

Revista 34 - setembro/dezembro 1998

DOCTRINA

ESTRUTURA DA SENTENÇA PENAL

PETRUCIO FERREIRA

Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Sentença como ato de juízo

Como afirma Francisco Carnelutti, se se pergunta onde desembocará o processo, como resposta mais elementar, na experiência do próprio processo, ter-se-á que o mesmo, naturalmente, direciona-se a um ato de juízo, no preciso momento que o juiz declarará seu pensamento sobre a razão ou “sem razão” de cada uma das partes, pois, como sintetiza aquele autor, de um modo conclusivo, pode-se afirmar que o resultado da jurisdição se concretiza justamente na *dictio*, em um dizer, no momento, pois, em que se tem um juízo do juiz.¹¹ Francesco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal, tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo, Union Tipografica Editorial Hispano Americana (Uteha), Argentina, 1944.

“Si el lector se pregunta en qué desemboca el proceso jurisdiccional, hallará en la más elemental experiencia la manera de responder, diciendo que termina con un juicio; alguien, precisamente el juez, declara su pensamiento acerca de la razón o de la sinrazón de cada parte. En su modo más sencillo, el resultado de la jurisdicción se concreta justamente en un dictio, o sea en un decir: se declara un juicio del juez”

1

Aliás, é como ainda doutrina o mesmo Carnelutti, quando, estudando os conceitos de processo e juízo e reportando-se ao que chama de “antiga fórmula de Japiot”, segundo a qual o processo não é mais que a *mise en oeuvre du droit* (a realização do próprio Direito), observa que, inobstante tal fórmula já não satisfazer, expressa a mesma uma verdade digna de meditação, no quanto bastaria substituir *procédure* por *jugement* para tal fórmula adquirir um sabor que não deixaria ninguém indiferente. É que, para aquele autor, o que a fórmula do *Prozessrecht* subtrai aos nossos olhos é exatamente esta verdade, no caso que a seqüência dos atos disciplinada pelo direito de modo a *mettre en oeuvre le droit*, é, na essência, o juízo, na medida em que se sabe, entre outras coisas, que ao direito da parte de ser julgada corresponde o dever do juiz de julgar.²² Francesco Carnelutti, Cuestiones sobre el Proceso penal, tradução de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 196, “insuficiencia de la formula del proceso”

“La antigua fórmula de JAPIOT, según la cual el proceso no es más que la *mise en oeuvre du droit*, si por una parte no puede ya servirnos, expresa por otra una verdad digna de meditación. Bastaría sustituir *procédure* por *jugement*, para que adquiriera un sabor que no debiera dejar indiferente a nadie. En cambio, lo que la fórmula del *Prozessrecht* oculta a nuestros ojos es propiamente esta verdad: la secuela de actos regulada por el derecho a fin de *mettre en oeuvre le droit*, es esencialmente juicio. Después de haver hablado tanto de proceso, hay que hablar de juicio para comprender qué es, no tanto el proceso, cuanto el derecho. Hemos estudiado con gran delicadeza las relaciones jurídicas que

median entre los diversos sujetos del proceso, y particularmente entre las partes y el juez; y luego los actos que en el desenvolvimiento de tales relaciones se cumplen. Sabemos, entre otras cosas, que la parte tiene derecho a ser juzgada, y que el juez tiene obligación de juzgar; pero nuestras ideas son mucho menos claras en cuanto a qué es juzgar.

2

Por seu turno, Caetano Foschini observa que há a distinguir, ontológica e cronologicamente, a fase da sentença, propriamente dita, da fase das decisões, no quanto a fase da sentença compreende, nas lições daquele processualista, não só a construção e edição da própria sentença como ato de juízo do juiz, mas e principalmente, encerra o pertinente ato de documentação, e mais, de comunicação do que, como dever ou deveres, dirá respeito às partes, deveres que nascidos do valor e da eficácia da sentença, a ela se encontram estreitamente ligados, condicionando-a. Enquanto naquela fase, de decisões, os atos se revestem de caráter imperativo, na fase propriamente da sentença, vem à luz a solução do processo e, em termos de lógica jurídica da questão, forma-se o juízo, que, na verdade, é a própria *res judicanda* que se torna *res judicata*.³³ Caetano Foschini, Sistema del Diritto Processuale Penale, vol. II, seconda edizione, Milano, Giuffrè Editore, 1968

“La <<fase>> della sentenza ontologicamente ed anche cronologicamente distinta della precedente <<fase della decisione>> comprende non semplicemente la formazione e la emissione nella sentenza intesa come atto-giudizio del giudice ma anche il relativo atto di documentazione, e ancora gli atti di comunicazione agli uffici delle parti e quelli infine degli uffici delle parti que, essendo determinativi del valore e dell’efficacia della sentenza stessa, a questa sono strettamente connessi, condizionandola. (la distinzione e la funzione della <<fase della sentenza>> si colgono proprio nella sua contra posizione alla precedente <<fase della decisione>>. Questa ultima indica e tendenzialmente impone la <<scelta>> che, effettuata da giudice, viene enunciata e indicata alle parti con carattere imperativo; la fase della sentenza, invece, rappresenta la risoluzione in termini di logica giuridica della quaestio; essa no è scelta come la decisione, ma è giudizio cosichè è la stessa *res judicanda* che si fa *res judicata*)”.

3

Eduardo Espínola Filho⁴⁴ Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, sexta edição, Editor Borsoi, Rio de Janeiro

4, sobre a matéria, registra que, enquanto órgão incumbido de prover a regularidade da marcha do processo e levá-lo até o final, com a solução que também lhe compete dar, fazendo a subsunção da espécie de fato à norma jurídica que a disciplina, o juiz toma deliberações e objetiva determinações relativas à ação penal, afeta à sua jurisdição e à sua competência. Observa, igualmente, que as deliberações tomadas no curso do processo pelo juiz assumem roupagens de decisões de natureza assaz variada, pois muitas delas atinem ao próprio andamento do feito, em despachos de simples movimento, como assim denominava o anterior Código de Processo Penal aos atualmente nominados despachos de expediente, ou, às vezes, se consubstanciam em verdadeiras decisões, solucionando incidentes que se fazem presentes no correr do processo.

É o mesmo autor que, sintetizando, afirma que tanto os despachos de mero expediente quanto as decisões interlocutórias podem, em seu nascedouro, revestirem-se das roupagens mais simples – as interlocutórias simples – como de roupagens mistas, onde, inclusive, adentra o juiz no próprio âmago da causa principal, de modo a interessar tal decisão à solução final do processo (como ocorre com as *prejudicialia*, observo eu). Em relação a tais interlocutórias é que lembra Eduardo Espínola que a boa técnica processual tem nas mesmas as chamadas interlocutórias mistas, onde ao lado de um despacho, identifica-se uma sentença com força definitiva.⁵⁵ Pereira e Souza, Primeiras

Linhas sobre o processo civil, sendo simples a interlocutória “que não se estende além dos limites do artigo sobre que é proferida, mista a que prejudica a questão principal, e por isso se diz que tem força definitiva”. Ou, ainda, Souza Pinto, Primeiras Linhas sobre o processo civil brasileiro, “mista é que prejudica a questão principal, põe fim ao processo, ou contém dano irreparável, e por isso tem força definitiva”.

