A ANTECIPAÇÃO DO PERDÃO JUDICIAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Márcia Jaqueline Oliveira Santana*

RESUMO: O artigo pretende abordar a possibilidade de concessão do perdão judicial previsto no art. 121, §5º do CP na fase de inquérito, sem a necessidade de oferecimento de denúncia e instrução judicial do feito. A autora do presente trabalho se deparou com um caso prático em que os elementos constantes da fase inquisitorial eram suficientes para indicar que o caso provavelmente resultaria em uma sentença que concede perdão judicial ao autor de homicídio culposo em relação ao filho e se deparou com a necessidade de questionamento acerca da necessidade de oferecimento de denúncia e tramitação de ação penal no caso concreto. Para solucionar a questão, tornou-se necessária a ponderação de princípios tais como o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e o princípio de humanidade com a consideração de que a submissão do autor do fato ao processo penal também pode causar lesões físico-psíquicas ao denunciado e até que ponto o processo penal seria garantia à parte ré, já que poderia ser absolvida ou imposição de sofrimento desnecessário. Tais indagações tornaram-se possíveis com a constitucionalização do direito penal e processual penal a fim de estes observem os limites impostos pela Constituição e promovam os fins ditados pela Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVES: Princípio. Obrigatoriedade. Ação penal pública. Humanidade. Perdão judicial. Homicídio culposo.

INTRODUÇÃO

Será tratado neste artigo um caso real de homicídio culposo e portanto, serão informados os dados básicos do caso concreto para auxiliar na utilização e na aplicação dos princípios atinentes a hipótese

* Membro do Ministério Público de Sergipe, mestranda em Constitucionalização do Direito na UFS, com especialização em Ciências Criminais pelo Instituto Excelência/Juspodivm e em Direito do Estado pela Faculdade Bahiana de Direito.

levantada para verificar a possibilidade de antecipação de perdão judicial sem o oferecimento da denúncia e tramitação da ação penal. Portanto, serão relatados alguns detalhes da situação real, preservando-se o sigilo das pessoas envolvidas.

O homicídio culposo decorreu supostamente de negligência, a criança de 18 meses provavelmente ingeriu substância que mata carrapatos, no momento da ingestão, esta estava em ambiente diverso da casa sem a vigilância direta de um adulto, quando engatinhou em direção ao adulto apresentou sintomas estranhos tais como espumamento pela boca e desmaio, além de odor forte nos dedos. Foi levada ao hospital local e regional, porém não sobreviveu. O envenenamento não ficou comprovado por perícia já que não houve laudo toxicológico nos autos e a causa da morte no laudo cadavérico foi insuficiência respiratória e o laudo do exame patológico indicou congestão vascular intensa e edema alveolar focal e difuso e enfisema pulmonar como causa mortis. A genitora confessou que deixou a criança desassistida e que esta provavelmente ingeriu o produto carrapaticida presente na cozinha da casa da avó materna. Registre-se que estas não residiam no endereço onde ocorreu o acidente e estavam ali em curta estadia.

Em análise superficial, o princípio da obrigatoriedade da ação penal e o bem jurídico vida protegido pela tipificação do homicídio culposo exigiriam a proposição de uma ação penal pública no caso citado, já que estavam presentes os indícios de autoria e materialidade do crime a não indicar quaisquer hipóteses de arquivamento do inquérito judicial por ausência dos elementos necessários a uma ação. O bem jurídico protegido vida afastaria a aplicação dos princípios da intervenção mínima e da adequação social já que não se discute que a vida deve ser resguardada pelo Direito Penal.

A leitura dos artigos 120 e 121, §5º do CP, por sua vez, sugerem a necessidade de sentença para aplicação do perdão judicial e razoável instrução do feito para não aplicação da pena nos casos em que as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Usualmente, a submissão do réu a um processo penal é visto como uma garantia processual de que este só será condenado caso as provas submetidas ao contraditório sejam suficientes e adequadas para um decreto condenatório, o que reafirma a regra da presunção de inocência.

No entanto, a constitucionalização do direito, fenômeno que reforçou a eficácia dos direitos fundamentais e a irradiação dos seus dispositivos a toda ordem jurídica, exige uma filtragem constitucional de todas as normas hierarquicamente inferiores à CF e a utilização de métodos mais abertos para o raciocínio jurídico, que podem conduzir a uma solução diferente da estatuída na lei.

Assim, por força da constitucionalização do direito é possível fazer uma releitura do princípio da obrigatoriedade da ação penal e verificar que neste caso há uma colisão com o princípio humanitário. Vislumbra-se também que responder a um processo penal pode ser causa de sofrimento e, portanto, o processo penal deve ser justificado. É preciso verificar se no caso concreto a antecipação do perdão judicial à fase inquisitorial traz benefícios à parte, já que poderia advir do processo penal a absolvição seja por ausência/insuficiência de provas e até que ponto é o perdão judicial antecipado mais benéfico, uma vez que não se pode interpretar de forma ampliada a norma penal para prejudicar o réu.

