

O PROCESSO PENAL COMO DIALÉTICA DA INCERTEZA

I- Configurações gerais do processo penal: introdução ao problema; I- a) o conceito de parte e o processo; I- b) capacidade postulatória e a fase de investigação; II- a potencialização da ampla defesa e a não-culpabilidade: a opção garantista; III – Bibliografia básica.

Eugênio Pacelli de Oliveira¹

Justificada por uma pluralidade de outras razões - já veremos algumas delas - esta Edição se apresenta como um desdobramento, igualmente histórico, da louvável iniciativa do Senado da República, no sentido de instituir uma Comissão de Juristas para a elaboração de um anteprojeto de "Novo" Código de Processo Penal brasileiro. Abstraídas quaisquer considerações acerca de possíveis desacertos e ou insuficiências na sua constituição (da Comissão), a feitura de uma nova codificação da legislação processual penal no Brasil há que ser reverenciada. Quando nada, para que se realize um esforço de atualização e de compilação da multifacetária legislação nacional. Perdido no tempo e no espaço de suas regulações, nosso processo penal, do ponto de vista da unidade e da sistematização de normas de permanente aplicação, agoniza. Conflitos de competência no âmbito da Justiça denominada comum - Justiça Federal e Justiça Estadual - amontoam-se no Superior Tribunal de Justiça; o excesso de tipificação penal, irracional até mesmo nas escolhas de proteção, faz amontoar investigações e inquéritos nas polícias e no Ministério Público; e porque impossível o escoamento de tanta demanda, amontoam-se processos na Justiça Criminal.

Certamente, não se assenta aqui a ingenuidade de se supor a possibilidade de solução de problemas estruturais unicamente por intermédio da legislação processual penal. Leis que cuidam de procedimentos e de processo não ampliam o quadro da magistratura, do Ministério Público, da Polícia, e, mais que isso, não solucionam os inúmeros e crescentes problemas sociais que invariavelmente deságuam na criminalidade. Sabe-se de tudo isso. Nada obstante, há muito que se fazer, sobretudo em relação aos problemas mais visíveis, a interferir na qualidade e na efetividade da persecução penal.

O texto que se segue não pretende ser uma "interpretação justificadora" das opções eventualmente feitas pela Comissão, de que resultou o atual PLS 156, ora em tramitação do

¹ Mestre e Doutor em Direito pela UFMG - Procurador Regional da República no Distrito Federal e Relator-Geral da Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal para a elaboração de Anteprojeto de Novo CPP.

Senado. Nosso propósito é declinar um projeto de compreensão (para a aplicação) de um modelo processual que guarde as características fundamentais traçadas pelo constituinte de 1988. Não se trata de mera especulação teórica; obramos sobre o sistema positivo nacional, submetendo o atual CPP às determinações constitucionais, ainda que com objeções *de lege ferenda*, cuidando também de apontar em que ponto ou em que pontos o PLS 156 se alinharia com as nossas pretensões hermenêuticas ou de postulação de sentido para as normas.

De se ver, contudo, que a leitura que vai adiante é, por enquanto, um ensaio. Ou, talvez, um esboço de ensaio, a ser melhor e mais profundamente desenvolvido em cada um de seus tópicos e de suas tematizações. De qualquer modo, a ocasião não poderia ser mais propícia.

I- Configurações gerais do processo penal: introdução ao problema.

1. Ainda sem adentrar o movediço campo da possibilidade de adequação das categorias essenciais do processo penal a uma teoria geral do processo, da qual se esperaria uma certa universalização dos saberes acerca do processo judicial, independentemente da natureza do respectivo objeto - conflitos trabalhistas, cíveis, tributários, penais etc - parece irrenunciável o esclarecimento de alguns conceitos fundamentais.

Nesse passo, a estrutura dialética do processo, em perspectiva mais aristotélica (dialética), via da qual a contraditoriedade das relações humanas é inerente ao "ser das coisas", estará presente em qualquer questão submetida ao Judiciário. Aliás, também o Direito, no pós-positivismo, se caracteriza pela dialeticidade. A partir, então, de um *pedido*, que aparece por meio da *ação* de alguém, inicia-se o conhecimento acerca do objeto *daquela* pretensão (o autor que pretende submeter o interesse do réu ao seu). Aquele *em face de quem se pede* deverá, então, ser ouvido, em *contraditório*. E por uma série de motivos, que vão desde a *incerteza* quanto a pertinência, veracidade e existência concreta do conjunto de elementos fáticos e jurídicos que sustentariam a pretensão levada pelo autor ao Judiciário, até a definição e delimitação dos direitos subjetivos que eventualmente estejam em oposição - contradição de pretensões -, passando pela necessidade de observância do princípio da *igualdade*, pressuposto de legitimidade da arbitragem do

conflito, na medida em que a *imparcialidade* (do árbitro ou daquele que *decide*) dependerá, objetivamente², da *paridade simétrica* da posição processual dos envolvidos.