5 E é exemplificativo tal autor quando preleciona serem interlocutórias mistas as decisões onde se proclama a ilegitimidade de parte, decide sobre a ocorrência ou não da coisa julgada, litispendência, perempção da ação, extinção da punibilidade, a incompetência do Juízo ou rejeição da denúncia ou da queixa, diferentemente da decisão que recebe a denúncia ou a queixa, que é interlocutória simples.

Ainda sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho⁶⁶ Código de Processo Penal Comentado, Editora Saraiva.

6, dentro da variedade dos atos praticados pelo Poder Judiciário, tem-nos, *in genere*, todos eles, como atos judiciais, porque realizados pelos órgãos jurisdicionais, identificando, no entanto, em seu universo, os que se lhe apresentam especificamente como atos judiciais *stricto sensu*, no caso aqueles atos que deveriam ser praticados pelos demais Poderes, mas cuja prática a Constituição reservou ao Judiciário, em termos de preservação de sua independência e autonomia, concedendo-lhe assim o poder de interferir, funcionalmente, em áreas próprias dos demais Poderes.

Para este autor, são atos judiciais *stricto sensu*, pois, os atos normativos referidos no art. 96, I, “a”, e II, “a” a “d” da Carta Magna (competência dos Tribunais de elegerem seus órgãos diretivos e elaborarem seus regimentos internos, bem como competência específica do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça de proporem ao Poder Legislativo respectivo a alteração do número de membros dos tribunais inferiores, a criação e extinção de cargos e a fixação dos vencimentos de seus membros, dos serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados - inclusive dos tribunais inferiores, onde houver -; a criação ou extinção dos tribunais inferiores e a alteração da organização e da divisão judiciais). Tem o mesmo autor como atos administrativos os de que cuida o referido art. 96, I, alíneas “b”, “c”, “e” e “f”, *in casu*, os praticados por competência privativa dos Tribunais atinentes à organização de suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados; ao provimento, na forma prevista na mesma Carta, dos cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; ao provimento dos cargos necessários à administração da Justiça, respeitado, salvo os casos de cargos de confiança, assim definidos em lei, o comando do art. 169 da mesma Constituição e à concessão de licença, férias e outros afastamentos de seus membros, juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados. Ainda no entender de Fernando Tourinho, são anômalos todos os atos referidos no Código de Processo Penal, precisamente, nos arts. 5º, II (a instauração do inquérito policial de ofício, mediante requisição da autoridade judiciária); 28 (a remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral de Justiça, no caso do Ministério Público, no lugar de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do IP, se ao Juiz se apresentarem infundadas as razões do pedido de arquivamento); 39 (o exercício do direito de representação perante o juiz); 40 (o encaminhamento ao Ministério Público pelos Tribunais ou juízes de cópias e dos documentos necessários à oferta da denúncia, quando tais órgãos verificarem a existência de crime de ação pública) e 419 (a aplicação de multa ao promotor no caso da não oferta do libelo crime no prazo preestabelecido no art. 416 da mesma Lei Processual Penal).

Dentre os atos jurisdicionais distingue este autor as decisões e os despachos, afirmando destes resumirem-se àqueles praticados pelo Juiz tão-só para andamento do processo, enquanto as decisões interlocutórias simples representam um *plus* em relação aos despachos de mero expediente, como ocorre em algumas questões emergentes que se

referem à marcha e à regularidade do processo, mas que exigem maior exame (o decreto da preventiva, o recebimento da denúncia ou queixa, a rejeição da argüição de exceção, entre outras); interlocutórias mistas, ou decisões com força de definitivas, as que encerram a relação processual sem julgar o mérito, ou ainda, põem termo a uma etapa do procedimento, as quais, embora interlocutórias mistas, não são terminativas, referindo-se, por fim, o autor às decisões definitivas que resolvem o mérito da causa, solucionando a lide, que para ele apresentam-se como propriamente chamadas sentenças, no caso as identificadas no art. 593 do CPPB e que são atacadas mediante apelação, quer sejam condenatórias, absolutórias ou definitivas *stricto sensu*, sem absolver ou condenar e não atacadas via recurso no sentido estrito, entre estas, a que reconhece a ausência de condição objetiva de punibilidade ou ainda a que resolve, no juízo criminal, o incidente de restituição das coisas apreendidas.

Apenas para refrescar a memória importa lembrar que são atacadas via recurso no sentido estrito as decisões interlocutórias que: não receber a denúncia ou a queixa; concluir pela incompetência do juízo; julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição; pronunciar ou impronunciar o réu; conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança; não decretar a preventiva ou revogá-la; conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; absolver sumariamente o réu; julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor; decretar ou não a prescrição ou, por outro modo, julgar extinta ou não a punibilidade; conceder ou negar *habeas corpus*; conceder, negar ou revogar o *sursis*; conceder, negar ou revogar livramento condicional; anular o processo de instrução criminal, no todo ou em parte; incluir ou excluir jurado na lista geral; denegar a apelação ou julgá-la deserta; ordenar a suspensão do processo à vista de questão prejudicial; decidir sobre a unificação das penas; decidir o incidente de falsidade ou converter a multa em detenção ou em prisão simples.

Atente-se que, juntamente com o recurso no sentido estrito, residem no processo penal, também abrangendo o juízo de retratação, tanto a carta testemunhável (que ataca as decisões que denegam o recurso, ou admitindo-o, obstam a sua expedição e seguimento ao Juízo *ad quem*) e o agravo destinado a atacar as decisões do Juiz das Execuções Penais.

Sentença ato do pensamento

Nominaliter, como doutrina Caetano Foschini, a palavra sentença vem do latim *sentire*, apreender com os sentidos, perceber, sentir; no momento em que a mesma consiste exatamente no sentir, mais do que mesmo apreender, como justa a solução indicada pela *res judicanda*, ou seja, sentir e fazer sentir os fundamentos, os motivos, o próprio direito, o porquê da justiça verso o ato de juízo por excelência, no caso um ato do pensar, que, como tal, em relação a qualquer coisa, se forma e se desenvolve na mente do que há de julgar, mas que, para ser sentido, percebido e eventualmente participado, precisa exteriorizar-se e assim tornar-se perceptível, tal qual ocorre com todo e qualquer pensamento. Justamente por esta razão que se fala da edição ou prolação da sentença ou ainda do ato de sentenciar. Consiste, por seu turno, a sentença, segundo lições deste Mestre, em uma conclusão fundamentada, ou, caso se queira, em conclusões conclusões, na real motivação que levou o Juiz a solucionar a lide, decidindo sobre o seu próprio mérito.

É ainda o mesmo Foschini que adverte que a correspondência entre motivação e dispositivo não é, como sem muita profundidade se crê, relação de consequência, mas sim de concordância, ou seja, de não contradição, no quanto a motivação tem, no plano lógico que lhe é peculiar por sua própria natureza argumentativa, suas conclusões autônomas, explícitas ou implícitas, diferentemente do que ocorre com o dispositivo, que sob um plano da vontade, deve corresponder às conclusões da motivação. No fim das

contas, como observa este mesmo autor, não é próprio da sentença, enquanto ato de pensamento que é, impor-se como ato de vontade, e sim persuadir por seus próprios fundamentos, em sua força argumentativa.⁷⁷ Caetano Foschini, op. cit.

