

Você conhece a Teoria do Caso no processo penal?

22/04/2016



Alexandre Morais da Rosa
Juiz de Direito - SC

A denúncia/queixa fixa os limites do caso penal. Não se trata de um

“julgamento final”, divino, de toda a vida do acusado, ainda que muitos o façam na aplicação da pena e também seja uma das táticas (suas) manejadas no Tribunal do Júri. A conduta descrita é um enquadramento situado no tempo e no espaço[1], cuja narração ocorrerá no jogo processual com informação limitada. Por mais que os fatos possam existir antes da sentença, os efeitos dependem do reconhecimento estatal de sua verificação (informações/provas), por parte do Estado-juiz, conforme o jogo processual[2]. A decisão, que acolhe ou rejeita a conduta, estabelece os efeitos, mas não pode atestar, definitivamente, a ocorrência ou não deles. Decide-se sempre em dúvida. Caso contrário, jamais teríamos erros judiciais.

Cabe ao juiz estabelecer se as condições normativas, para imposição dos efeitos jurídicos do ordenamento (condenação ou absolvição, por exemplo), estão satisfeitas. Não se trata de capricho do julgador, mas o respeito e a aderência à normatividade. E o julgamento se dará em face de um “caso penal” apresentado a partir de enunciados que se referem ao mundo material, mas que guardam pertinência discursiva.

Com franca a influência da *common law*[3], cada vez mais ganha força (e crítica) a leitura a partir da Teoria do Caso[4], em que a singularidade do evento é construída pela atividade probatória dos jogadores (acusação e defesa), com respeito ao modelo adversarial. A lógica do *common law*, aliás, está presente na inserção de novos significantes e modos de obtenção de efeitos condenatórios, em que a “dúvida razoável” e a “colaboração premiada” são exemplos. Uma nova gramática e um novo modo de pensar a produção de verdades tensiona com a tradição continental. O transplante descontextualizado de teorias norte-americanas e europeias

para América Latina provocou graves distorções em institutos[5].

López Medina diferencia “sítios de produção” e “sítios de recepção”[6], já que o contexto de produção das normas importadas não é o mesmo, e as diferenças são forçadas em ambientes em que a tradição jurídica fica à mercê das influências as mais diversas. Por isso, o curto-circuito do processo penal que opera com diversas frequências (9.1.), a depender do modo de atuar dos jogadores/julgadores, contexto em que a Teoria dos Jogos pode contribuir para a compreensão da dinâmica do caso penal.

O modelo americano é “adversarial”, no qual o juiz se demite da “gestão da prova”, ou seja, a atividade probatória é exclusiva dos jogadores, até porque existe plena possibilidade de investigação preliminar defensiva, bem assim autorização para produção probatória, especialmente pelos custos da produção em juízo, além da disponibilidade do caso penal pela acusação. Dito de outra forma: há amplitude de investigação à margem do controle jurisdicional, salvo nos casos de medidas cautelares de prisão (*warrant*), de busca (*search*) e de apreensão (*seize* ou *seizure*), bem como a disponibilidade sobre o “caso penal” por parte do jogador acusação é ampla (poder discricionário — *discretion*), inclusive para fins de colaboração premiada e leniência[7].

A Teoria do Caso parte da singularidade do evento objeto de investigação e, ainda que possa ser rico em detalhes, justamente por ser singular, não apresenta condições de se extrair validade das inferências, salvo por meio de falácias e heurísticas manipuladas. As generalizações decorrentes de um caso julgado para utilização futura, modelo do *common law*, por sua vez, reconhecem as limitações das particularidades dos próprios casos e dos argumentos debatidos, evitando a postura indutivista ingênua, consistente em acreditar que se aconteceu X no contexto Y, significa que é possível estabelecer uma lei universal. A incomensurabilidade dos casos, no Brasil, tem sido retoricamente superada, com os riscos daí inerentes.