De modo que não se pode falar em processo judicial algum sem a observância do *contraditório* e da *igualdade* (paridade) de posições entre aquele que pede e aquele em face de quem se pede. Daí, também, o conceito de *parte*, facilmente obtido da equação *pretensão (de algo) x negação ou recusa* a ela, explicitando posições *parciais* quanto à atividade desenvolvida no processo. Desnecessário dizer que a ausência de resistência ao pedido por parte do réu não desqualifica a *contradição* de direitos ou de interesses que justificaram a propositura da ação. Não houvesse ela, seria o autor *carecedor da ação*, segundo ideia geral do processo.

Parece, então, fora de maiores indagações, o significado e a utilidade dos conceitos de *parte*, de *contraditório*, de *igualdade processual*, de *pretensão*, *pedido* etc.

2. No processo penal, contudo, há, à saída, uma questão a ser resolvida, para fins de adaptação e adequação – ou não – às categorias da teoria geral do processo. Praticada uma infração de natureza penal, o autor da respectiva ação (penal) veicularia que tipo de pretensão? Seria possível afirmar-se a presença de algum *direito subjetivo* em disputa, e cuja titularidade, para fins de exercício, seria ao final afirmada em Juízo?

Nos passos de TORNAGHI³, consolida-se a distinção entre interesse *material* e interesse *processual*. O primeiro diria respeito ao *conteúdo* da decisão, enquanto o segundo se referiria à *necessidade* da via judicial. *Utilidade* e *adequação* também são elementos que frequentemente são manejados para a caracterização do interesse processual.⁴

O que nos interessa aqui é o interesse *material*, bem como a delimitação do conceito de *pretensão*.

No ponto, merece registro a *mea culpa* feita por CARNELUTTI, em manifestação em que reconheceu o equívoco de seu entendimento anterior, via do qual afirmava ser possível adaptar-se o conceito de *pretensão*, enquanto exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio, ao âmbito do processo penal. Ouçamo-lo: “...o Ministério Público, que está investido no magistério punitivo, não tem motivo e nem possibilidade de exigir o seu exercício (de sujeição de alguém à pena)... e menos ainda do imputado; em

² Por *objetividade* entenda-se aqui a equidistância concreta do juiz ou árbitro em relação ao conteúdo, fático e jurídico, que lhe submetido à apreciação.

³ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*, 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1987, p.247 e seguintes.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et all.* *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.93.

segundo lugar porque, admitindo-se mesmo que o castigo do culpado satisfaz um interesse da sociedade, personificada no Estado, tal satisfação não está a cargo do imputado, o qual até pelo contrário, enquanto culpado tem um interesse, solidário com o Estado, em ser castigado”.⁵

Não nos arriscamos a acompanhar o entendimento do ilustre jurista peninsular, segundo o qual o imputado teria um interesse solidário com o Estado, em receber o castigo⁶. É bem de ver que aludida percepção da pena não é novidade. Por isso, refutamos também, e no ponto, a leitura que faz SALGADO da filosofia de Hegel, no sentido de que o réu teria um *direito à pena*.⁷ O que se impõe coercitivamente a alguém, independentemente de sua vontade – aliás, *contrariamente* a ela, de modo geral – não pode ser classificado como *direito*. Em Hegel, o direito que surge *com a aplicação da pena*, é o de o apenado ser reinserido na sociedade; se ele não pudesse voltar a ela (sociedade) não se trataria de pena pública, mas de ruptura com o autor da infração, tendo como consequência a perda do *status* de sujeito e/ou pessoa de direitos. JAKOBS⁸ também já chegou a esta conclusão em seu problemático *Direito Penal do Inimigo*, com a distinção de que, embora se dê, ali, ao inimigo, o tratamento de *não-pessoa* (de direitos, é claro!) - mas ainda sim, indivíduo - não se chega a renunciar à pena pública.