“Sentenza viene da sentire: sensibus percipere. Essa infatti consiste nel sentire come giusta la indicata soluzione della regiudicanda, cioè sentire e far sentire le ragioni e quindi il perchè della giustizia anzi è l’atto di giudizio per eccellenza, un atto di pensiero che, come tale, innanzi tutto necessariamente si forma e si svolge nella mente del giudicante ma che, per essere sentito e eventualmente condiviso, deve di necessità esteriorizzarsi e rendersi percepibile; il che avviene, come per ogni atto di pensiero, a mezzo del liguaggio. Ecco perchè comunemente si parla di <<emissione>> della sentenza, col che si esprime il concetto della sua necessaria esteriorizzazione, oppure si parla di <<rendere>> la sentenza, con il che si há riguardo alla sua necessaria direzione verso coloro daí quali essa è attesa. Essa, come si sta per dire, consiste in una argomentata conclusione o – il che è lo stesso – in concludenti argomentazioni e dispositivo non è – come superficialmente viene creduto – rapporto di consequenzialità; essa consiste, in una parola, nella motivazione. Il rapporto tra motivazione e dispositivo non è – come superficialmente viene creduto – rapporto di consequenzialità, ma quello di concordanza (cioè di non contraddizione), poichè la motivazione ha, sul piano logico che le è proprio per la sua stessa natura argomentativa, le sue proprie autonome conclusioni (esplicite o implicite). Il dispositivo, invece, sul diverso piano della volontà, deve essere corrispondente alle conclusioni della motivazione. La sentenza del giudice – poichè sul piano della logica giuridica tende, no ad imporsi come atto di volontà, ma a persuadere con la forza delle argomentazioni.

7

É o mesmo Foschini que, estudando a estrutura mesma da sentença, tema sobre o qual importa deter-se com mais profundidade, mais precisamente a parte que atine ao que ele chama de *formazione della motivazione*, que, no seu entender, embasa a própria *sentenza-giudizio* ou mais precisamente a sentença como ato de juízo, lembra que, por sua natureza lógica, a idéia de justiça implica uma *regola di ragione*, ou seja, em uma tradução que espero não empobreça o termo *ragione*, uma regra de causas, de motivos, de provas, de argumentos, de raciocínio, ou, sintetizando, do próprio direito ou da própria justiça. Assim, no dizer deste mesmo autor, o que, pois, seja encontrado contrário à *ragione*, é arbítrio e se apresenta, por isso, entendido e compreendido como injusto. É que, como afirma ainda Foschini, se o agir implica o decidir e, pois, a decisão de uma opção, por outra parte, a exigência de justificá-la, qual seja, de fazer que tal eleição realize a justiça, assume o seu significado tão-só no quadro do pensamento e assim, pois, no trabalho de um verdadeiro discurso argumentativo.

Inteligível se apresenta tal observação, quando, procurando elucidá-la, o mesmo autor conclui afirmando que esta correspondência da decisão com a justiça é ofertada pela própria sentença, entendida *stricto sensu*, enquanto manifestação do pensamento a indicar a própria *ratio* da opção de sua conclusão e sua conformidade com o ordenamento jurídico, no quanto, a sentença, enquanto juízo de justiça, ou seja, determinação do que é justo, encontra-se tão-só na determinação dos argumentos que justificam suas conclusões.⁸⁸ Caetano Foschini, op. cit.

“La natura logica – l’idea di giustizia implica una <<regola di ragione>>. Cioè che è contro la ragione è arbitrario e si presenta per ciò steso come ingiusto. Se l’agire implica il decidere, e quindi la deliberazione di una scelta (il dispositivo), d’altra parte la esigenza di giustificarla, cioè di fare sì che la scelta si riveli corrispondente a giustizia assume il suo significato soltanto nel quadro del pensiero e così, nel quadro di un discorso argomentativo... Questa corrispondenza della decisione (della <<scelta>>) non già ad

arbitrio ma a giustizia è offerta dalla sentenza, intesa in senso stretto, cioè quale manifestazione del pensiero indicante la ratio della scelta e la sua conformità all'ordinamento giuridico. La sentenza, quindi, in quanto giudizio di giustizia cioè determinazione di ciò que è giusto, è tutta e solo nella determinazione degli argomenti che giustificano (rivelano como justo) conclusione corrispondenti alla <<scelta>> (decisão). Essa quindi è tutta nella motivazione.

8

Dentro, pois, da sentença enquanto ato de pensamento, oportunas as lições de Hélio Tornaghi⁹⁹ Instituições de Processo Penal, 2ª edição, edição Saraiva.

9, quando o mesmo, estudando a gênese lógica da sentença, afirma não haver dúvida de que a sentença encerra um silogismo, cuja premissa maior é a regra legal (no *common law* essa regra se deduz do precedente; no *civil law*, da lei), cuja premissa menor é o fato submetido à apreciação do juiz e cuja conclusão é a submissão do fato à lei, ou, o que dá no mesmo, a aplicação da lei ao fato. Todo aquele que mata alguém deve sofrer uma pena de X anos de reclusão. Ora, Tício matou Caio. Logo, Tício deve suportar X anos de reclusão. E observa o mesmo autor que a diferença entre esse raciocínio do juiz e o de qualquer outra pessoa está apenas em que as afirmações do juiz são decisivas e as do particular, não. No entanto, é ainda o próprio Tornaghi que afirma, dentro de uma posição que tenho endossado e que já tive oportunidade de registrar em alguns dos meus votos, que, inobstante o direito não possa ser ilógico, não pode o mesmo ser restrito a um puro exercício lógico, advertindo que, inegavelmente, seria muita ingenuidade supor que o trabalho psíquico e lógico do juiz se resumisse a tal silogismo. Na verdade ele é apenas o último ato, o epílogo do drama judicial e é precedido pelo trabalho de pesquisa para o descobrimento das premissas.

Aliás, sobre o tema, Carnelutti¹⁰¹⁰ Cuestiones, op. cit.

10, em fazendo um estudo comparativo entre a obra de Alfredo Rocco, *La Sentenza Civile*, e a obra de Kisch, *Contributo Alla Dottrina Della Sentenza Civile*, observa que, se por um lado Alfredo Rocco levou vantagem neste item – sentença como ato de pensamento – sobre a quase gêmea obra de Kisch, não chegou, contudo, tal autor a dizer mais que a sentença, em sua substância, é um ato de inteligência do juiz, e assim, concretamente, um juízo lógico que assume a forma de silogismo. Como observa Carnelutti, não foram poucos os que lhe seguiram em tal posicionamento, entre os quais ele próprio, Carnelutti, que, confessa, nisto ter pecado, no dizer que geralmente a sentença é um sistema de silogismo. Para este autor, avançou em uma investigação, com certeza, mais profunda, Calogero (*La Logica del Giudice e il Suo Controllo In Cassazione*), mas, mesmo em relação a este autor, observa Carnelutti, que, ou por não ser autoridade no campo específico da ciência jurídica, ou, talvez, por falta de sentimento, até a presente data seu trabalho de quase nada serviu. Concluindo, o problema para Carnelutti reside no fato de a chamada ciência jurídica, ao englobar o juízo em um silogismo, desgraçadamente continuar lastreando-se na ignorância, observação esta que Carnelutti estende, de modo a afastar qualquer equívoco, antes de tudo, a ele Carnelutti.

