

O processo penal como dialética da incerteza

Eugênio Pacelli de Oliveira

Sumário

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.

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

Eugênio Pacelli de Oliveira é 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.

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 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; obruamos 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, objetivamente¹, 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,

¹Por objetividade entenda-se aqui a equidistância concreta do juiz ou árbitro em relação ao conteúdo, fático e jurídico, que lhe submetido à apreciação.

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 Tornaghi (1987, p. 247 e ss.), 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. (GRINOVER, 202, p. 93)

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 (1971), em manifestação em que reconheceu o equívoco de seu entendimento anterior, via do qual afirmava ser possível adaptar-se o conceito de *pretensão*, como 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 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".

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 castigo². É bem de ver que aludida percepção da pena não é novidade. Por isso, refutamos também, e no ponto, a leitura que faz Salgado (1996) da filosofia de Hegel, no sentido de que o réu teria um *direito à pena*.³ 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. Jakobs (2009) 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,

² No mesmo sentido, Tucci (2002, p. 36) faz a mesma objeção à conclusão final de Carnelutti.

³ SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça em Hegel. São Paulo: Loyola, 1996.

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.

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 inflicção 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 91971, p. 37),

“... No se puede demostrar de outra manera, si se quiere razonar com 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.”

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 con-

siderações 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.

1 - 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 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 preempção (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 *obligatoriedade* 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 consequência, 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 (2004, p. 195): "...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* pro-

cessual 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".

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.

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 legítima, 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 (2002), 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*.

Nela, o ilustre jusfilósofo italiano dissecou 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 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*. (FISHER et al, 2009 no prelo)

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.⁴

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.

⁴ Registre-se, ainda que sem adesão completa às teses de Popper (2008), as precisas observações do mestre vienezense: 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.

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, 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.

Referências

- CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1971.
- DELMAS-MARTY, Mireille (Coord.). *Processo penales de europa* (Alemanha, Inglaterra Y País de Gales, Bélgica, Francia, Itália). Zaragoza: Editorial Edijus, 2000.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Reimpressão. Coimbra Editora, 2004
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FISCHER, Douglas et al. *Garantismo integral*. Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, no prelo.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico*. 5. ed. Tradução de 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: Inâki Esparza Leibar e Andréa Pchadel Gargallo. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.