

O PROCESSO PENAL E O FIEL DA BALANÇA

Clarita Eveline Moraes Varella

Advogada

Presidente do Instituto de Processo Penal da PUCRS

A hipótese de um cidadão inocente sujeitar-se ao processo, mais parecia uma antecipação da pena, por outro lado, o questionamento de como se fazer a perseguição estatal que não fosse dessa maneira? Com o enfoque de que o processo penal é a “tutela da liberdade do cidadão”, foi possível aquietar o coração e vislumbrar o equilíbrio do fiel da balança do justo.

E com base nos ensinamentos do Professor Paulo Cláudio Tovo, em especial sobre o tema por ele desenvolvido, “*Introdução à principiologia do Processo Penal Brasileiro*”, publicado no livro “*Estudos de DIREITO PROCESSUAL PENAL*” que escrevo sobre aqueles princípios que considero portadores de uma ação transmutadora, capaz de uma verdadeira alquimia para realização da liberdade de toda vida, mantendo o fiel da balança equilibrado.

1.1. Princípio da proteção dos inocentes:

Este primeiro princípio é oriundo da expressão de Eduardo J. Couture: “O indivíduo encontra no processo civil ou penal a cidadela de sua inocência”.

O processo é entendido como o instrumento de tutela mais direta e eficaz da condição individual do ser, como uma garantia individual.

Partindo do entendimento de que o “*Processo Penal é a tutela da liberdade do cidadão*”, o Dr. Paulo Cláudio, desenvolveu seu estudo de que o Direito Processual Penal é o “*direito protetivo dos inocentes. Inocentes não no sentido de santidade ou angelicalidade, mas, sim, de inocentes (não*

nocentes) da acusação que lhes é imputada". E que cada dispositivo do Código de Processo Penal "*constitui um verdadeiro escudo de proteção*" para o acusado, limitando o persecutório estatal. (Estudos de direito processual penal, pags. 13 e 14, Editora Livraria do Advogado).

Neste sentido o Código de Processo Penal vem determinar a medida dos atos necessários de defesa a disposição do acusado diante da imputação que lhe foi feita, independentemente de possível condenação ou absolvição, é a lei reguladora desta garantia individual do cidadão, seja ele culpado ou inocente.

Esta proteção é estendida a todos indistintamente e ditada pela própria Constituição Federal, em seu art 5º, LV :

" aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; ".

1.2. Princípio da acusação explícita:

A denúncia é o ato processual que dá início a ação penal, "*deduz a pretensão punitiva em juízo ou apenas a pretensão de pronúncia do denunciado em se tratando de crime de competência do júri, ficando a pretensão punitiva, nesta hipótese, para ser apresentada com o libelo.*" (*Apontamentos e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro, pág.11, de Paulo Cláudio Tovo, Sérgio Antônio Fabris Editor*).

Na peça acusatória, o fato descrito deve ser subsumível a uma descrição abstrata da lei com a mais perfeita adequação entre o fato e o tipo, mas o acusado defende-se da imputação contida no fato descrito e não da classificação, porque são requisitos essenciais da denúncia a identificação física do acusado e a narrativa concreta do fato delituoso subsumido ao tipo penal.

O fato deve ser descrito de forma específica com exatidão e a narrativa deve ser feita de uma maneira explícita que possibilite visualizar o acontecido, ou seja, quem é o acusado e de que está sendo acusado.

Muito embora o art 384 combinado com seu parágrafo único do CPP admita a acusação implícita e até o vislumbre por parte do magistrado, de "circunstância" elementar não contida na inicial acusatória e absurdamente só exigindo o aditamento da denúncia ou queixa quando importar em aplicação de pena mais grave, vale dizer, o juiz muda a acusação como se fosse acusador. Entende o eminente professor que "*Na dogmática do processo penal brasileiro não existe mais, a nosso sentir, a tão falada mutatio libelli, nem tão*

pouco a emendatio libelli, posto que o juiz é órgão da jurisdição, não lhe cabendo mudar ou sequer emendar o libelo. Na hipótese do art. 383 não há qualquer emenda, tendo em vista que o libelo, no processo penal, está contido na narrativa da inicial acusatória e não propriamente na classificação feita pelo acusador. Se este classificou mal, mas narrou bem, o que importa para o juiz é a narrativa, como deflui claramente do texto do dispositivo em pauta. Vigê aí o princípio – dá-me o fato que eu te darei o direito.” (Estudos de direito processual penal, pág.31).

É o princípio da iniciativa das partes que limita a atuação dos órgãos jurisdicionais que são desinteressados, imparciais, inertes e passivos atuando somente quando provocados, no caso pelo aditamento do Ministério Público que é o órgão competente com legitimação ativa e iniciativa privativa na ação penal pública.

1.3. Princípio da ampla defesa:

Eduardo Couture faz um estudo do paralelismo que existe entre a ação e a exceção, se a ação é o substituto civilizado da vingança, a exceção é o substituto civilizado da defesa, sendo a primeira o direito de atacar, a exceção é a defesa contra este ataque. Se o demandado deve suportar o peso da tramitação de um processo. “ *Existe para él una verdadera necessitas defensionis.*” (*Fundamentos del derecho procesal civil, de Eduardo J. Couture, Ediciones Depalma Buenos Aires, Reimpresión/1997*).

Para Carnelutti, a defesa é o reverso da pretensão, o demandado ao defender-se não pretende um direito para sí, mas a inexistência de um direito para o adversário.