A verdade é que para entender a própria estrutura da sentença, necessário se faz apreender o conceito de juízo, em seu próprio conteúdo formal. É o mesmo Carnelutti que, estudando o conteúdo da fórmula do juízo, ao afirmar que o ponto que devemos nos centrar é exatamente, sem via de dúvida, de natureza jurídica, questiona se cabe aos juristas saber o que é o Juízo, sugerindo que se deixe aos lógicos o que seja de natureza lógica. E é conclusivo, quando afirma que o que nos toca fazer, no máximo, é socorrer-nos das informações dos filósofos e delas nos valer no quanto nos baste, mas em todo caso, no mínimo possível. Dentro, pois, de tal posicionamento, é que recorda porque, em se referindo à obra de Calogero, já citada, afirmou da mesma faltar-lhe emoção,

sentimento, ser uma obra sem calor. E explica: “Suponhamos que os cultivadores da lógica, ciência ou filosofia, como quer que se considere, nos proponham dizer o que é que se dever tomar por juízo. Resultaria tal empresa em uma tarefa incompleta, no quanto estes cientistas, na melhor das hipóteses, nos poderiam mostrar um conceito de juízo abstraído da mesa de anatomia”, enquanto precisamos apreender tal conceito na vida, ou melhor, diria eu, na própria dinâmica da vida, que para Carnelutti está presente no nascer, sofrer, chegar à idade madura, até morrer. E arremata o mesmo Carnelutti: “O juízo, em outras palavras, que eles podem oferecer-nos, é um trabalho lógico, enquanto o que temos que apreender, é um drama”.¹¹¹¹ Francesco Carnelutti, *Cuestiones*, op. cit.

“¿Toca en verdad a los juristas saber qué es el juicio? ALFREDO ROCCO, cuando habló de la naturaleza lógica de la sentencia, ¿no se fue ultra crepidam? Nuestro problema es el de la naturaleza jurídica de la sentencia; en cuanto a la naturaleza lógica toca a los lógicos devanar la madeja, o acaso, juntamente con ellos, a los metafísicos, si son verdaderamente, entre otras, las cosas que recuerdo haber escuchado en una conferencia cuyo título no recuerdo, aquí, en Roma, a ETIENNE GILSON. Tal es el planteamiento preliminar, e incluso prejudicial, que en un noventa por ciento de los casos se daría al problema, de ser explícitamente propuesto; y que, después de todo, constituye la premisa tácita del límete acostumbrado de nuestros estudios. Lo que podemos hacer, a lo más, es informarnos de los filósofos y valernos en cuanto sea necesario, pero en todo caso lo menos posible, para nuestras construcciones, de las informaciones que nos den. Ahora bien, he aquí que comenzamos a comprender por qué yo hablé, a propósito de la hermosa monografía de CALOGERO, de una falta de calor. Supongamos que los cultivadores de la lógica, ciencia o filosofía, comoquiera que se la considere, nos propongamos decir verdaderamente qué es el juicio. No bastaría entonces para nosotros. Lo que ellos nos pueden mostrar, en la mejor hipótesis, es el juicio sobre la mesa de anatomía, mientras que nosotros necesitamos verlo en la vida: nacer, crecer, sufrir, llegar a la madurez, hasta morir. El juicio, en otras palabras, que ellos pueden ofrecernos, es un preparado lógico; el que nosotros tenemos que conocer, es un drama. Tal es también la razón en virtud de la cual el problema se pone, y hasta se impone, incomparablemente con mayor exigencia al estudioso del derecho penal”.

11

Não há como apreender-se o conceito de Juízo, mais do que em sua natureza lógica, na sua natureza jurídica, vale dizer, na própria dinâmica da vida, sem que se perquiram, igualmente, os conceitos de mérito da sentença penal e de pedido na ação penal.

No tocante ao mérito da sentença penal, o Ministro Xavier de Albuquerque, em trabalho de sua autoria, intitulado *Conceito de mérito no Direito Processual Penal*, presente nos *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, observa, textualmente, que a análise do conceito de mérito colhe inspiração, se integra no estudo de maior envergadura e alto valor científico, da distinção entre processo, ação e mérito – trilogia que, segundo afirma, parece ter amadurecido toda a longa e já secular elaboração doutrinária por último empreendida nos domínios do Direito Processual, e que constitui “a cristalização de todas as verdades entrevistas ou mesmo proclamadas neste século de estudo”.

Não há esquecer o uso da palavra mérito é operado comumente em Direito (positivo e científico) quer no sentido qualificativo, enquanto exprimindo determinada qualidade de uma figura jurídica (mérito do pedido, de uma pretensão, de uma alegação, da acusação, da defesa), quer no sentido quantitativo, expressando, ao invés, uma determinada quantidade, um acervo de questões ou de problemas (julgar o mérito, questão que pertence ao mérito etc.). Inobstante, a primeira acepção em que é tomado o conceito de mérito, sob o enfoque qualitativo, se ajuste mais à noção filosófica de mérito, observa o autor restar inquestionável que somente a segunda acepção, a quantitativa, pode e deve,

no estágio atual do desenvolvimento científico processual, ser considerada. E explica: “Com efeito, mérito passou a exprimir uma individualidade autônoma, *per se*, embora complexa (acepção quantitativa), e não o atributo de uma individualidade diversa (acepção qualitativa); seja ou não a cópia atrofiada de um modelo puro, não importa - é como se a corruptela sobrepujasse e substituísse o paradigma. Quando a doutrina conseguiu destacar o mérito, como conteúdo do processo, como continente, e, indo mais longe, logrou também extremá-lo da ação, como direito instrumental à obtenção de uma decisão sobre ele, não pode deixar de atribuir ao mérito essa segunda e nitidamente quantitativa acepção, conferindo-lhe dignidades de categoria colocada em paridade com as duas outras. Seria impossível falar-se de processo, ação e mérito como três figuras distintas entre si, se ao mérito não se atribuísse essa acepção quantitativa e não aquela outra qualitativa, já igualmente referida; porque nesse caso, em lugar do trinômio amplamente consagrado, poderia, no máximo, erigir-se um binômio de individualidades – processo e ação – e um correspondente binômio de qualidades - mérito do processo e mérito da ação”.

Com sua segurança de mestre, Xavier de Albuquerque observa ainda que, inobstante ter-se caminhado, em uma primeira orientação, onde se identificava o mérito na relação jurídica substancial litigiosa, posição ainda sob a influência civilística, que concebia o processo como organismo geral de atuação das obrigações, dela se afastaram os processualistas atendendo à existência de “processos em que o seu objeto é, não uma relação jurídica, mas a verificação de um fato: a autenticidade ou a falsidade de um documento”, como igualmente, há ainda processo que tem “conteúdo puramente processual: homologação de sentença estrangeira”, restando assim tal conceito “só parcialmente” exato e em qualquer hipótese não unitário, não logrando abranger a totalidade de questões.

