

O Papel do Magistrado Criminal Diante das Novas Alterações Legislativas

Orlando Eliazaro Feitosa¹

Na década de 40, o mundo se dividiu em uma guerra econômica e ideológica que polarizava as nações; a grosso modo, tínhamos, de um lado, o socialismo nacional pregado pela Alemanha, que pretendia a submissão mundial a uma raça perfeita fisicamente, organizada nacionalmente, enquanto, do outro, existiam nações que se opunham ao domínio alemão.

Particularmente, o Brasil vivia o chamado Estado Novo, de cunho ditatorial e antidemocrático, que flertava com a tendência alemã e era regido por uma Constituição sem nenhuma legitimidade popular, valendo dizer que tal Estado se legitimava no uso da força e no populismo da figura pública do governante Getúlio Vargas.

Justamente neste contexto histórico-social foi que o Código de Processo Penal se originou, atendendo às necessidades de determinada classe social, com grande apelo autoritário e inquisitorial, e que, inclusive, formalmente, surgiu por meio do chamado Decreto-Lei.

Por outro lado, as raízes inquisitoriais remontam à data bem mais pretérita, possuindo fonte no próprio período colonial, ocasião em que o Santo Ofício atuava fortemente em nosso País, na época colônia da Corte Portuguesa.

Durante séculos, os hereges eram expostos a um processo penal que presumia culpado quem a ele se submetesse. Ressalte-se que a confissão era a rainha das provas, e aquele que se “arrependesse” e admitisse seu pecado teria grandes benefícios e suavização das penas porventura impostas,

¹ Juiz de Direito da Vara Criminal do Fórum Regional de Vila Inhomirim - Comarca de Magé.

ou seja, considerar-se culpado tinha grandes vantagens, ao contrário de considerar-se inocente.

Assim, a Inquisição praticou regras processuais orientadas pelo sigilo, pela presunção de culpa e ausência de contraditório, o que, de certa forma, foi naturalizado a tal ponto que, até os dias de hoje, estamos impregnados em nossa própria cultura de tais princípios.

Dessa forma, impregnado por uma tradição inquisitorial fortemente enraizada e por um Estado de cunho ditatorial é que o legislador pátrio trouxe à existência formal o atual Código de Processo Penal, o qual, durante décadas, vem regendo as relações processuais no tocante ao direito de liberdade.

Ao atravessar décadas, o Código de Processo Penal foi aos poucos tendo seu texto modificado, conforme novos debates surgiam no seio da sociedade brasileira, mas, sem dúvida, foi em 1988, com o advento da Constituição Federal, que houve a mais radical alteração de paradigmas, isto é, foi o texto constitucional que alçou à categoria de cláusulas pétreas inúmeras garantias processuais e deu à legislação processual penal novas diretrizes de cunho obrigatório.

No entanto, na última década, mostrou-se evidente a marcha do Estado brasileiro em direção às políticas públicas de combate à criminalidade baseadas em um sistema legal de recrudescimento do tratamento dado ao desviante, ou seja, àquele que se enquadra dentro do estereótipo do transgressor tradicionalmente combatido.

É patente que há um flerte com o chamado Estado Penal, ou seja, aquele em que a ordem é mantida a partir do combate à criminalidade com medidas duras e homogêneas, sem atentar para as motivações de tais ocorrências, bem como sem valorar os resultados práticos das medidas coercitivas

Nessa esteira, tornou-se extremamente comum a edição das leis que incriminam condutas, majoram penas e tornam o cumprimento de pena mais gravoso, tais como, por exemplo, as modificações ocorridas nos crimes contra os costumes na lei de crimes hediondos e na disciplina da prescrição penal.

Justamente em uma fase de incremento às políticas de combate à criminalidade, nos deparamos com a edição da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, editada com a preocupação de diminuir a quantidade de presos provisórios em nosso sistema carcerário, o que denota um posicionamento contrário à tendência do chamado Estado Penal.

Na verdade, a referida legislação veio trazer um tratamento condizente com os ditames da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual rompeu a tradição do processo penal inquisitorial e autoritário.

Em outras palavras, a alteração legislativa apenas veio adequar a legislação infraconstitucional ao que a Constituição da República já prescreveu desde 1988, em suma, veio apenas dizer o que já estava estabelecido há mais de vinte anos.