O julgamento do “caso penal”, assim, deve acontecer somente no momento da prolação da decisão (condenatória ou absolutória) e a homologação de colaboração premiada/leniência, sendo descabido o julgamento *prima facie*, mas somente “tendo tudo em conta”[8], especialmente o contexto em que a norma incide e as peculiaridades do caso. Nem toda subtração de coisa móvel alheia, mesmo que formalmente verificada, constitui-se, materialmente, em furto, nem justifica a aplicação de pena, dadas as múltiplas variáveis incidentes[9]. O importante é compreender, sempre, nos jogos processuais penais, a singularidade do caso único e irrepetível, em que o resultado não esteja dado de antemão.

[1] TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002, p. 102; PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 37: “Taruffo adverte quanto aos riscos de confusão entre a dimensão empírica e o enunciado dos fatos no plano do discurso sobre os fatos. Quando, por exemplo, alude-se à construção discursiva dos fatos, cuja validade depende do contraditório, segundo Taruffo — e concordo com ele — o que se tem em mente não é o fato histórico, como realidade empírica, mas ‘enunciados de distintas natureza, que se referem a ocorrências que se supõem que tenham acontecido no mundo da realidade

empírica”.

[2] MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

[3] RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006, p. 50-51: “A diferença entre os sistemas de direito comum e o de direito continental é essencialmente metodológica. No primeiro caso, utiliza-se o método indutivo; no segundo, o método dedutivo. (...) Nos dois casos, a jurisdição tem a mesma função: resolver casos concretos. Nos países de tradição jurídica inglesa, a jurisdição resolve casos concretos baseada em doutrinas criadas para solucionar litígios anteriores. Quando não há hipótese anterior, constrói uma doutrina nova para ser aplicada ao problema em exame; não uma doutrina inteiramente nova, mas o resultado da agregação dos argumentos utilizados para julgar aspectos semelhantes de casos anteriores. Daí por que seu sistema jurídico é também conhecido como ‘direito de casos’ (case law). Nos países de tradição jurídica continental, a jurisdição resolve casos concretos baseada na lei”.

[4] BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*. Madrid: Bosch, 2015; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (coord). *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norte América*. Valencia: Tirante lo Blanch, 2013.

[5] LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis 2013, p. 5-13.

[6] LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis 2013, p. 16.

[7] CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2007, p. 79-80.

[8] PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason. Springer Science+Business Media Dordrech*, 1989, p. 114 e sgts.

[9] STJ, RHC 48.317, (Min. Rogério Schietti Cruz): “1. A despeito da subsunção formal de uma conduta humana a um tipo penal, é possível concluir-se pela atipicidade material por motivos diversos, como a ausência de ofensividade penal do comportamento tido como criminoso. 2. Não mais se sustenta, no processo penal atual, a ideologia mecanicista de aplicação da lei, motivo pelo qual se exige a singularização do caso julgado, de modo a construir-se artesanalmente a decisão, que deve externar as razões que levaram o órgão competente a, apreciando as questões fáticas, com suas particularidades, eleger, dentre as possíveis, a interpretação jurídica mais justa, aplicando-se de maneira equânime o direito no caso concreto. 3. Em razão da exigência de uma leitura diferenciada do conflito de natureza penal – dadas as peculiaridades que distinguem a jurisdição penal da cível –, não há de se fechar o juiz criminal aos mandados de otimização oriundos de princípios que interferem na atividade punitiva do Estado, máxime àqueles que subjazem à ideia da necessidade, coo base justificadora e legitimadora da sanção penal. 4. A simples existência de maus antecedentes penais, sem a devida e criteriosa verificação da natureza desses atos pretéritos, não pode, só por si, servir de barreira automática para a invocação do princípio bagatelar. 5. Hipótese em que o recorrente, embora possua condições pessoais totalmente favoráveis, é primário e com histórico de apenas uma condenação penal e outra incidência em crime contr ao patrimônio, as quais, por remontarem aos anos de 1987 e 1997, respectivamente, não afastam, por força da vedação constitucional de imposição de penas com caráter perpétuo, a incidência do princípio da insignificância no furto de um porta-retrato avaliado em R\$38,00 (5,6% do salário mínimo então



vigente), praticado cerca de 16 a 26 anos depois”.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-abr-22/voce-conhece-teoria-processo-penal/>