Em uma segunda orientação, amadurecida na compreensão da ação como direito à obtenção de uma sentença favorável, isto é, de um pronunciamento em que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor, apreendeu-se um outro conceito de mérito, não mais fundado na relação jurídica substancial litigiosa, porém na vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam.

Partindo do conceito de ação, não como direito concreto à sentença favorável, mas como poder jurídico à obtenção de sentença de mérito, chega-se a uma terceira concepção de mérito, onde o mérito é relacionado com o pedido do autor, de modo que se entrevê, no julgamento do pedido, o julgamento do mérito.

Finalmente o quarto conceito de mérito exsurge sob a inspiração e comando de Carnelutti, identificado na lide, “cujo conceito, amplamente divulgado, aplaudido e criticado, é o de conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”. Foi justamente esta concepção, nas palavras de Xavier Albuquerque, que encontrou guarida na elaboração do sistema do Código de Processo Civil brasileiro, de sorte que, segundo mostra Buzaid, o mérito é, nele, a lide. Onde, segundo ainda o mesmo articulista, pode-se concluir que julgar o mérito, no processo penal, é decidir a lide.

Observa Xavier de Albuquerque que estas quatro concepções guardam simétrica coerência com as diferentes teorias ao redor da ação. E, de modo conclusivo, afirma: “Dando por superada a doutrina imanentista, e por cumpridamente refutada aquela outra concepção do direito concreto de ação, acreditamos poder ultrapassar as duas primeiras e correspondentes explicações do conceito de mérito, a que o identifica na relação substancial litigiosa como a que o identifica na vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam; de tal sorte que, reconhecendo amplamente consolidada a teoria abstracionista da ação, como corrente de pensamento cujo domínio não resulta malferido pelas variadas e conhecidas manifestações de abstracionismo radical ou

temperado, parece-nos podermos limitar o nosso exame às duas restantes tendências assinaladas: mérito qual lide e mérito qual pedido”.

Tais acepções se firmam quando o próprio Carnelutti observa que se havia equivocado ao considerar o processo penal como um tipo intermédio entre o processo contencioso e o processo voluntário; quando partindo da consideração de que o delito é um ilícito com sanção múltipla, penal e civil, e de que o processo penal de cognição obtém ao mesmo tempo dois resultados – a declaração de certeza do delito, isto é, da ilicitude penal de um fato e a declaração de certeza do ilícito civil, isto é, da ilicitude civil do mesmo fato –, afirma que a ele se deve reconhecer não só um caráter intermédio entre o contencioso e o não-contencioso, como, igualmente, um caráter misto de um e de outro, de modo a nele identificar-se a fusão de um processo contencioso com um processo voluntário. E continua afirmando que, se fosse possível cindir no processo penal o conteúdo penal do conteúdo não penal (civil), sob o primeiro de tais aspectos ele seria genuinamente um processo não-contencioso. Entretanto, persiste em falar em pretensão, que seria aquilo em que se converte a questão penal quando passa do campo lógico para o campo prático.

Aliás, sobre a possibilidade de identificar, em matéria penal, o mérito no pedido, oportuno, primeiramente, fixar bem o sentido desse último vocábulo – pedido – na doutrina processual civil, para o que oportuno socorrer-se dos ensinamentos de Liebman, que, demonstrando que, no processo civil, as partes são soberanas na decisão de submeter ou não, ao julgamento da autoridade judiciária, o conflito de interesses que surgiu entre elas, podendo assim submeter-lhe só uma parte desse conflito, de sorte que neste caso o objeto do processo é constituído apenas por aquela parte do conflito de interesses, a respeito da qual pediram as partes uma decisão, afirma que o elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é, portanto, o conflito existente entre as partes fora do processo e sim o pedido feito ao juiz em relação àquele conflito. No pedido, pois, verifica, encontra-se o limite da lide, no quando, só e em face desse pedido, o juiz pode intervir, examinar o caso e julgar de acordo com a lei, decidindo se o pedido é ou não procedente, e, assim, concedendo ou negando, em conseqüência, a providência pedida, razão por que, entendendo que o pedido do autor é o objeto do processo, o define Liebman como manifestação da vontade dirigida à autoridade judiciária, requerendo desta uma atividade de determinado conteúdo.

Em sentido amplo, pois, tem-se, nas lições de Xavier de Albuquerque, pedido como o ato de impulso processual que provoca a atividade jurisdicional (demanda); em sentido estrito, a indicação de uma concreta providência reclamada do magistrado (pedido em sentido próprio).

Ao lado destas considerações, Xavier de Albuquerque entende ponderar também que, a depender da natureza do interesse imediatamente servido pela demanda (pedido *lato sensu*), dela igualmente destacam-se dois tipos fundamentais: um, de demanda privada, em largo sentido, quando veicula proximamente um interesse privado; e outro, de demanda pública, quando, ao contrário, veicula proximamente um interesse público.

Ora, tais tipos fundamentais de demanda, observa o autor, guardam entre si visíveis diferenças de conteúdo, e assim o contido em um, necessariamente, não se encontra no outro. E aqui parece então possível assentar, com vistas à finalidade deste estudo, que, enquanto o pedido (*stricto sensu*) reside naqueles tipos de demanda privada em sentido amplo, e isso vale, quer quando a continência é originária, vale dizer, simultânea à sua formulação, quer quando sucessiva, tal fenômeno não ocorre naqueles tipos de demanda pública, cuja especial feição geralmente dispensa o pedido por inteiro. E de forma clara afirma que o fato da demanda penal (pública) prescindir do pedido (*stricto sensu*) é tese sustentada pela doutrina naqueles países cuja lei, à maneira da nossa, não exige do Ministério Público uma especial e definida atitude tendente à condenação do acusado e à

aplicação da pena. Desta sorte, só concorrendo esse elemento nos casos excepcionais de ação penal privada, e não na ação pública, que constitui a generalidade do processo penal, resulta prejudicada no processo penal a possibilidade de identificação do mérito no pedido.

Esclarecedoras são, pois, as conclusões do Ministro Xavier de Albuquerque, quando registra textualmente: “As dificuldades que se opõem à utilização no campo do processo penal de qualquer das concepções de mérito elaboradas para os fins do processo civil parecem afinal derivar principalmente da acentuada limitação que elas impõem ao conteúdo do processo à *materialia iudicii*. Enquanto na perspectiva do processo civil só se pode ter em conta aquela porção da realidade pré-processual que foi nele limitada e conscientemente introduzida pelos litigantes, e para aquele exclusivo efeito também determinado pelo pedido do autor, de sorte que o juiz não pode, por maior que resulte a latitude da sua cognição acerca da realidade histórica investigada, dizer o direito a ela aplicável senão na medida e para os fins indicados pelas partes; no processo penal, ao invés – e particularmente na sua forma macroscópica, que é a do processo condenatório – a virtude limitadora da demanda não atua senão naquilo que tange à identificação da realidade histórica que ela tem por objeto, perdendo essa eficácia em relação à sua verificação quantitativa, à sua qualificação jurídica e à atuação concreta de suas conseqüências. Ao passo que a limitação do conteúdo processual tem, no processo civil, inspiração por assim dizer subjetivista, no sentido de que deriva das atitudes e manifestações dos sujeitos do litígio, no processo penal o critério dessa limitação é francamente objetivista e assenta, tão-somente, na identidade essencial do fato narrado pelo autor. A demanda penal propõe ao juiz, antes de mais nada, a determinação de um fato, e somente em relação à sua identificação impõe limitações ao poder de investigação e de decisão do magistrado. As concepções civilísticas do mérito não se prestam, em conseqüência, para a sua conceituação no processo penal, pela razão primária de não coincidirem as perspectivas dos dois tipos de processo: se o objeto do processo civil pode ser “fracionário”, configurando somente uma porção da realidade pré-processual e excluindo do âmbito da cognição, e mais ainda da decisão do julgador, a porção remanescente, o objeto do processo penal condenatório há de ser “total” e deve retratar, em conseqüência, a realidade histórica pré-processual em sua integralidade, ainda que a tenha fracionado a demanda inicial”.