A nosso aviso, o processo penal não se compadece com o conceito de pretensão elaborado pela teoria geral do processo. A iniciar-se pela concepção do interesse material. Obviamente, estamos a nos referir ao processo penal condenatório.

Se o processo *não-penal* guarda maior afinidade com a ideia de *conflito de interesses*, geralmente inseridos no contexto de uma *disputa* entre direitos subjetivos, nada disso ocorre no processo de natureza penal. Aliás, somente quando o processo civil trata do chamado *interesse público* (incapacidade, estado de pessoa etc), no qual se adota uma perspectiva procedimental *para além da iniciativa das partes*, é que ele poderá se aproximar do processo penal. E, ainda assim, muito timidamente.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1971.

⁶ No mesmo sentido, TUCCI, Rogério Lauria, ob. cit. P. 36, que faz a mesma objeção à conclusão final de Carnelutti.

⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

⁸ Ver nossa apresentação ao *Tratado de direito penal. Teoria do injusto e culpabilidade*. JAKOBS, Günther. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

Com efeito, não nos parece adequado e nem possível enxergar na imposição de uma pena pública o reconhecimento e a afirmação de *um direito subjetivo*, a ser satisfeito à custa do dever alheio. O acusado não mantém, em relação a quem quer que seja, o dever jurídico de se submeter à pena. A pena é-lhe imposta coercitivamente, tendo por fundamento, não uma relação de direito – individual, coletiva ou difusa -, mas a responsabilidade pessoal pela prática de um fato definido como crime. Direito subjetivo e dever jurídico, tal como o conhecemos na concepção clássica, não podem ter por objeto a infligência de um mal, ainda que sua utilização esteja legitimada no ordenamento.

Em relação à vítima, por exemplo, pode-se vislumbrar uma responsabilidade de natureza civil, no campo da teoria das obrigações. Na esteira de Carnelutti, “...*No se puede demostrar de outra manera, si se quiere razonar con rigor, la inidoneidad del ofendido para desplegar actividad de parte em cuanto al castigo y aí a los fines penales. Em verdad, la posición del ofendido es la de quien pide uma atribución a sí, y precisamente uma atribución de HABER...Tal posición es antitética a la que se refiere al castigo, la cual se resuelve em una atribución no al ofendido, sino al ofensor, y em tema de SER, no em tema de TENER.*”⁹

Tudo isso parece claro quando se discute a questão do ponto de vista do Direito Penal, quaisquer que sejam as justificativas reclamadas para a pena pública. Mas, parece-nos também necessário que tais considerações componham o ambiente teórico do processo penal, sem o que o manejo e o recurso aos conceitos da teoria geral do processo, sistematicamente utilizados na legislação, na jurisprudência e na doutrina, não se sustentarão.

I- a) o conceito de parte e o processo;

3. Quando se fala, então, em *parte*, é preciso saber se estamos a falar unicamente daquele que pede algo em Juízo – e do outro, em face de quem se pede – ou se também incluiremos no conceito a vinculação prévia ao objeto do processo (interesse material). Em processo civil sequer há esta necessidade, na medida em que a atuação das partes é sempre *parcial*, no sentido de se buscar a satisfação de um interesse (bem de vida) à custa do réu. As modificações de posição no curso do processo, relativamente ao seu conteúdo, terão

⁹ Ob. cit. p. 37.

consequências imediatas, determinando a sua extinção (do processo, com resolução do mérito – art. 269, II, III e V, CPC, por força de manifestação de vontade dos interessados).

Na ação penal *privada* até ocorre algo semelhante, exigindo a legislação que o autor-vítima se vincule necessariamente ao objeto do processo, sob pena de perempção (art. 60, I, II e III, CPP). Não nos deteremos sobre a ação penal privada. Para nós, aliás, este é um modelo injustificável, no âmbito de um processo condenatório, orientado pelo princípio da intervenção mínima. Não vemos razão alguma para a sua manutenção no processo penal brasileiro. Nesse passo, recentemente, a Lei 12.015, de 7 agosto de 2009, reduziu drasticamente, e ainda mais, o espectro da referida ação penal (privada), tornando pública, condicionada à representação, a persecução para os crimes contra a liberdade sexual (art. 213 e seguintes, CP), ressalvadas as hipóteses de ação incondicionada. O PLS 156 foi além e fez evaporar a aludida ação penal, substituindo-a pela ação pública, condicionada à representação, modelo mais adequado à satisfação do interesse público. Ao mesmo tempo, preservou a intervenção da vítima, a seu juízo de conveniência e oportunidade, seja para o ingresso no processo para fins civis, seja para a proteção quanto ao sigilo do fato. Já veremos como isso se deu.