Para todas essas considerações, serão analisadas a constitucionalização do direito, a força normativa da Constituição, a ponderação de princípios e a irradiação das normas e valores constitucionais especialmente na seara penal e processual penal.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A constitucionalização do direito é um fenômeno que está ocorrendo no Brasil após a Constituição Federal de 1988, em que a Carta Magna é considerada documento normativo que funda a ordem jurídica e os direitos fundamentais nela consagrados devem ter eficácia, influência e efeitos em todo o ordenamento jurídico. Tanto as normas anteriores à Carta Magna devem ser com ela compatíveis, sob pena de reconhecimento de revogação, como as normas editadas posteriormente a CF devem se adequar aos seus preceitos sob pena de declaração de sua inconstitucionalidade. Assim, a força normativa da Constituição repercute em todos os Poderes Estatais que devem observar os limites impostos e devem promover os fins ditados pela Carta Magna.

Para Daniel Sarmento, essa mudança se relaciona a emergência de um novo paradigma na teoria e na prática dos tribunais que se designa neoconstitucionalismo, visto por aqui após a Constituição de 88 que

acarreta o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito, rejeição ao formalismo e recurso a estilos abertos de raciocínio jurídico como a ponderação tópica e teorias da argumentação, a irradiação das normas e valores constitucionais, especialmente os direitos fundamentais a todos os ramos do ordenamento, penetração da filosofia no debate jurídico e uma judicialização da política e das relações sociais (2016, p. 1).

Se a rejeição ao formalismo e ao apego a letra da lei aliado ao recurso a métodos e estilos mais abertos de raciocínio jurídico, tais como ponderação tópica e teorias da argumentação podem promover decisões mais justas a alguns casos em que a literalidade legal não permitiria, há que se reconhecer que há riscos tais como os perigos de uma jurisprudência calcada numa metodologia muito aberta, sobretudo no contexto brasileiro em que o jeitinho e o compadrio são marcas distintivas, aliado ao caráter elitista do Judiciário com juízes não eleitos e que não respondem diretamente ao povo (SARMENTO, 2016).

Daniel Sarmento argumenta que o eixo central do pensamento neoconstitucional é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico com articulação de complexas teorias da argumentação que demandam fundamentação de suas decisões, no entanto a prática judiciária brasileira não se porta desta maneira já que a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões (2016, p. 15).

A recepção parcial das teorias jurídicas pela prática judiciária brasileira também é notada por Virgílio Afonso da Silva quando este alerta a distorção de algumas ideias desenvolvidas por Robert Alexy já que este faz distinção entre princípios e regras, distinção que não é sempre compatível com as definições usuais desses conceitos na doutrina brasileira (SILVA, 2014, p. 29).

Para Robert Alexy há distinção entre princípios e regras, princípios são mandamentos de otimização que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas, então a realização dos princípios varia em grau e entre princípios haveria colisão e não conflitos, já regras devem ser realizadas sempre por completo e entre regras usualmente há conflitos, em que a validade de uma normalmente incorre na invalidade da outra (2015, p. 90-92).

Virgílio Afonso da Silva aponta que se utiliza a referida distinção de

Alexy e simultaneamente se faz a utilização do termo princípio no sentido tradicional de normas mais fundamentais do sistema, enquanto regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam caráter mais instrumental e menos fundamental (2003, p. 613).

Neste trabalho, se intentará seguir a distinção de Robert Alexy entre princípios e regras, assim como explicitar porque a obrigatoriedade da ação penal foi considerada como princípio e a sujeição desnecessária ao processo penal foi considerada ofensa ao princípio humanitário, uma vez que para este autor são as condições do caso concreto que tornam um princípio prevalente ao outro e que modificadas as condições a precedência de um princípio sobre o outro pode ser modificada (2015, p. 94).

Desta forma, inicialmente se discorrerá como e porque os princípios aplicáveis ao caso foram escolhidos e porque foram aqui considerados como princípios e não regras. Adiante, se fará a ponderação dos princípios escolhidos em conformidade com as condições apresentadas no caso concreto exposto na introdução do trabalho, assim como suas possíveis repercussões.

3 DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Foi considerada a obrigatoriedade da ação penal como princípio, uma vez que não consta de qualquer regra expressa, é uma construção doutrinária, princípio que inspira algumas regras jurídicas tais como o art. 129, I da CF, que coloca como função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei e os artigos 24, 28, 29, 42, 47, 257 e 576 do CPP que sugerem uma obrigatoriedade de promoção da ação penal pelo órgão acusador.