Em cuidando especificamente da estrutura da sentença, em sua fase completa, Caetano Foschini diz que a mesma compreende a formação de sua motivação, isto é, sua construção enquanto sentença-juízo; sua formação como sentença-documento; sua exteriorização, através de sua comunicação às partes e, por fim, a atividade de eventuais contramotivações das partes, a tomarem corpo nos próprios motivos da impugnação à mesma.¹²¹² Caetano Foschini, op. cit.

“Pertante la struttura dell’intera fase della sentenza comprende (a) la formazione della motivazione cioè della sentenza-giudizio; la formazione della sentenza-documento; la comunicazione della sentenza alle parti; ed infine l’attività di eventuale contromotivazione delle parti (motivi d’impugnanazione)”.

12

Oportuna uma pequena meditação sobre o fenômeno da sentença-juízo, no quanto compreende ela a formação específica da motivação de tal *decisum*. Compõe ela o seu próprio conteúdo, devendo, por isto, segundo lições de Foschini, abranger totalmente a matéria do juízo e também sempre exaurir a *res judicanda* em função de sua própria complexidade, justamente porque esta permite que se cinda tal *res judicanda*, por um lado em uma situação de fato e uma situação de direito e, por outro lado, em uma situação preceptiva em relação ao dolo ou culpa *lato sensu* e uma situação dispositiva, relativa à responsabilidade, isto, precisamente, no quanto a motivação a corporificar o conteúdo da

sentença deve abrigar os fundamentos atinentes ao juízo do direito, ao juízo do dolo ou culpa *lato sensu* e igualmente aqueles relativos ao juízo da responsabilidade penal. Disto decorre, com relação ao âmbito da motivação, que não deve tão-só dizer respeito à correlação com a matéria integrante da acusação, mas também à relação com a defesa em sua totalidade, de tal modo que a motivação deve conter, concretamente, a defesa em toda sua amplitude e complexidade.¹³¹³ Caetano Foschini, op. cit.

“La motivazione deve consistere nella <<(concisa)>> esposizione dei motivi de fatto e di diritto su cui la sentenza è fondata>>. In realtà il contenuto della motivazione deve essere tal da coprire tutt la materia del giudizio e quindi – a parte i casi di connessione (processo cumulativo) nei qual deve estendersi a tute le regiudicande connesse – essa deve pur sempre esaurire la regiudicanda in funzione della sua stessa complessità e poichè questa lascia scindere la regiudicanda, da un lato in una situazione di fatto e in una situazione di diritto e dall'altra in una situazione precettiva (colpevolezza) e in una situazione dispositiva (responsabilità), pertanto la motivazione deve contenere le ragioni del giudizio su fatto, quelle del giudizio di diritto, del giudizio sulla colpevolezza e quelle del giudizio sulla responsabilità. Inoltre l'ambito della motivazione non è dato solo dalla correlazione con l'accusa contestata, ma anche dalla correlazione con la difesa espletata, e così daí più complessi limiti assunti in concreto dal contraddittorio; pertanto la motivazione deve tener conto anche delle istanze avanzate, delle eccezioni opposte e degli argomentei trattati dagli uffici delle parti”.

13

No tocante à situação fática, é o mesmo autor que lembra não tratar-se de um dado pacífico diante do qual o juiz se quedará unicamente a aplicar as normas jurídicas, mas deverá tratá-la como sendo a própria matéria do juízo, ou seja, que há de ser assim erigida e cujos elementos de construção são as provas, vale dizer, outros juízos de valores. Assim, pois, o juiz, de modo a evitar que pronuncie o seu juízo de modo arbitrário, julgará segundo a justiça e a verdade, resolvendo a questão da situação de fato em sua complexidade, realizando um juízo fundado nas argumentações probatórias.¹⁴¹⁴ Caetano Foschini, op. cit.

“La situazione di fatto non è un dato pacifico al quale il giudice è chiamato sol ad <<applicare>> le norme giuriche, ma è esa stessa materia di guidizio cioè di ricostruzione. Gli strumenti della ricostruzione sono le prove, cioè altri giudizi (strumentali). Il giudice, pertanto, per non decidere in modo arbitrario ma per giudicare secondo giustizia e verità, deve inquadrare la situazione di fatto nel suo complesso e nei suoi particolari che interessano in un discorso ragonevole, deve cioè esprimere un giudizio fondato su argomentazioni (probatorie)”.

14

Da mesma forma a situação de direito não se apresenta já delineada nem por uma norma legislativa abstrata e preestabelecida, nem tampouco por um conjunto de normas legislativas preestabelecido que o juiz aplica ao fato concreto, como freqüente e simplesmente se tem entendido, de tal modo a resolver-se o caso através de uma operação automática despida de qualquer motivação, mas, ao contrário, é constituída tal fase por um juízo de valoração jurídica do fato, ou seja, por uma reconstrução sob a *specie juris*, atendendo à sua qualificação jurídica, e assim, pois, por sua própria qualificação e enquadramento no sistema dos valores jurídicos aceito e válido pela comunidade, tudo tendo por base normas, vale dizer, princípios de valor jurídico, que se constituem em instrumentais para tal fim. Eis porque o encontro e, pois, a seleção das normas jurídicas aplicáveis à hipótese, no tocante à sua própria utilização, orientada pela qualificação e valoração jurídica do fato, e, pois, pela sua construção segundo o tipo, *in specie*, constituem um complexo juízo que, para corresponder à justiça e não espelhar o

arbitrio, deve traduzir-se em um discurso harmônico que exprima seus próprios fundamentos e desta forma cristalizar razão do juízo valorativo.¹⁵¹⁵ Caetano Foschini, op. cit.

“La situazione di diritto ugualmente non è già costituita – come frequentemente e semplicisticamente si ritiene – da una prestabilita astratta norma legislativa o da un prestabilito complesso di astratte norme legislative che il giudice <<aplica>> al fatto concreto, nel qual caso si tratterebbe di una operazione automatica nella quale non vi sarebbe posto per una motivazione, la ratio della’applicazione esaurendosi unicamente nella stessa mera <<esistenza>> della norma legislativa. Essa è costituita invece da un giudizio di valutazione giuridica del fatto, cioè da una sua ricostruzione sub specie juris, cioè da una sua qualificazione giuridica, quindi da una sua qualificazione ed inquadramento nel sistema dei valori giuridici accettati e validi per la comunità, e tutto ciò in base a norme, cioè pur sempre in base a principi di valore giuridico che, a tale fine, hanno valore strumentale. Ecco perchè tanto il reperimento e così la scelta delle norme giuridiche (scritte e non scritte), quanto la loro stessa utilizzazione per la qualificazione e valutazione giuridica del fatto e così per la sua costruzione quale fattispecie giuridica, costituiscono un complesso giudizio che, per corrispondere a giustizia (e non ad arbitrio) deve tradursi in un discorso argomentativo che ne esprima le ragioni e così la ragionevolezza”.