Não é o que ocorre, como se sabe, com a ação penal pública. Nosso processo penal em vigor optou pela regra da *obrigatoriedade* da ação, titularizada em mãos do Ministério Público. Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, bem como formulado juízo positivo quanto à presença de crime, *deve o parquet* propor a ação, não podendo dela desistir (art. 42, CPP).

O PLS 156 mantém esta tradição, alterando, contudo, a legitimidade para o controle de arquivamento das investigações (PLS 156 – art. 38). Teria sido a melhor escolha?

4. O problema não é de pouca monta.

A escolha por um modelo de ação penal *discricionária*, tal como adotado nos Estados Unidos, por exemplo, exige uma configuração de Estado com algumas peculiaridades. Ora, qualquer exercício do poder público deve se submeter a algum tipo de controle, seja ela a atividade parlamentar, executiva ou aquela responsável pelo incremento de políticas de interesse público, como se dá com a persecução penal. É dizer, se o Ministério Público, responsável por ela (persecução), pudesse agir discricionariamente, isto é, com liberdade de escolha sobre *prioridades*, e, enfim, sobre a própria política de proteção penal (afinal, se se pode *escolher* o processo, escolhe-se, em conseqüência, a razão de melhor tutela – bem jurídico!), não deveria ele se submeter a alguma instância de controle,

pública ou privada? De ver-se que nos EUA o controle da atuação do Ministério Público, incluindo o *plea bargaining* (transação e acordos sobre o crime e sobre a pena), é realizado, *a posteriori* (é claro!) pelo eleitorado, na escolha do Procurador-Geral, que, a seu turno, determina, hierarquicamente, a atuação dos demais.

Não é evidentemente o que dispõe a nossa Constituição da República.

O Ministério Público brasileiro não é eleito. E, mais. Sequer o Procurador-Geral da República, no âmbito do MP Federal, e os Procuradores-Gerais dos Estados, indicado (o primeiro) e escolhido (o segundo) pela Chefia do Executivo – esse, sim, eleito – detém qualquer poder hierárquico sobre os demais membros. O princípio constitucional da independência funcional assegura liberdade de ação aos órgãos do *parquet* (art. 127), ressalvadas as hipóteses de revisão de que é exemplo o disposto no art. 28 do CPP. Exemplo, aliás, que indica uma das únicas formas de controle da atuação do Ministério Público no processo penal, na fase de postulação. Controle *devido*, mas inteiramente *inadequado*. O juiz não deveria se manifestar sobre juízo negativo do Ministério Público, até porque na referida manifestação – de discordância com o arquivamento requerido pelo MP – há manifesta apreciação prévia e indevida do material probatório, como que antecipando avaliações de mérito, sem a instauração do contraditório.

O PLS 156, no ponto, modifica inteiramente o cenário. O arquivamento submete-se ainda a controle, mas não mais em mãos do juiz, e, sim, da vítima (art. 38-PLS 156). Na verdade, o controle até pode ser qualificado como *hierárquico*, na medida em que a decisão final acerca da postulação fica no âmbito do próprio *parquet*, como, aliás, ocorre no atual art. 28, CPP. No entanto, a *provocação* do juízo revisional sai agora (PLS 156) das mãos do magistrado para o juízo de conveniência (e pacificação) da vítima, que já detém legitimação ativa para a ação penal subsidiária, no caso de inércia do MP (art. 5, LIX).

São, duas, portanto, as formas de controle da atuação do *parquet* no processo penal: a) o do *arquivamento* (art. 28, CPP), e b) da observância dos prazos para manifestação, após o encerramento do inquérito, permitindo-se à vítima o exercício da ação penal subsidiária (art. 29, CPP, e art. 5, LIX, CF).