De forma geral, a doutrina jurídica brasileira, tais como Afrânio Silva Jardim, Hélio Tornaghi e Mirabete, de maneira formalista e acrítica, atribui ao princípio da obrigatoriedade da ação penal sentido absolutamente inflexível, concebendo o Ministério Público como um autômato formalizador de denúncias. José Frederico Marques admite a regra da oportunidade da ação penal pública quando o promotor decide pelo arquivamento (GAZOTO, 2003, p. 90-92).

Para Afrânio Silva Jardim esse dever legal de o Ministério Público propor ação penal condenatória é uma decorrência do princípio da

legalidade que informa a atuação de todos os órgãos públicos do Estado de Direito (1998, p. 48).

Para Luís Wanderley Gazoto, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público e não do princípio da legalidade, porque o princípio da legalidade não significa que o agente público só possa fazer o que está expressamente previsto em lei e significa que o cidadão não poder ser molestado pelos agentes públicos em sua individualidade sem que tal atividade tenha fundamento legal (2003, p. 103-104).

Considera-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública se enquadra na definição de Alexy, uma vez que se apresenta como mandado de otimização, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal se adequa perfeitamente ao conceito exposto, uma vez que em diversas situações este não se aplica inteiramente cedendo espaço a outros princípios, quando é o caso de arquivamento de inquérito, por não haver justa causa para ação penal (art. 18 do CPP) e quando se oferece transação penal e não é iniciada a ação penal pública (art. 76 da Lei nº 9.099/95).

Neste ponto, se discorda do que afirmado por Afrânio Silva Jardim de que o princípio da obrigatoriedade não admite aplicação parcial sob pena de se desconfigurar e o art.76 da Lei nº 9099/95 não teria mitigado o princípio da obrigatoriedade, porque só surgiria o dever de propor ação penal pública quando preenchido os pressupostos legais da ação (JARDIM, 1998, p. 53), uma vez que partindo da definição de princípio de Alexy é perfeitamente possível a aplicação de princípio em graus variados de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso, sem que essa diminuição de aplicação de determinado princípio configure desfiguração do princípio, já que este não é regra, que se aplica na base do tudo ou nada (ALEXY, 2015, p. 90-91).

O princípio da legalidade ou obrigatoriedade, também chamado de princípio da necessidade, ditaria ao Ministério Público que este não tem um juízo discricionário ou valorativo, quando se trata de promover ação penal pública. Presentes os pressupostos, ou seja, havendo elementos que demonstrem existência do crime, indícios suficientes de autoria, o promotor deve agir oferecendo a denúncia, a sua omissão pode ser

considerada crime de prevaricação (FELÍCIO, 2013, p. 52).

No Brasil, a rigidez da obrigatoriedade da ação penal pública é absoluta, não se defende posição especificamente contrária, como se o promotor pudesse gozar de disponibilidade da ação penal pública, mas de que o exercício da ação deve ser submetido ao crivo constitucional do princípio da eficiência das instituições públicas e dos instrumentos que estas instituições dispõem para atingir seus maiores interesses. Assim, se algum fato revelar que o oferecimento da denúncia não é conveniente para o bem público, o órgão acusador não deve propor a ação penal (GAZOTO, 2003, p. 93).

Para Carlos Eduardo Felício, ao promover a ação penal não se garante o direito do ofendido, mas da coletividade. A necessidade do processo penal deriva do caráter público, impessoal e do interesse indisponível tutelado (2013, p. 24-25).

Considera-se que a obrigatoriedade da ação penal se vincula ao princípio da legalidade, mas é um mandado de otimização, não sendo uma regra, que se aplica na base do tudo ou nada, em algumas situações descritas em lei ou que outros princípios exijam precedência, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública deve ceder. Considerar que sua aplicação decorre da indisponibilidade do interesse público, não parece razoável, pois pode haver interesse público na não propositura da ação penal, como a precedência do princípio humanitário, por exemplo, razão pela qual, supor que decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público é posição que enrijece mais o princípio do que o adequa a constitucionalização do direito.

É possível também, seguindo as lições de Luigi Ferrajoli, considerar que a existência de uma causa de extinção de punibilidade (o perdão judicial consta no rol de causas de extinção de punibilidade - art. 107, IX do CP), é condição de não proceder, como se sua existência paralisasse o exercício da ação penal, impedindo o seu início ou persecução, ocorrendo a mesma situação que decorre da ausência de representação na ação penal pública condicionada, onde não existiria por completo o dever de agir, não incidindo assim o princípio da obrigatoriedade da ação penal ao caso (2002, p. 460).

No entanto, no caso concreto exposto na introdução, tal solução pode incorrer em uma proteção deficiente do bem jurídico vida, algo que não se coaduna com um ordenamento constitucional que deve proteger

intensamente o bem jurídico mais relevante.

Da mesma forma, não se pode falar que atenderia a eficiência das instituições públicas para atingir seus maiores interesses, não propor a ação penal pública no presente caso ou que não seria conveniente para o bem público.