A Lei nº 12.403/2011 organizou em seu corpo normas que atendem aos ditames da Constituição, ou seja, apenas explicita aquilo que já se encontrava solenemente exposto na Carta Maior; agora não há desculpas ou margens para afastar aplicação das garantias constitucionais.

O nosso sistema legal penal hoje é encarcerador, ou seja, presume culpado o réu, aprisionando-o cautelarmente como mero meio de antecipar uma futura aplicação de pena, sem atentar para a necessidade real da medida cautelar. É, portanto, o retorno ao processo inquisitorial, disfarçadamente.

Na verdade, estamos voltando no tempo, e, disfarçadamente, repaginando a velha presunção de culpabilidade, e dando a ela vestimenta de legalidade, ao invés de mudarmos nossas mentalidades e ficarmos atentos para as políticas de dominação do poder econômico sobre as garantias individuais dos cidadãos.

A situação é tão alarmante que, segundo dados do Departamento Penitenciário Brasileiro, até dezembro de 2010, os presos provisórios correspondiam a 44% da massa carcerária, ou seja, nunca se prendeu tanto; eram 220.886 pessoas submetidas a prisão cautelar, ou melhor, nunca se conseguiu que tantos Juízes determinassem tantas prisões.

Ressalte-se ainda que o Estado Brasileiro mostrou-se incapaz de gerenciar o Sistema Penitenciário, ou quem sabe assim agiu propositalmen-

te, pois basta analisar as diversas Penitenciárias e unidades prisionais em nosso Estado para ver o total descompromisso com o preso. Em relação aos presos provisórios, a situação é mais alarmante, uma vez que as unidades prisionais destinadas a estes possuem instalações extremamente precárias, sem condições mínimas de salubridade e, portanto, de dignidade; em outras palavras, é o suplício travestido de pseudolegalidade.

Assim, atendendo a uma nova forma de encarar a realidade do sistema prisional, pensou-se e foram adotadas novas medidas substitutivas da prisão provisória, as chamadas medidas cautelares substitutivas ou alternativas, que, se bem aplicadas e bem sopesadas, formaram instrumento forte de legitimação do sistema penal como um todo, atendendo às garantias individuais. Por outro lado, se adotadas de forma aleatória, sem controle e avaliação de resultados, será algo retórico que ensejará a descredibilização do sistema neste sentido.

Daí necessário se faz readequar práticas, mudar posicionamentos e entender que o processo penal é mecanismo de garantia e não instrumento de repressão daqueles que ficam submetidos às suas regras, sendo fundamental o papel do magistrado nesse novo enfoque das relações processuais penais.

É cediço que o Juiz faz parte da sociedade, individualmente, onde estabelece relações sociais das mais variadas naturezas, sendo fruto de um determinado segmento socioeconômico, razão pela qual carrega uma gama de conceitos e símbolos provenientes de sua formação e características da sua própria posição social.

Contudo, deve esse magistrado, em especial, o criminal, se desvencilhar de muitos conceitos pré-moldados que irradiam do seu próprio contexto social e enxergar que não é encarcerando, ou utilizando a máxima do tolerância zero, que se atenderá aos anseios de uma sociedade livre.

Em outras palavras, não é reproduzindo padrões comportamentais nítidos daqueles que estão divorciados da efetiva realidade social que o Magistrado promoverá o Estado Democrático de Direito.

É muito comum hoje ouvir afirmações de regozijo por parte dos Juízes de que mantêm o réu preso por inúmeros meses, ainda que não condenado, bem como que aplicam penas altíssimas, que não concedem

benefícios e outras atitudes sempre gravosas contra o réu, como se estivessem defendendo a sociedade. Pior, ainda, com a edição da Lei 12.403/11, houve um levante considerável de vários magistrados, por não mais poderem prender, como se tal fosse um direito sagrado e o legislador estivesse usurpando ilegitimamente tal poder.

Não podemos deixar ainda de mencionar que a imprensa alimenta em muitos aspectos estas fantasias, fazendo suscitar no imaginário popular a ideia de que a lei trará desordem, com a soltura de hordas de bandidos que irão saquear os detentores dos bens econômicos, ou seja, trata-se de manipulação da opinião pública a partir de premissas falsas, adotadas a partir de um debate artificial.