Sendo assim, perfeitamente compreensível a opção pela adoção do princípio da *obrigatoriedade* da ação penal, devendo o MP se orientar pela regra da *objetividade* ou *legalidade*. Não só por estas razões (de controle), mas, sobretudo, em razão da configuração constitucional do nosso *parquet*, vocacionado institucionalmente para a atuação *custos legis*, isto é, para a atuação dirigida à reta aplicação da lei penal, cabendo a

ele zelar pela ordem jurídica e não pelos interesses acusatórios ou *de parte acusadora*. Por isso, justificado o art. 395 do CPP, reproduzido no PLS 156 (art.409) a ditar a possibilidade de o juiz proferir sentença condenatória, ainda que tenha o MP se manifestado pela absolvição. Naturalmente, não se incorporou a parte relativa à possibilidade de o juiz reconhecer agravantes ou causas de aumento não alegadas na acusação.

Assentada, então, a posição *custos legis* do Ministério Público, o processo penal brasileiro passa a não depender de uma concreta configuração do modelo acusatório para permitir o julgamento da causa, independentemente da manifestação ministerial pela absolvição. É que, obrigado à ação, a modificação posterior quanto ao conteúdo do processo (condenação ou absolvição, ao final) não se submete mais a nenhum controle, por parte de quem quer que seja. Assim, se o objeto do processo, em uma ação penal obrigatória, *não é disponível*, parece-nos incompatível admitir-se a extinção dele (extinção também da punibilidade???) por força da manifestação ministerial pela absolvição. Aquele que, inicialmente, seria *obrigado*, poderia *desobrigar-se* em alegações finais. Essa a questão: se não se adota o princípio *dispositivo* e sim o da *obrigatoriedade*, não se pode afastar a apreciação da causa pelo juiz.

No ponto, veja-se lição de Jorge Figueiredo DIAS: “...Da mesma forma que, acabamos de ver, não vale em processo penal o princípio da discussão (processo como duelo de partes), em qualquer de suas manifestações mais importantes, também ali não há lugar para o princípio dispositivo. Isto é, como já se sugeriu, consequência da fundamental *indisponibilidade do objecto* processual penal e conduz à impossibilidade de *desistência* da acusação pública, de acordos eficazes entre a acusação e a defesa e de limitações postas ao tribunal *na apreciação jurídica* do caso submetido a julgamento. ...Pode o MP ter pedido a absolvição do arguido eo tribunal condená-lo – como pode a defesa, considerando provado o crime, pedir apenas a condenação em uma pena leve e o tribunal absover o arguido”.¹⁰

I - b) capacidade postulatória e a fase de investigação;

5. Embora seja de toda conveniência a coordenação da atividade investigativa pelo órgão responsável pela acusação, até mesmo com atribuição para determinar todos os caminhos a serem ali percorridos, o fato é que a Constituição da República não foi sensível a esta recomendação, adotada, de resto, em inúmeros ordenamento.

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. 1ª. Edição. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 195.

A polícia “judiciária” – a expressão é equívoca e de todo incorreta – recebeu suas atribuições investigativas no próprio texto constitucional (art. 144, CF), o que, à falta de uma explicitação do significado da norma relativa ao *controle externo da atividade policial* reservado ao Ministério Público (art. 129, VII, CF) e de uma efetiva tomada de posição, autoriza a compreensão no sentido de que a autoridade policial teria uma certa autonomia investigativa, no sentido apenas de poder adotar as diligências que lhe pareçam pertinentes à elucidação do caso, não lhe sendo permitido, porém, desatender às requisições ministeriais.

Nesse passo, tem a polícia atribuição para representar ao juízo criminal, para fins de obtenção de ordem judicial para as prisões cautelares, para as interceptações de comunicações, para a busca e apreensão domiciliar e, enfim, para o tangenciamento das inviolabilidades pessoais. E, isso, independentemente da concordância ou não do Ministério Público. Essa, ainda que não implique sequer uma *razoável* escolha, parece ter sido uma opção constitucional, quaisquer que tenham sido as respectivas justificações (tradição do processo penal de 1941, interesses corporativistas etc.).

De modo que, a despeito de não se poder afirmar que a polícia investigativa tenha qualquer capacidade postulatória – afinal ela não *postula*, mas *representa* – a fase de investigação no processo penal não tem as mesmas cores e conotações do *processo cautelar*, que exigiria a *legitimidade de parte* para a postulação de providências acautelatórias junto à jurisdição.