Assim, considera-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal persiste, que decorre do princípio da legalidade, mas é um mandado de otimização que colidindo com outros princípios mais relevantes pode ceder, especialmente se confrontado com princípios que sejam diretamente relacionados a direitos fundamentais, porque estes são os valores centrais da atual ordem constitucional.

4 DO PRINCÍPIO HUMANITÁRIO

O princípio humanitário foi considerado como princípio, uma vez que não consta de qualquer regra expressa, é uma construção doutrinária, princípio que inspira algumas regras jurídicas tais como o art. 5º, III da CF, que veda a submissão de alguém a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, assim como art. 5º, XLVII da CF, que veda pena de morte salvo em caso de guerra declarada e penas cruéis, de trabalho forçado, de caráter perpétuo ou de banimento ou cruéis.

Relaciona-se de certa forma com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas é aqui considerado mandamento de otimização uma vez que a pena privativa de liberdade permitida no nosso ordenamento jurídico causa dano e dor a pessoa presa e a seus familiares, especialmente considerando a realidade do nosso sistema carcerário de superlotação, ainda assim é considerada punição constitucionalmente válida e fundada na Constituição no seu artigo 5º, XLVI, alínea "a", XLVIII, XLIX e L da CF.

A crueldade das penas não pertence de forma exclusiva ao passado, a pena de morte ainda está presente em quase todo o mundo, atualmente em 129 países e em 18 países apenas em tempos de guerra, inclusive o Brasil (FERRAJOLI, 2002, p. 311).

O princípio da humanidade postula na pena uma racionalidade e uma proporcionalidade vinculada ao processo histórico de que se originaram os princípios da legalidade, intervenção mínima e lesividade. O princípio humanitário intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena, a racionalidade implica que ela tem compatibilidade com o humano e

com suas cambiantes aspirações (BATISTA, 2007, p. 98-100).

Para Luigi Ferrajoli, a formalização legal da pena constitui pressuposto essencial também para sua minimização conforme o critério humanista e utilitário que transformaria nula a pena imposta sem necessidade. Toda pena qualitativa e quantitativamente supérflua porque maior do que o suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu pode ser considerada lesiva a dignidade da pessoa humana. Esta medida é o limite máximo que não deve ser superado sob pena de reduzir o réu à condição de coisa e sacrificado em prol de finalidades alheias (2002, p. 317-319).

Pode-se dizer que a Carta Magna faz em seu bojo a ponderação de princípios e dispõe que haverá pena privativa de liberdade, mas o réu será processado e sentenciado pela autoridade competente e só será privado da liberdade com o devido processo legal com direito a contraditório e ampla defesa, inadmitindo prova obtida por meio ilícito e apenas considerando o sujeito culpado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º XLVI, alínea "a", LIII a LVII da CF).

Desta forma, verifica-se que o princípio humanitário é um mandado de otimização, que pode ser aplicado em graus variáveis a depender das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto e colidindo com outro princípio poderá ter uma aplicação moderada por exemplo, uma vez que não se descura que a pena privativa de liberdade causa dor e sofrimento, mas o princípio humanitário ainda se aplica a este sujeito impedindo que seja tratado de forma cruel, que seja condenado a trabalhos forçados ou que seja condenado a pena perpétua.

4.1 SUJEIÇÃO AO PROCESSO PENAL COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO HUMANITÁRIO

A sujeição de alguém a um processo penal não pode ser, por si só, considerada como violação ao princípio humanitário, conforme descrito no art. 5º, inciso LIV da CF, o devido processo legal é uma garantia de que ninguém vai ser privado da liberdade ou de seus bens de modo inadequado, é um momento em que o direito de punir do Estado tem precedência ao direito de liberdade do indivíduo.

O direito ao contraditório, a ampla defesa e vedação de utilização de provas ilícitas também se tratam de garantias ínsitas ao devido

processo legal, que determina que a sujeição de alguém ao processo foi recepcionado como garantia, assim como o monopólio da acusação pelo Estado, também se reveste de garantia, em que se afastaria a vingança privada.

A regra da submissão a jurisdição que exige que não haja culpa sem juízo e que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação, postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação, representa o fruto de uma opção garantista a favor da imunidade dos inocentes ao custo da impunidade de alguns culpados (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Para Carlos Eduardo Felício, no processo penal prepondera a característica de autolimitação do Estado do que de instrumento de persecução criminal, a finalidade não é a efetividade do Direito Penal e sim estabelecer garantias ao cidadão frente ao arbítrio do Poder Público já que dispõe de regras procedimentais. Assim, o fundamento do processo penal seria o resguardo da liberdade do réu (2013, p. 4-5).

No entanto, sabe-se que aquele que é submetido a processo e julgamento não se sente assim tão confortável por fazer parte daquela situação jurídica, sentimentos como vergonha, ansiedade, receio do julgamento e dificuldade de entender a linguagem formal dos operadores do direito acometem a maioria das pessoas que se encontram nesta sujeição processual.

