

RESENHA

PACELLI, Eugênio de Oliveira. Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012, 194 p.

*Por Danilo Lima da Silva e
Viviane Raquel Rodrigues de Oliveira*

RESENHA

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012, 194 p.

Danilo Lima da Silva

(Bacharelado em Direito, 7º Período, pela Universidade Federal Rural do Semiárido -UFERSA. Mossoró - RN)

Viviane Raquel Rodrigues de Oliveira

(Bacharelada em Direito, 7º Período, pela Universidade Federal Rural do Semiárido -UFERSA. Mossoró - RN)

Na célebre obra “Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais”, Eugênio Pacelli propõe reflexões para a construção de uma ação e um processo penais adequados à realidade constitucional do Estado Democrático de Direito. Para tanto, escolhe como ponto de partida a ação penal privada subsidiária da pública. O referido autor discorre sobre a participação ativa do particular no processo penal público e suas implicâncias, apontando para a necessidade de se pensar na máxima estatização da seara penal, afastando sempre que possível para o cível aquilo que envolva tão apenas direitos disponíveis. Para Pacelli, o Direito Penal deve ser não apenas visto como última *ratio*, mas ser aplicado como tal.

Na primeira parte do livro, discute-se sobre o processo público e sua justificação, tendo como bases filosóficas Hegel (justificação não retributiva do Direito Penal) e Habermas (teoria discursiva do Direito e reconhecimento do outro como produtor e não só destinatário de toda regulação); na segunda parte, explana-se sobre o processo público e sua aplicação, onde Pacelli discorre sobre a aplicação judicial de princípios constitucionais fundamentais, no ponto em que a eficácia e a efetividade de um deles (princípios) contribuam para a diminuição da mesma eficácia e efetividade de outro.

Portanto, insiste-se na imperiosa necessidade da consolidação de um modelo processual penal garantista: afirmação do princípio do contraditório e da ampla defesa, proibição do excesso estatal, afirmação dos Direitos fundamentais. À luz da leitura do livro supracitado, a seguir uma apertada discussão a respeito da atuação do particular no processo penal público, abordando a

persecução penal privada, a ação penal privada subsidiária da pública, a assistência à acusação e o *strepitus iudicii* (escândalo do processo).

A Constituição Federal de 1988 assegurou a publicidade como regra para toda atividade processual, e, com mais razão, tal princípio orienta a atuação penal do Estado-juiz, uma vez que rotineiramente lida com a imposição de limitações a direitos, dentre os quais, o imperioso direito à liberdade. Cuidou, pois, o legislador constituinte em assegurar que as atividades estatais se tramitassem sob o conhecimento de todos, principalmente no que tange àquela atividade em que confere ao Estado um múnus público – poder que se justifica no seu dever – de coibir, reprimir, prevenir e combater ações que contrariem as disposições legais, tipificadas como crimes, e, nesse eixo, que lhe confere autonomia para aplicar sanções e restringir o exercício de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Nesse cenário, a Carta Magna zelou pelo monopólio estatal no que concerne à matéria penal/criminal. Primeiro, e sem qualquer exceção imaginável, atribuiu a jurisdição nessa seara do Direito à competência exclusiva do Estado-juiz, qualificando-se como único e exclusivo responsável para dirimir, julgar e decidir os processos com tal conteúdo. Nessa mesma linha, e como não poderia deixar de ser, também são deveres-poder o *ius perseguendi* e o *ius puniendi* – este último de forma ainda mais inequívoca, haja vista que ao legitimar ao Estado a exclusividade para aplicar e executar sanções, no campo infraconstitucional criminalizou-se a prática da justiça com as “próprias mãos”, por meio da figura típica “exercício arbitrário das próprias razões” (art. 345 do Código Penal), proibindo que o particular perquirisse a satisfação de suas pretensões (penais) de forma autônoma e aplicasse de imediato e diretamente sanções ao seu desafeto; bem como exigiu para a legítima defesa o uso moderado dos meios necessários, dada a injusta agressão (atual ou iminente) de outrem.

Destarte, o poder acusatório é constitucionalmente conferido ao Ministério Público (MP) de forma privativa, já que a regra estabelecida na seara penal é a ação pública incondicionada. O caráter ministerial desta função é, pois, uma garantia de duas vertentes: tanto para o réu – uma vez que será acusado por um órgão público, imparcial, cujo principal ideal é o zelo pela justiça e o cumprimento da Lei (em seu sentido amplo); quanto para a coletividade – que terá no Estado um legítimo acusador e, ao mesmo tempo, *custus legis*, tutelando as garantias e direitos fundamentais.

Todavia, ao lado de tantas garantias processuais constitucionalmente asseguradas, objetivadas, em suma, ao cumprimento de um devido processo legal, o constituinte possibilitou a participação do particular no processo penal público enquanto agente ativo, ao prever a ação penal privada subsidiária da pública – art. 5º, LIX da CF: “admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. Foi colocada entre as garantias fundamentais,

estando ao lado de inúmeras garantias que são previstas em benefício ao réu, como limites à atuação estatal na persecução penal. Mas porque tal ação foi considerada uma garantia fundamental? E, afinal de contas, quem é o legítimo para propô-la (já que o texto não a atribui apenas à vítima)?