15

Por fim, a situação preceptiva guarda a própria essência de todos os requisitos e a existência (ou inexistência) do dolo, pressuposto da responsabilidade penal. Já a situação dispositiva, por seu turno, encerra os requisitos e as condições relativas à responsabilidade, na qual (mediante o juízo) haverá de traduzir-se o dolo, guardando, assim, o se, o como e o quanto da punição.¹⁶¹⁶ Caetano Foschini, op. cit.

“La situazione precettiva, riguarda l’esistenza di tutti i requisiti e l’esistenza (o inesistenza) di tutte le condizioni obiettive e subiettive, cioè il complesso di quanto necessario affinché possa ritenersi sussistente la situazione di concreta colpevolezza penale del reo quale presupposto della sua penale responsabilità. La situazione dispositiva riguarda invece i requisiti e le condizioni relative alla responsabilità nella quale (mediante il giudizio) deve tradursi la colpevolezza, riguarda quindi il se, il come e il quanto della punizione”.

16

Para encerrar, reporto-me, mais uma vez, aos ensinamentos de Hélio Tornaghi.¹⁷¹⁷ Instituições, op. cit.

17 Lembra aquele autor que, com o tempo, o termo sentença afastou-se do seu significado original apanhado pelos romanos, *sentire*, para aplicar-se a todas as decisões do juiz, falando-se, então, em: sentença definitiva, no seu dizer, a que define o mérito, isto é, a que diz se o pedido feito pelo autor merece atendimento); sentença terminativa (a que põe termo ao processo sem entrar no mérito); sentença interlocutória, a que decide incidente do processo, e assim por diante. O Código de Processo Penal vigente parece ter querido chamar sentença o ato pelo qual o juiz julga o mérito (v., por exemplo, os arts. 63, 65, 66, 67, III, 593, I) e “decisão” as demais resoluções do juiz (v., v. g., os arts. 67, II, 593, II). Isso ressalta de distinção feita, por vezes, no mesmo artigo, como é o caso do 67, II e III; do 593, I e II. Não obstante, a pronúncia é chamada de sentença (arts. 408, § 1º, 373, II). A não ser nessa última hipótese, sentença é, no Código de Processo Penal, a decisão de mérito. Com ela o juiz rende a prestação jurisdicional, prometida pelo Estado ao proibir aos particulares a realização da justiça pelas próprias mãos e ao chamar a si a decisão dos conflitos de interesse. Conseqüentemente, com a sentença o juiz exaure a sua tarefa.

Lembra, ainda, este autor que, manifestando o juiz, de modo concreto, a vontade enunciada na lei de maneira abstrata, transforma a sentença em um ato jurídico que, como tal, produz efeitos que variam conforme o seu conteúdo. Igualmente lembra que, independentemente do teor da sentença, o simples pronunciamento dela produz efeitos que a lei faz decorrer do fato de ter sido proferida, ao que sintetiza: “Os efeitos da sentença como ato decorrem da vontade do juiz; os da sentença como fato não se subordinam a essa vontade”.

E é conclusivo quando lembra que, para a correta aplicação do Direito, o juiz não deve apenas ter em conta a coincidência do fato ocorrido com o que é apontado na lei (isto é, a tipicidade do fato, v. g., houve ou não subtração de coisa alheia móvel? houve ou não contrato preliminar?), deve, também, apurar a coincidência entre a pretensão do autor e uma norma de lei. Se nenhuma lei ampara o pedido do autor, esse tem de ser rechaçado. Se alguma lei fundamenta a pretensão, ela é acolhida. Mas, igualmente, é preciso verificar se a norma em que o fato se enquadra autoriza os mesmos efeitos jurídicos pretendidos pela parte.

Finalmente algumas considerações sobre a sentença condenatória e a sentença absolutória. Giuseppe Leone afirma ser característica própria da sentença condenatória mais do que, simplesmente, comprovar a responsabilidade e infligir a pena, a transformação da obrigação penal, para cujo cumprimento o direito contava com a vontade ativa do obrigado (no quanto sujeito à lei penal), em submissão passiva à força da mesma sentença, contra a qual a vontade do condenado já não conta, isto é, na transformação da obrigação em sujeição.¹⁸¹⁸ Giuseppe Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, vol. 2, 1ª edição, EJEA - Buenos Aires.

“Se puede hacer notar sintéticamente en esta sede que la opinión predominante es en el sentido de mantener a la sentencia penal que comprueba la responsabilidad e inflige la pena, el carácter típico de sentencia de condena. Nosotros creemos que la definición de Calamandrei (ob. cit., pág. 189), según la cual la característica esencial de la condena está en la ‘transformación de la obligación para cuyo cumplimiento contaba el derecho con la voluntad activa del obligado, en sometimiento pasivo a la fuerza ajena contra la cual la voluntad del condenado no cuenta ya’, esto es, en la transformación de la obligación en sometimiento, es la más aceptable; de este modo puede configurarse la sentencia penal de condena.”

18

No tocante à sentença absolutória, levando em consideração o estabelecido no art. 386 do CPBB, já me posicionei, socorrendo-me de lições de Hélio Tornaghi e outros processualistas:

Falta e insuficiência de prova - as hipóteses dos incisos II (não haver prova da existência do fato) e IV (não haver prova de autoria) são diferentes da do inciso VI (não existir prova *suficiente* para a condenação). Nas duas primeiras não há prova alguma contra o réu; na última existe um princípio de prova, apenas não suficiente para autorizar a condenação. Cabe ao acusador (Ministério Público, nas ações públicas; ofendido, seu representante legal ou seu sucessor, nas ações privadas) provar a acusação. Essa prova pode vir também aos autos por qualquer outra via: por ato do juiz ou do próprio réu. Mas se, afinal, não foi feita a prova do fato (inc. III) ou da autoria (inc. IV), deve entender-se que a acusação não tem fundamento. No último caso (inc. VI), a prova foi parcialmente produzida, pode ensejar a suspeita de culpabilidade do réu, talvez a ponderosa suspeita, mas ainda assim apenas a suspeita. Essa é suficiente para a denúncia e para a queixa; jamais para a condenação.

Talvez fosse correto distinguir três situações diversas:

- aquela em que o juiz proclama a inocência (incs. I, III, e V);

- aquela em que ele absolve, desliga da acusação;
- aquela em que ele deixa de condenar.

As conseqüências jurídicas e morais de cada uma das causas de absolvição previstas no art. 386 são diversas umas das outras:

I - Prova de inexistência do fato. A absolvição, por estar provado que o fato atribuído ao réu não existiu, não ocorreu, é a mais radical forma de isenção: se o fato atribuído a Tício é o de haver destruído um monumento e os autos demonstram que esse não foi sequer tocado e continua absolutamente íntegro, Tício deve ser proclamado inocente por “estar provada a inexistência do fato”.