Com efeito, quando se representa (a polícia) pretensão de *prisão cautelar*, não se instaura ali um típico *processo cautelar*, submetido aos rigores das condições da ação e dos pressupostos processuais. Trata-se certamente de uma medida com feições *cautelares* ou *acauteladoras* de algo, anterior ao exercício da ação, mas realizada no âmbito de um procedimento regularmente previsto em lei, por órgão a tanto legitimado, também no foro constitucional.

II- a potencialização da ampla defesa e a não-culpabilidade: a opção garantista

6. O modelo mais adequado ao processo penal, sob a perspectiva de um Estado de Direito, no qual se reconhece e se direciona a base fundamental da organização política para a realização dos direitos fundamentais, há que ter, segundo nos parece, estrutura *garantista*, na melhor acepção do termo e da teoria que elaborou Luigi FERRAJOLI, em

obra já bem conhecida do público brasileiro, a partir da tradução para o português do portentoso tratado intitulado *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*.¹¹

Nela, o ilustre jusfilósofo italiano disseca a ampla movimentação teórica que permeou a evolução da filosofia do Direito Penal (e do Processo Penal) ao longo dos últimos séculos, detendo-se em minuciosas investigações acerca do papel da filosofia política (do Estado) na conformação dos direitos humanos. O resultado é a estruturação de um sistema de direitos no âmbito de um Estado também (e por isso mesmo) de Direito, a ser reconhecido como SG, com a seguinte axiomatização: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine iudicio*; A8 *Nullum iudicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione* e A10 *Nulla probatio sine defensione*.

Malgrado toda a riqueza do mencionado tratado, nos deteremos aqui unicamente na conexão garantista com o princípio da não-culpabilidade, nos seus aspectos tipicamente processuais.

7. Segundo nos parece, o princípio da não-culpabilidade (ou inocência) encontra sua mais radical fundamentação na *incerteza*, enquanto ponto de partida. Praticado um fato lesivo e com aparência de tipicidade penal, cumpre ao Estado promover a descoberta de sua autoria e também adequá-lo a um modelo sancionatório regularmente previsto em lei. Mas, e isso é decisivo, deve-se partir da *incerteza* e não da *possibilidade de certeza*, a ser aferida pelas conclusões da autoridade investigate ou daquela com atribuição para a postulação junto à jurisdição.

Naturalmente, ao Judiciário não se autoriza o *non liquet*; ao contrário, espera-se dele uma avaliação conclusiva acerca da matéria – probatória e de direito – que lhe é submetida. Até porque, como assentamos em *apresentação* à obra coletiva acerca do *garantismo*, “...A antítese levantada pelo garantismo residiria, aqui, na *legalidade x decisionismo*, de modo a reduzir o papel “criativo” do juiz na construção do sentido das normas penais (vedação da analogia *in malam partem* etc.), mas também, no particular, a consolidar a ideia de potencialização da ampla defesa, para fins de conhecimento mais exauriente das questões de fato e de direito. Ferrajoli alerta para o fato de que, sendo a decisão judicial um ato de autoridade, seria necessário exigir que o juiz fundasse o seu

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

convencimento na ampla pesquisa sobre os fatos, de tal modo que, quanto maior fosse este (conhecimento) menor seria o manejo daquele (autoridade). Nova antítese: *saber x poder*.¹²

A incerteza quanto ao fato e quanto ao direito aplicável não é prerrogativa do conhecimento jurídico. Ao contrário. Lê-se em quase toda teoria do conhecimento pós-iluminista a nota da falibilidade dos eventuais acertos. Não que se deva renunciar à certeza nas ciências, mas acentuar a prudência quanto aos seus resultados.¹³

O conhecimento *processual* obedece a regras específicas para a produção de certeza (judicial). E muitas delas são demasiado frágeis, como ocorre, por exemplo, com a prova testemunhal, em cuja *representação* do fato o tempo interfere inexoravelmente, sem falar nos riscos de intimidação, de tomada de consciência etc. A reserva de insuficiência do conhecimento, portanto, se não impede a possibilidade de sua produção, recomenda, no mínimo, cautela quanto aos seus resultados prévios.

Posta a acusação, deve-se *duvidar* dela. Não por razões associadas às peculiaridades do caso, mas como *método* de exploração na formação do convencimento judicial. A estrutura dialética do processo – já assentada definitivamente – deve iniciar-se não pela acusação, mas pela sua *negação*. O que deve ser potencializado é a *contradição* e não a *afirmação*. Sempre será possível justificar a absolvição de um efetivamente *culpado*; já a condenação de um *concretamente inocente* não. O custo social é impagável.

