatórias *ex-officio*. Esse tema, não só na doutrina processual civil e muito mais na doutrina processual penal, tem sido muito discutido. Pergunta-se: deve o juiz poder determinar de ofício medidas probatórias independentemente, pois, da iniciativa de qualquer das partes? A regra insculpida no artigo 129, I, da Constituição Federal, abolindo o procedimento judicialiforme, estatui que dentre as funções institucionais do Ministério Público está a competência de promover, privativamente, ação penal pública, na forma da lei, o que conduziria ao entendimento de que aquele que promove a ação é quem deve produzir as provas que julgar necessárias para o deslinde da causa. Mas por outro lado, tem-se que entender que o juiz pode, de ofício, produzir tantas provas quanto necessárias para firmar o seu juízo de convicção, por várias razões, dentre as quais destaco as mais importantes: 1) julgar nada mais é do que, em última análise, aplicar as normas a fatos e, para julgar bem é preciso conhecer bem as normas e é preciso conhecer bem os fatos. Se, portanto, não vêm aos autos, por obra das partes, como é mais comum, as provas necessárias para que o juiz forme a sua convicção a respeito dos fatos, nada pode haver de censurável, muito ao contrário, em que ele próprio procure informar-se a respeito, naturalmente preservadas todas as garantias que

a Constituição e as leis outorgam aos jurisdicionados. Quando assim proceder o juiz não o faz para colher provas visando a condenação, como argumentam alguns, mas, como evidente, para julgar seguramente a causa, fazendo a esperada justiça”.

À luz da lei processual penal, consoante dispõem os artigos 155 a 157, destacando para esclarecer o julgamento em segundo grau de jurisdição, o Desembargador ao receber um processo para julgar um recurso, pode, legitimamente, converter o julgamento em diligência para colheita de outras provas, assim não se mostrando neutro à sorte do pleito, sempre que se convencer de que a prova colhida é insuficiente, sobretudo quando há possibilidade condenatória acentuada ou possibilidade condenatória tênue. Colhidas novas provas, à luz dos princípios da publicidade e do contraditório, a decisão poderá percorrer as vertentes da absolvição ou da condenação, sem qualquer surpresa para as partes. Ao converter o julgamento em diligencia o Juiz não visa colher provas para ele, mas para o processo, submetendo-as às partes em face do contraditório, não afrontando, assim, a norma constitucional que promana do art. 129 e seus incisos.

Portanto, concito os juízes a não se deixarem intimidar nessa matéria, seja pela opinião da mídia ou pela pressão social no combate à criminalidade. Assim, sempre que entenderem necessário, tomem a iniciativa de mandar realizar as provas devidas para o

esclarecimento de seu espírito, preservando sempre, é claro, a garantia do contraditório e da publicidade do ato.

É certo que o Juiz Criminal deve ser obediente no resguardo dos direitos fundamentais, pois formalmente vivemos uma democracia social, na qual a nossa Carta Maior, conhecida com “Constituição Cidadã”, preconiza serem direitos sociais a educação, saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados e excluídos, conforme regra que soa do seu art. 6º, constante do Capítulo II, correspondente aos Direitos Sociais, do Título II, que cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais. É certo, também, que o Juiz Criminal se comove diante da pressão social pelo combate à criminalidade, porém, não pode e não deve ele perder as rédeas do comando do processo, buscando provas, tantas quantas necessárias, que sejam capazes de adequar o fato social à regra legal. Daí a importância, para o julgamento de um processo criminal, que o juiz não se quede neutro e indiferente à sorte do pleito, pois a justiça criminal é a esperança final na qual toda uma sociedade agredida deposita sua confiança na tão almejada resposta corajosa contra a criminalidade, na busca de restaurar o tecido social roto, nas mais das vezes imotivadamente violentado por ações truculentas de indivíduos que, desafiando o poder público constituído, disseminam a insegurança e o medo.

Não manter-se neutro o Juiz Criminal, embora seja possível de atendimento no que toca à sua imparcialidade e impessoalidade, é fator preponderante para a solução de uma causa criminal, isto porque, interpretar para decidir envolve, freqüentemente, a escolha de valores e vertentes de prova, bem como de alternativas possíveis, desde que não atue em favor do próprio interesse, o Juiz Criminal estará sempre promovendo as suas causas, a sua visão do mundo e o seu senso de justiça, pois ainda que fosse utopicamente possível libertar o juiz de suas injunções ideológicas, não seria possível libertá-lo do seu próprio inconsciente, de sua memória, de seu desejo de fazer justiça.

Em verdade, para compreendermos melhor o fenômeno social da criminalidade, é necessário que façamos uma análise da estrutura social, na qual estamos inseridos, à luz dos direitos fundamentais.

A hora é de mudança.

O incremento da delinqüência é somente um sintoma a mais das deficiências na organização da sociedade humana.

Concluindo, entendo ser possível reduzir, e não eliminar, a criminalidade, a partir do momento em que o Estado passe assumir a tarefa que é sua e não pode ser delegada, assumindo efetivamente a

sua função social, diminuindo, com projetos concretos e não demagógicos, o abismo econômico, que ele mesmo criou, entre os diversos segmentos sociais. Não faltam leis penais e processuais. As temos até demais.

Rematando, é muito importante que, faça o Estado Executivo e Legislativo o seu papel, permanecendo nós, Juízes Criminais, no nosso posto de combate contra a criminalidade, se um cair que o outro se levante e marche para frente, pois haverá sempre justiça e paz social, enquanto houver um magistrado, uma bandeira e uma pátria.