Nesse caso - e só nesse caso - a absolvição impede até a propositura da ação civil para o ressarcimento do suposto dano (Cód. Proc. Penal, art. 66).

II - Falta de prova da existência do fato. Neste caso não há prova nem num sentido nem no outro. Dois irmãos (Naves) são acusados de haver matado certo sujeito, desaparecido. Não há prova nem de que ele está morto nem de que esteja vivo. O júri os absolve por falta de prova da existência do fato. O Tribunal de Justiça reforma a sentença (na vigência da Lei nº 167, de 05.01.1938) para condená-los. Posteriormente aparece vivo o “morto”, isto é, aparece a prova de inexistência do fato que antes faltava.

O Código de Processo Penal italiano iguala as hipóteses que no brasileiro aparecem nos incisos I e II do art. 386 (art. 479, alínea II).

III - Atipicidade do fato. O inciso III, que manda absolver por “não constituir o fato infração penal”, deve ser entendido como referente ao caso de fato não descrito na lei como crime, fato atípico. Portanto, fato que não constitui infração penal em tese. Se alguém fosse denunciado por não haver pago uma dívida (hipótese evidentemente caricatural) o juiz deveria absolvê-lo porque o fato de não pagar dívida não está definido em lei como crime. A circunstância de o fato não ser crime na hipótese, no caso concreto, por ser excepcionalmente lícito (Cód. Penal, art. 19), também leva à absolvição, mas com fundamento no inciso V.

IV - Falta de prova de autoria ou participação. Fala este inciso em falta de “prova de ter o réu concorrido para a infração penal”. Deve entender-se, entretanto, que ele se refere também ao caso de autor único. Se não houver *nenhuma prova* de que o réu foi o autor da infração (Cód. Penal, art. 11) ou de que de algum modo contribuiu para ela (Cód. Penal, art. 25), o juiz deve absolvê-lo com fundamento neste inciso IV do art. 386.

Diferente é o caso de haver um princípio de prova, que permita suspeitar mas não autorize a certeza da autoria ou da participação. Nesse caso o fundamento da absolvição será o do inciso VI.

V - Existência de circunstância que exclua o crime ou que isente o réu da pena. O fato pode ser típico, isto é, previsto em lei como crime, e, não obstante, ser lícito. Isso ocorre nas hipóteses do art. 19 do Código Penal. O fato, em tese, é ilícito; mas, na hipótese, é lícito. Matar alguém é fato típico (está descrito no art. 121 do Cód. Penal) e, em tese, ilícito. Se, porém, o homicídio foi praticado (por exemplo) em legítima defesa, o fato é lícito. A tipicidade funciona como indício de antijuridicidade, mas apenas indício: o fato típico pode, excepcionalmente (nas hipóteses do art. 19 do Cód. Penal) ser conforme o Direito.

Nesse caso a pena se exclui por *via objetiva*: o fato é lícito.

De outras vezes, o fato é típico e ilícito, tanto em abstrato quanto em concreto. Mas o agente (ou um dos agentes) é isento de pena em virtude de circunstância pessoal. A pena se exclui por *via subjetiva*: só aquele agente fica isento dela (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, parágrafo 1º, do Cód. Penal).

Em todos esses casos o juiz absolve o réu com fundamento no inciso V do art. 386.

VI - Insuficiência de prova para a condenação. Nesse caso é que a máxima *in dubio pro reo* se aplica em toda sua força. Existem, no processo, elementos que levariam a

considerar o réu culpado, mas há outros que permitem supô-lo inocente. Estabelece-se a dúvida no espírito do juiz e, nesse estado de incerteza, ele absolve.

Note-se, porém, que a incerteza deve ser quanto ao fato, à autoria ou à culpa (*lato sensu*) do réu. A vacilação, o escrúpulo, a hesitação quanto à existência das causas de exclusão de pena (por via objetiva ou subjetiva) não impedem o juiz de condenar, pois cabe ao acusado o ônus de provar os fatos extintivos.

Observe-se, ainda, que a dúvida que permite a absolvição, no caso do inciso VI, é quanto à matéria de fato: dúvida quanto à prova. Não quanto à questão de Direito que o juiz tem de decidir, de modo claro e preciso.

O Sistema Penitenciário Brasileiro Como Órgão De Controle Da Criminalidade

PETRUCIO FERREIRA

Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Em seu Tratado *Das Penas*, Aníbal Bruno textualmente afirma: "Não é possível a existência de uma comunidade social estável sem o poder compulsor que torne efetiva a obediência às normas de comportamento necessárias à segurança de um regime de paz e disciplina. Essa é realmente a razão de ser da pena. Por meio desta procura-se conter os impulsos egoístas estimulados por condições diversas que conduzem o homem à prática do crime. E assim se tenha assegurado o respeito aos valores de cuja proteção depende a vida e a persistência da comunidade social organizada... Funda-se, então, a legitimidade da pena na imprescindibilidade da sua existência para que o agregado social possa subsistir. A razão que a impõe é a necessidade".

Para Vincenzo Cavallo, *Diritto Penale*, a pena, em relação ao Direito Penal, apresenta um dos conceitos dos mais debatidos, vez que, juridicamente, a pena em seu sentido formal se apresenta como a consequência jurídica do crime, enquanto em seu sentido substancial é aquela particular aflição decorrente da diminuição ou perda do fruir de bens pessoais ou econômicos imposta pela aplicação da lei, da parte de uma autoridade que se encontra acima do indivíduo, aquele que cometeu um crime. Ao perguntar o mesmo autor "Porque se pune?", responde ser necessário estabelecer-se o fundamento racional da pena, distinguindo entre os fundamentos filosófico ou racional, jurídico e de fato, e conclui afirmando que o fundamento jurídico da pena está na própria lei penal, na qual está a base para a sua aplicação desde que violada uma determinada norma, vez que é a lei, como prevê o preceito, que também estabelece uma pena à qual há de submeter-se àquele que violar tal preceito. Já o seu fundamento fático é fornecido pela existência no tipo penal daquele elemento particular que a lei exige para poder aplicá-la e, finalmente, o seu fundamento filosófico transcende as questões da base concreta sob a qual ela possa ser posta e exprime o seu fundamento genericamente, razão por que coincide com o fundamento do direito de punir. É ainda Vincenzo Cavallo que, ao agrupar as várias teorias a respeito da pena, leva em conta os princípios que as fundamentam, no caso:

a) aquelas que têm como fundamento a sua própria intrínseca justiça e que se distinguem em:

I. absolutas (que põem a razão da pena nela mesma, ou seja, sustentam que se pune tão-só pelo fato da existência do crime, vez que a pena é o justo castigo para o seu cumprimento – pune-se porque se desrespeitou o comando legal);

II. as relativas (que põem como fundamento da pena os fins individuais e sociais consistentes no evitar o delito para o futuro – pune-se para que não se desrespeite o comando legal);

III. as mistas ou sintéticas (que têm como fundamento da pena tanto a sua intrínseca justiça como os fins individuais e sociais, objetivando não se repitam para o futuro outros crimes).