A legitimidade da função judiciária residente nos vínculos legais impostos pela lei em garantia de seu caráter cognitivo e em tutela dos direitos dos cidadãos é sempre parcial e imperfeita. Mesmo no melhor dos sistemas, é não somente cognitiva, mas potestativa, em alguma medida, por causa da discricionariedade que sempre intervém na interpretação da lei, na valoração das provas, na conotação do fato e na determinação da extensão da pena. Ao juiz e ao titular da acusação, a lei confere espaços mais ou menos amplos de poder de disposição. Para o promotor, o momento mais potestativo de toda atividade processual é a iniciativa penal (FERRAJOLI, 2002, p. 439).

Howard Zehr relata que ao longo do processo criminal as lesões e necessidades da vítima e do ofensor são negligenciadas e podem até ser agravadas, porque dentro do processo o fenômeno do crime é maior do que a vida (2014, p.61).

É difícil ver na prática processual, réus se sentindo garantidos por

responderem a um processo penal com contraditório e ampla defesa, os sentimentos mais comuns são apreensão, receio, medo, ansiedade, vergonha e desconfiança, que podem se prologar no tempo, porque não há prazo mínimo ou máximo para a finalização de um processo penal, o que de certa forma, prolonga essa situação que causa dor e sofrimento moral.

Culpa e punição são os fundamentos do sistema judicial, as pessoas devem sofrer por causa do sofrimento que provocaram, somente pela dor as contas terão sido acertadas e ironicamente, esse foco em inflingir dor pode interferir com o foco de estabelecimento de culpa, uma vez que a ameaça da punição faz com que os ofensores relutem em admitir a verdade (ZEHR. 2014, p. 72-73).

Devem-se adicionar as penas legais assinaladas nas estatísticas oficiais a cifra negra das humilhações e violências, extralegais e extrajurídicas que acompanham a execução penal, o exercício das funções policiais e judiciais em todo o mundo (FERRAJOLI, 2002, p. 311).

A atividade jurisdicional é não garantista porque não legitimada democraticamente e quanto a carência dessa legitimação, podem ser concebidos alguns corretivos como referência aos valores constitucionais, do princípio de liberdade ao princípio da proteção dos sujeitos mais fracos, a presunção de inocência, a exposição de todas as atividades jurisdicionais ao controle público mediante a máxima publicidade e constante exercício, em sede científica e política, da crítica às desviações judiciárias (FERRAJOLI, 2002, p. 440).

Não obstante, todas as garantias legais e processuais estabelecidas em lei, o cidadão comum tem medo e desconfiança do que pode lhe advir ao enfrentar um processo penal. O receio de uma injustiça ou de uma punição exagerada, a ignorância dos ritos e da linguagem utilizada, a própria falta de noção de que a conduta realizada constitui crime em um ordenamento inflacionado de condutas tachadas como criminosas não é incomum, o que leva a um sentimento que nem sempre revela o disposto na legislação, do processo como uma garantia da liberdade do réu.

No caso concreto, exposto na introdução, o responsável pelo ato já havia admitido a culpa pelo episódio que resultou na morte de seu filho, em sede policial. Estava assentado no inquérito que a ingestão de carrapaticida pela criança ocorreu em ambiente doméstico diferente daquele em que viviam mãe e filho, razão pela qual se visualiza a

dificuldade de terem sido tomadas todas as precauções devidas a fim de evitar a ingestão da substância pela criança, retirando-o produto da sua zona de alcance, por exemplo.

Houve negligência em deixar uma criança desassistida, no entanto, isso não indica uma personalidade negligente e sim um episódio de negligência.

Desta forma, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, é possível verificar que a sujeição do autor do homicídio culposo a um processo judicial em que as circunstâncias do fato o atingiram tão gravemente a ponto de tornar inexigível a sanção penal, estando presentes todos os elementos indicativos de ser hipótese de perdão judicial, importa em infligir mais dor ao ofensor por meio da submissão ao processo.

Logo, vislumbra-se que o princípio humanitário permite que seja ampliado o sentido do art. 129, §5º do CP, a fim de verificar que não só a sanção penal tornou-se inexigível em virtude das consequências do fato atingirem tão gravemente o ofensor, como o próprio processo penal também não se justifica no caso concreto.

Assim, há violação do princípio humanitário ao submeter o autor de homicídio culposo em que as consequências do fato o atingiram tão gravemente a um processo penal, porque não se pode descurar de que o processo penal é garantia, mas também é procedimento que causa dor e portanto, deve ser justificado e necessário.

4.2 ANTECIPAÇÃO DO PERDÃO JUDICIAL NA FASE INQUISITORIAL OU POSSIBILIDADE DE RESULTADO ABSOLVIÇÃO AO FIM DO PROCESSO PENAL – O QUE É MAIS BENÉFICO AO INDICIADO/RÉU?