Diante disso, quando ocorrem alterações legislativas, esses tipos de comportamentos ficam extremamente evidentes e denotam grande preocupação, pois não pode o magistrado ter posicionamento, como se fosse um particular. Na verdade, ele deve estar preparado para entender a real essência das modificações legais e assim prestar a jurisdição, iluminado pelos ditames constitucionais e não apenas atuar como se fosse o meio legal, um meio de vingança destinado a punir gravosamente o violador dos ditames da lei.

Por outro lado, não podemos deixar de atentar para o fato de que o direito não pode subsistir isoladamente das demais ciências sociais. Na verdade, deve haver forte integração entre todas as ciências, para que não tenhamos um modelo legislativo divorciado da própria realidade social, mas obviamente sem ceder a falsos conceitos e entendendo que toda legislação traz como fundo uma luta de interesses e de classes.

Então, não podemos atuar de forma tão ingênua, acreditando que ao penalizarmos “exemplarmente” determinado indivíduo, estaremos atendendo aos interesses da sociedade e assim fazendo a “justiça”. Com efeito, a discussão vai muito além disto, devendo retornar ao ponto de sua gênese e fluir pela estrutura social.

Assim, imaginar que a função do magistrado criminal está cingida à penalizar o réu é o total reducionismo do que se pretende em uma sociedade liberal e garantista das liberdades individuais e dos direitos civis.

É nessa mudança de paradigma que devemos repensar o posiciona-

mento do Juiz Criminal, para além do papel legal tradicionalmente previsto na legislação. Em outras palavras, devem ser lançados novos olhares para o magistrado que atua na área penal, entendendo que sua posição transcende o arquétipo traçado pela legislação infraconstitucional, ou seja, o Juiz que a sociedade moderna exige deve ser encarado como um personagem que tem poder para modificar e trazer novas orientações para a coletividade, não devendo ceder a pressões econômicas, mantendo atenção quanto às manobras mais perversas que desfocam o real debate a ser colocado em uma sociedade livre. Tenhamos Esperança!

*“Quando você for convidado pra subir no adro
Da Fundação Casa de Jorge Amado
Pra ver do alto a fila de soldados, quase todos pretos
Dando porrada na nuca de malandros pretos
De ladrões mulatos e outros quase brancos
Tratados como pretos
Só pra mostrar aos outros quase pretos
(E são quase todos pretos)
E aos quase brancos pobres como pretos
Como é que pretos, pobres e mulatos
E quase brancos quase pretos de tão pobres são tratados
E não importa se os olhos do mundo inteiro
Possam estar por um momento voltados para o largo
Onde os escravos eram castigados
E hoje um batuque um batuque
Com a pureza de meninos uniformizados de escola secundária
Em dia de parada
E a grandeza épica de um povo em formação
Nos atrai, nos deslumbra e estimula
Não importa nada:
Nem o traço do sobrado
Nem a lente do fantástico,
Nem o disco de Paul Simon*

*Ninguém, ninguém é cidadão
Se você for a festa do pelô, e se você não for
Pense no Haiti, reze pelo Haiti
O Haiti é aqui
O Haiti não é aqui
E na TV se você vir um deputado em pânico mal dissimulado
Diante de qualquer, mas qualquer mesmo, qualquer, qualquer
Plano de educação que pareça fácil
Que pareça fácil e rápido
E vá representar uma ameaça de democratização
Do ensino do primeiro grau
E se esse mesmo deputado defender a adoção da pena capital
E o venerável cardeal disser que vê tanto espírito no feto
E nenhum no marginal
E se, ao furar o sinal, o velho sinal vermelho habitual
Notar um homem mijando na esquina da rua sobre um saco
Brilhante de lixo do Leblon
E quando ouvir o silêncio sorridente de São Paulo
Diante da chacina
111 presos indefesos, mas presos são quase todos pretos
Ou quase pretos, ou quase brancos quase pretos de tão pobres
E pobres são como podres e todos sabem como se tratam os pretos
E quando você for dar uma volta no Caribe
E quando for trepar sem camisinha
E apresentar sua participação inteligente no bloqueio a Cuba
Pense no Haiti, reze pelo Haiti
O Haiti é aqui
O Haiti não é aqui”
(Canção: **Haiti** - Composição: Caetano Veloso/Gilberto Gil) ◆*