Como já é sabida, na hipótese supramencionada, a previsão constitucional de participação do particular no processo penal público é de subsidiariedade, isto é, dá-se nas hipóteses de inércia do Ministério Público. Nesse sentido, apresenta-se, *a priori*, como uma modalidade de controle social da atividade ministerial. Porém, faz-se importante destacar que, não obstante a essa possibilidade de iniciativa privada de persecução penal em matéria de ordem pública, a titularidade da ação penal continua sendo do MP, que permanece incumbido de todas as suas obrigações.

Além do já exposto, o Direito Processual Penal também cuidou de, em algumas situações, condicionar a procedibilidade da persecução criminal à representação do ofendido/vítima, a exemplo do que ocorre nos crimes contra a dignidade sexual (salvo se a vítima é menor de 18 anos ou se é vulnerável, caso dos absolutamente incapazes, que a ação passa a ser pública incondicionada). Especialmente no que tange à representação enquanto requisito de procedibilidade, é possível conceber a sua importância e o seu fundamento. Como inicialmente aqui se expôs: a publicidade dos atos processuais é a regra, portanto, é essa mesma publicidade – tão imprescindível à validade do processo – que pode acarretar para a vítima o chamado *'strepitus iudicii'*, isto é, o escândalo do processo.

Tomando como exemplo os crimes contra a dignidade sexual, o processo, por ser essencialmente público, pode acarretar para a vítima um escândalo desmedido, uma vergonha muito maior e profunda que o próprio crime em si. Nesses casos, pode-se dizer que a exigência de representação para que a ação penal seja instaurada é a concessão de uma autonomia para a vítima resolver se 'vale mesmo a pena' a judicialização do eventual crime ocorrido. Ressalve-se que a representação não se confunde com a titularidade da ação penal: aquela é da vítima (representante ou sucessores legitimados em lei), esta é do Ministério Público.

Por outro lado, considerando o bem jurídico violado (como nos casos dos crimes contra a honra), o Diploma Legal atribuiu a titularidade da ação penal ao próprio particular, trata-se da ação penal privada. Infelizmente, na contra mão do que estatuiu a nossa Carta Magna, que zela pelo processo penal público, o legislador infraconstitucional investiu numa caracterização privada, atribuindo ao particular o poder de queixa-crime. Não se pode negar que essa conotação provoca a utilização do processo penal muitas vezes com um intuito puramente vingativo e retributivo; destaque-se que, na esmagadora maioria das vezes, a prática de tais crimes enseja sanções de caráter puramente pecuniário. Além disso, muito embora se reconheça a importância do bem jurídico (por exemplo, a honra, que é considerado um Direito fundamental, garantida sua inviolabilidade

na CF/88), já que a apreciação judicial do crime está completamente disponível ao ofendido, porque seria o bem atingido também considerado disponível, então, só se pode concluir que a sua incriminação penal seria totalmente dispensável e desnecessária. O mais prudente seria enquadrar crimes dessa natureza apenas na seara cível do Direito.

Por fim, pode-se citar o instituto da assistência à acusação, que permite ao ofendido ou seu representante legal integrar o polo acusatório da demanda. Nesse momento, Pacelli traz uma interessante discussão: ora, não seria o processo, teleologicamente compreendido, um conjunto de condições necessárias à produção da decisão judicial, tendo a participação dos eventuais envolvidos, em igualdade de condições, como requisito de validade? Estaria, pois, esta validade viciada, tendo em vista que particular e MP poderiam atuar em conjunto num processo de acusação ligeiramente em vantagem? Não seria o MP viciado pelo interesse único e exclusivamente pessoal e particular da vítima? Tais questionamentos instigam apenas à reflexão, para que se pense um processo penal público mais condizente com um Estado Democrático de Direito, onde se busca a legitimação plena do Estado na persecução penal, retirando da relação “particular-particular” discussões judiciais de matéria penal.

O Direito não pode se tornar refém da legislação, sobretudo e particularmente no campo das incriminações, nas quais, via de regra, o tempo cuida de demonstrar a superação de graus mínimos de reprovação social de determinadas condutas tipificadas penalmente, o que seria o papel da hermenêutica em semelhante perspectiva de atualização do Direito. Proibição de excesso, proporcionalidade e lesividade: não se pode aceitar a incriminação de condutas que não se mostrem efetiva e potencialmente lesivas. O livro de Pacelli mostra o quanto é necessária a reforma do Direito Penal e Processual Penal brasileiros, não apenas teórica ou meramente legislativa, mas de aplicação, uma atualização que vislumbre a contemporaneidade social, e consiga mitigar resquícios de uma exacerbada criminalização e tediosa judicialização de questões meramente particulares que, quase sempre, resolvem-se na seara cível.