Há de se considerar a hipótese de que a antecipação do perdão judicial para a fase do inquérito induz ao reconhecimento de culpa sem a submissão do réu ao processo judicial e suas garantias correlatas. Pode-se vislumbrar a hipótese de que o resultado final do processo incorra em absolvição e não em perdão judicial, desta forma há a possibilidade, mesmo que ínfima, de absolvição ao final do processo e talvez isso seja mais benéfico ao réu do que submetê-lo a um perdão judicial antecipado, essa chance poderia levar a intenção de se submeter ao processo e correr o risco de obter perdão judicial, absolvição ou condenação.

Essa hipótese não é completamente irrazoável já que muitos veem o processo penal como uma garantia da liberdade do réu, procedimento que foi estabelecido para que este tenha direito a ampla defesa, contraditório, assistência de advogado e oportunidade de fazer sua defesa pessoal.

Para Afrânio Silva Jardim a estrutura acusatória do processo penal, a exigência de contraditório e a busca pela verdade real são alguns postulados básicos do Estado de Direito, em que o direito de punir é exercido de forma a resguardar a liberdade pessoal (1998, p. 17).

No caso concreto exposto na introdução, a prova principal decorreu da confissão do autor corroborado com o de duas testemunhas, a prova técnica era insuficiente para um veredicto condenatório, no entanto, somente a negativa do autor em juízo não ilidiria sua responsabilização pela fato, já que havia duas testemunhas. Dividiremos os riscos dos resultados em baixo, moderado e alto. Consideramos assim que havia um risco baixo de absolvição, assim como um risco baixo de condenação e um risco alto de perdão judicial.

A Súmula 18 do STJ estabeleceu que a sentença que concede o perdão judicial é declaratória de extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório. Com a aplicação dessa súmula, não há que se falar em quaisquer efeitos condenatórios a serem imputados àquele a quem foi concedido o perdão judicial, não gera reincidência e não conta como antecedentes.

Com a reforma penal de 1984, a inclusão do perdão judicial no rol das causas de extinção de punibilidade no art. 107, IX do CP, teve a intenção de retirar quaisquer efeitos condenatórios, tendo retirado explicitamente o efeito da reincidência no art. 120 do CP. O item 98 da exposição de motivos relata decisões contraditórias em nossos tribunais e a intenção de afastar dúvidas com essa estipulação no art. 107, IX do CP[1].

A ausência de quaisquer dos efeitos condenatórios e a equiparação do perdão judicial às hipóteses de extinção de punibilidade, que extinguem o direito de punir do Estado, é hipótese benéfica e que presente no caso concreto deve ser aplicada, não necessitando a sujeição ao processo judicial. Desta forma, considerando que o perdão judicial não traz nenhum efeito condenatório e implica em extinção do direito de punir do Estado, é hipótese tão benéfica quanto à absolvição, já que não há efeitos condenatórios, não justificando a submissão do réu ao processo, especialmente ao se considerar uma possibilidade baixa de absolvição.

5 PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Atendendo às lições de Robert Alexy, no caso concreto exposto na introdução, entram em rota de colisão dois princípios, o princípio da obrigatoriedade da ação penal e o princípio humanitário. Intentará se fazer a medição do grau de não satisfação ou de interferência em um princípio e se a importância de se satisfazer o último princípio justifica a interferência ou não satisfação do primeiro. Será considerado em graus como leve, moderado e sério (2013, p. 297).

Caso oferecida a denúncia, o princípio humanitário sofreria interferência em grau moderado, não seria integralmente afastado ou seriamente atingido porque provavelmente não seria o réu submetido a uma condenação ou aplicação de pena, mas teria contra si uma ação penal, obrigação/direito de nomear um advogado e arcar com estes custos, poderia comparecer aos atos do processo e ao interrogatório, vivenciaria mais uma vez o ocorrido com o seu filho e teria que relatar o ocorrido para mais pessoas ou ficaria em silêncio ao ser questionado sobre o que ocorreu, haveria alegações finais e uma sentença e o tempo do processo não pode ser facilmente estimado, já que se trata de réu solto, sem qualquer motivo para andamento prioritário. Tal situação de submissão ao processo judicial poderia se estender por alguns anos.

Ao propor a ação penal, já que havia elementos suficientes de materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, o princípio da obrigatoriedade da ação penal seria integralmente aplicado, atingindo um grau de satisfação sério, não há que se falar em não-satisfação ou de interferência nesse princípio, nesta hipótese. Esse princípio seria satisfeito interferindo na satisfação do primeiro princípio de forma moderada.

A regra da não derrogação da jurisdição mesmo acompanhado do princípio da obrigatoriedade da ação penal não significa que nenhum crime deva ficar sem julgamento e pena. A ideia de uma perfeição e completude da intervenção judicial é antes a primeira ilusão a ser afastada (FERRAJOLI, 2002, p. 450).