Por isso, a opção do PLS 156 é eminentemente garantista, sem qualquer perda, porém, da efetividade da persecução penal.

Veja-se, por exemplo, que a principiologia adotada como orientação hermenêutica do Novo Código acentua que “A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal” (art. 5, PLS 156).

Na mesma linha, no âmbito dos recursos, o disposto no art. 459 (PLS 156), a afirmar que “No recurso exclusivo da acusação, poderá o tribunal conhecer de matéria que,

¹² FISCHER, Douglas *et all.* *Garantismo integral*. Escola Superior do Ministério Público da União, 2010, *no prelo*.

¹³ Registre-se, ainda que sem adesão completa às teses de Popper, as precisas observações do mestre vienense: “O exame crítico das nossas conjecturas tem importância decisiva: põe em evidência nossos erros e nos leva a compreender as dificuldades do problema que pretendemos solucionar. É assim que nos familiarizamos com os problemas e podemos propor soluções mais maduras: por si mesma, a refutação de uma teoria constitui sempre um passo que nos aproxima da verdade. Dessa forma, aprendemos com os erros. POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações. O progresso do conhecimento científico*. 5ª. Edição. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 2008, *prefácio*.”

de qualquer modo, favoreça o acusado”. Também o art. 449: “O recurso da defesa devolve integralmente o conhecimento da matéria ao tribunal”. E, por fim, o disposto no art. 510 (PLS 156): “O recorrente poderá sustentar oralmente suas razões, cabendo ao recorrido se manifestar no mesmo prazo. No caso de recurso da defesa, poderá ela se manifestar novamente, após o Ministério Público”.

Todas essas disposições, acrescidas daquelas atinentes aos embargos infringentes, cabível apenas em favor da defesa (art. 478 – PLS 156), buscam potencializar ao máximo a ampla defesa, sem causar qualquer prejuízo à função persecutória. Aliás, tais medidas justificam-se até mesmo na ordem processual atual – de 1941 – na medida em que há previsão legal de ação de revisão criminal *unicamente para a defesa*, vedada a revisão *pro societate*.

Apenas uma leitura essencialmente *privatista* do processo penal, ou, quando nada, associada ao princípio *dispositivo*, que deixa o resultado do processo em mãos e à sorte dos contendores, poderá reclamar de violação ao princípio da igualdade. Afinal, pode-se indagar, porque isso (e aquilo) é permitido à defesa e não o é para a acusação?

Igualdade de partes – vimos, já – ou é inerente ao ambiente do processo *dispositivo*, pouco importando se o resultado obtido decorreu da insuficiência defensiva, ou resume-se apenas ao seu aspecto *formal*. Evidentemente, deve a acusação ter o mesmo prazo para se manifestar no processo; deve, igualmente, poder se manifestar sempre em contraditório; deve poder recorrer; deve poder produzir prova – e sem a ajuda do juiz – e, enfim, deve exercer livremente toda atividade que legitima os interesses acusatórios. Uma inquietação: porque há *ampla defesa* e não *ampla acusação*?

Mas, do ponto de vista do conteúdo do processo, deve-se submeter à dúvida, sempre, as conclusões em favor da condenação, na exata medida em que a sentença penal condenatória não implicará nenhum exercício de direito subjetivo a quem quer que seja. Muito pior: poderá implicar a privação da liberdade de alguém – responsabilizado por seu comportamento lesivo – com inegáveis e irrecuperáveis consequências sociais, dado que, sabe-se, a pena pública é suportada pelo réu, mas repercute intensamente na circunferência de suas relações.

Em síntese: no processo penal, na condenação – sobretudo – não há vencedor e vencido. Somos todos perdedores, a começar pela vítima.

III- Bibliografia básica

CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1971

DELMAS-MARTY, Mireille (coord.) *Processo penales de europa* (Alemania, Inglaterra Y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia). Zaragoza: Editorial Edijus, 2000

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. 1ª. Edição. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas *et all*. *Garantismo integral*. Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, *no prelo*.

GRINOVER, Ada Pelegrini *et all*. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal. Teoria do injusto e culpabilidade*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 12º. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações. O progresso do conhecimento científico*. 5ª. Edição. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UNB, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SCHLUCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Revisión de la traducción: Ináki Esparza Leibar e Andréa Pchadel Gargallo. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*, 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.