A solução de oferecimento da denúncia e interferência moderada no princípio humanitário não parece se coadunar com a constitucionalização do direito, em que os valores constitucionais, especialmente os direitos fundamentais devem se irradiar a todos os ramos do ordenamento. Quando se coloca a dignidade da pessoa humana, como valor central do sistema e princípio que não admite ponderação, pois tem precedência

a qualquer outro princípio, a ideia é a valorização do ser humano e dos seus direitos fundamentais como finalidade a ser perseguida pelo Estado de Direito.

A importância de se dar precedência ao princípio da obrigatoriedade da ação penal em detrimento do princípio humanitário, no caso concreto, não parece solução apta a justificar o resultado, não há presunção de um interesse coletivo na sujeição do réu a um processo judicial na hipótese apresentada.

Não se descura aqui que o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido mal empregado e usado para embasar todo e qualquer tipo de decisão. Por esta observação e por considerar que é princípio que não admite ponderação, não se emprega neste caso concreto, até porque não se pode considerar como ofensa ao princípio da dignidade humana a submissão de alguém ao processo para fins de concessão do perdão judicial.

Considerar-se possível o arquivamento do inquérito policial com fundamento na antecipação do perdão judicial com bases no princípio da dignidade da pessoa humana, celeridade processual e economia processual (ROCHA, 2016, p. 10) também não parece a solução adequada, porque não se aplica ao caso o princípio da dignidade da pessoa humana como já explicitado e não deve ser a economia ou celeridade processual razões sensatas para adotar referida solução, uma vez que deve ter precedência os direitos fundamentais do acusado ao invés da celeridade e/ou economia processual.

Assim, ao não propor ação penal pública e opinar pela antecipação do perdão judicial para a fase do inquérito, o grau de não satisfação do princípio da obrigatoriedade da ação penal é sério. Sério porque como não é proposta a ação penal pública, a principal razão de ser do princípio é em si ofendida. No entanto, como mandado de otimização, em diversas possibilidades fáticas e jurídicas, este princípio é aplicado de forma reduzida, quando se opina pelo arquivamento por não presentes os pressupostos da ação penal (art. 18 do CPP) e quando se oferece a transação penal, esta é aceita e não se propõe ação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95). Logo o grau de interferência séria no princípio da obrigatoriedade não é situação extraordinária convivendo pacificamente no ordenamento jurídico.

Não se descura que muitos autores não consideram tais situações como aplicação reduzida do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Afrânio Silva Jardim aduz que o arquivamento do inquérito se impõe por faltar condição para o regular exercício da ação e assim não há obrigatoriedade do Ministério Público propor ação penal, uma vez que não surgiu o dever de agir (1998, p. 54). A transação penal não excepciona o princípio da obrigatoriedade da ação penal que permanece íntegro em nosso ordenamento (FELÍCIO, 2013, p. 88).

Adotando o conceito de Robert Alexy, verifica-se que é possível aplicação de princípios em graus variados e não se desnatura o princípio, quando pelas possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto a aplicação de outro princípio que entra em rota de colisão com aquele, deve ter precedência.

Assim, ao não propor ação penal pública e opinar pela concessão do perdão judicial na fase do inquérito, por considerar que com aquele autor de homicídio culposo as consequências do delito o atingiram de forma tão grave que a sanção penal e o próprio processo penal se tornou desnecessário, há aplicação alta do princípio humanitário e um grau de interferência séria no princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Essa interferência séria no princípio da obrigatoriedade da ação penal se justifica a fim de dar prevalência ao princípio humanitário, uma vez que o processo penal tem características que sujeitam o denunciado à dor, ao sofrimento, a angústia e ao receio do que pode lhe advir como resultado final, sofrimento que pode se prolongar no tempo, o que torna este sofrimento ainda mais gravoso.

O delito em si cometido, homicídio culposo por negligência do filho de 2 anos já causa dor, sofrimento, perda, saudade e sentimento de culpa, suficientemente demasiados a ser enfrentado por qualquer ser humano, não se justificando um processo penal que lhe cause ainda mais sofrimento apenas para não afastar o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Apresenta-se assim como solução adequada constitucionalmente ao caso, a não proposição da ação penal, a concessão antecipada do perdão judicial e a não sujeição do réu ao processo judicial a fim de dar precedência ao princípio humanitário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No caso concreto, o parecer ministerial foi acolhido pelo juiz competente para o feito, este considerou não haver sentido prolongar

a dor do réu com a tramitação da ação penal para fins de se conceder o perdão judicial apenas na sentença e que a dupla punição seria injustificável e assim concedeu antecipadamente o perdão judicial com arquivamento dos autos conforme art. 121, §§ 3º e 5º e art. 107, IX do CP c/c Súmula 18 do STJ.

Também já foi acolhida esta possibilidade em julgamento originário do 2º grau da jurisdição no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No voto vencedor, o relator argumenta que há discricionariedade do Ministério Público na sua atuação a fim de evitar que a obrigatoriedade da ação penal cause mais dano do que vantagem ao interesse público e o perdão judicial não é faculdade do juiz e sim direito público subjetivo do réu e assim, haveria ausência de utilidade na atividade persecutória do Estado o que demandaria o reconhecimento antecipado do perdão judicial (TJ-SC - INQ: 45531 SC 2007.004553-1, Relator: Carstens Köhler, Data de Julgamento: 03/04/2007, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Inquérito n. 2007.004553-1, de Pinhalzinho.)

Percebe-se também que a inclusão do perdão judicial decorre de uma ponderação de bens, de um lado a proibição de proteção deficiente do bem jurídico vida, a impedir um arquivamento sumário, de outro lado a proibição do excesso que seria aplicação de pena a alguém que já sofre gravemente das consequências do seu ato. No entanto, não pode o Direito se descurar da realidade e colocar a submissão do réu ao processo penal com a faceta única de garantia. O processo penal também causa sofrimento, angústia, dor, danos morais e materiais, devendo sua imposição ser também justificada, assim como a pena, o processo penal também deve ser necessário.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal sofre uma releitura necessária, há quem inclusive o coloque como princípio da discricionariedade regrada ou princípio da oportunidade. O receio dessa abertura é sem dúvida, a prevalência da máxima popular, aos amigos, tudo e aos inimigos a lei. O arquivamento do inquérito e a concessão da antecipação do perdão judicial devem ser assim devidamente fundamentados para evitar arbitrariedades.

É completamente absurda a figura de um acusador público não sujeito à lei e dotado do poder de escolher arbitrariamente quais violações penais são merecedoras de persecução ou ainda de predeterminar a medida da pena pactuando com o imputado. O caráter público da acusação importa sua obrigatoriedade pelos órgãos públicos competentes, que não deve ser

entendida como um irrealizável dever de proceder em todo e qualquer crime leve ou oculto (FERRAJOLI, 2002, p. 456-457).

O mais importante é desvelar que o processo penal também causa sofrimentos à parte e que portanto, deve ser proposta a ação penal pública quando preenchidos os elementos necessários e quando esta for necessária. Não se justifica a proposição obrigatória da ação penal com a consideração de que o interesse público exige o oferecimento da denúncia e a sujeição a jurisdição é garantia a liberdade do réu. Tal ideia não se coaduna com a realidade da prática judiciária em que vítimas e ofensores são negligenciados e não se sentem confortáveis ou atendidos com os papéis exercidos na seara processual.

Portanto, no caso exposto na introdução, a precedência do princípio humanitário e a interferência séria no princípio da obrigatoriedade da ação penal se justificam, uma vez que as possibilidades jurídicas e fáticas da hipótese demonstravam a inutilidade de causar mais sofrimento àquele cuja solução antecipada do caso o beneficiaria duplamente, com a não submissão a um processo e com o perdão judicial isento de quaisquer efeitos condenatórios.

THE ANTICIPATION OF JUDICIAL FORGIVENESS

ABSTRACT: This article reviews the possibility to concede judicial forgiveness before the judicial proceedings. Judicial forgiveness can be conceded in case of unintentional homicide when the crime consequences to the agent is so distressing that the judge refrains from inflicting a penalty of additional yet unnecessary punishment. This question came in an actual case in which the police investigation foresaw that it was a case for forgiveness rather than punishment, but the penal law requires judicial proceedings and a sentence. It was necessary to use a Constitutional approach to rise above the strict criminal approach on the basis that it was unconstitutional to inflict unnecessary harm on a citizen. It was necessary to analyze the apparent conflict between the principle that requires the prosecution to accuse whoever commits a crime and the humanitarian principle that prevents additional and unnecessary suffering in the judicial proceedings. The judicial proceedings was also considered as something that can do psychological harm to people and should be avoided in certain circumstances. These considerations can

only be viable through the Constitution's influence on the penal process of law that guides its goals and defines its parameters.

KEYWORDS: Principle. Mandatory accusation. Humanitarian. Judicial forgiveness. Unintentional homicide.

Nota

1 Disponível em: <http://www.olibat.com.br/documentos/L7209_84.PDF>. Acesso em 13 nov. 2016.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. Tradução da versão inglesa de Julian Rivers: Thomas de Rosa de Bustamante. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito***:** Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-304

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro.* 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública***:** princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FELICIO, Carlos Eduardo. *Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública*. [S.l] Clube dos Autores, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública:* uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri: Manole, 2003

ROCHA, Alan Pierre Rocha. *O reconhecimento antecipado do perdão judicial como fundamento para o arquivamento do inquérito policial*. Disponível na Internet: <http://biblioteca.mppa.mp.br/phl82/capas/Min15.pdf>Acesso em 10 nov. 2016

SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades***.** Disponível na Internet: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>Acesso em 11 nov. 2016

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito***:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2014.