O procedimento legal foi considerado como uma garantia essencial do demandado, da qual nenhuma lei poderá privá-lo. Esta garantia de ordem estritamente processual transformou-se em símbolo da garantia jurisdicional em si mesma. Consistindo a garantia de defesa em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido de acordo com a forma estabelecida pela lei.

Liebman inclui a ampla defesa na categoria dos direitos cívicos, por entender ser um atributo da personalidade do indivíduo inato a todos indistintamente. (*Manuale di diritto processuale civile, v. I/10 e 11*)

Quando o Dr. Paulo Cláudio aborda este princípio, desdobra a ampla defesa em autodefesa ou defesa pessoal e defesa técnica, consubstanciando a

plenitude do direito natural de defesa.

A autodefesa ou defesa pessoal, como sendo ato do acusado, seja no momento do interrogatório quando procura se justificar ou quando colabora com seu defensor no decorrer do processo. Salientando que não havendo convergência entre réu e defensor, este deverá buscar os motivos da oposição e até mesmo suscitar a insanidade mental de seu patrocinado. Entendendo que a autodefesa é indisponível, tal qual a defesa técnica.

“Assim sendo, quando o acusado se cala, se torna revel, se oculta com medo da prisão ou mesmo não colabora com o defensor técnico no fluir do procedimento penal em nenhuma destas hipóteses abstensivas poderíamos admitir que os malefícios de seu agir recaiam sobre ele de modo a consagrar-se a injustiça manifesta, como evidentemente o permite o Código de Processo Penal vigente, a partir dos arts. 594 e 595, ainda que essa possível iniquidade possa ser reparada via revisão criminal.” (Estudos de direito processual penal, pags. 15 e 16).

Cumpra citar a jurisprudência do STF:

“Entretanto, ocorrendo conflito de vontades entre o acusado e seu defensor, quanto à interposição de recurso, resolve-se, de modo geral, em favor da defesa técnica, seja porque tem melhores condições de decidir da conveniência ou não de sua apresentação, seja como forma mais apropriada de garantir o exercício da ampla defesa.” (RECr.188.703-SC, 2ª T/STF, in RTJ 156/1074). = in Constituição Federal interpretada pelo STF de Antônio Joaquim Ferreira Custódio.

1.4. Princípio do contraditório:

O contraditório faz com que haja equilíbrio entre as partes na relação, assegurando que uma não pode gozar de mais vantagens que a outra.

É a segurança para que se faça justiça, elevado a garantia constitucional, inciso LV, do art 5º da C.F. :

“ LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Pela ótica constitucional, toda norma que desrespeitar o contraditório estará eivada de inconstitucionalidade material, já que é princípio consagrado entre os direitos e garantias fundamentais.

Em artigo “Celeuma extemporânea sobre inquérito policial”, publicado

no jornal da Ajuris nº05, Dr. Tovo fez uma crítica ao inquérito policial, no sentido de que o inquérito policial serve para embasar a viabilidade da acusação e uma vez admitida a acusação não mais se cogita das peças do inquérito que foram colhidas fora do sistema dialético onde se preservam as garantias fundamentais do cidadão: “ *servir o inquérito como meio de prova subsidiário da convicção do juiz. Isto se constitui, sem dúvida, num manifesto atentado à principiologia consagrada desde a Lei Maior. Pois elementos contidos na instrução provisória que não tenham passado pelo crivo do contraditório e da mais ampla defesa, jamais deveriam embasar juízos condenatórios, nem mesmo subsidiariamente...Na verdade, a finalidade última do inquérito policial é servir de base ao primeiro pronunciamento jurisdicional e que versa sobre a viabilidade da acusação formulada. Daí em diante não há mais que se falar em inquérito policial (senão no tocante às provas não-renováveis)...”*

A doutrina considera o princípio do contraditório inerente a própria noção de processo.

No dizer de Ada Pellegrini Grinover, o processo dialético se realiza, somente pela soma das parcialidades das partes, que são a tese e a antítese, cabendo ao juiz corporificar a síntese. (Teoria Geral do Processo, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, ed. RT)

No livro Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição, que o Dr. Paulo Cláudio Tovo escreveu em parceria com seu filho João Batista Tovo, há uma passagem que merece um destaque especial, quando afirmam a existência de um princípio que se sobrepõe ao princípio do contraditório e deve ser respeitado:

“...se há de observar, não o contraditório pleno, no interrogatório do imputado, mas sim, o contraditório restrito, em obediência a um princípio ainda maior e também de direito natural, que é a inviolabilidade do sacrário íntimo da consciência do imputado. Pois, de outro modo haveria possibilidade de devassa nesse recinto impenetrável da alma humana. Somente o terceiro imparcial deverá interrogá-lo, observando-se o contraditório restrito, pela presença fiscalizante da acusação e da defesa.” (pág. 23, Sérgio Antônio Fabris Editor).

1.5. Princípio da congruência da condenação com a acusação:

Se é da acusação que o réu se defende, surge o efeito vinculativo entre a acusação e a condenação, não podendo o juiz afastar-se desse binômio que traduz o princípio da congruência da condenação com a acusação. Para que o fiel da balança esteja equilibrado a sentença deve demonstrar exatamente a perfeita adequação com a acusação. No dizer do Dr. José Henrique Pierangeli é o “juízo de tipicidade” realizado pelo juiz:

“O juiz comprova a tipicidade comparando a conduta particular e concreta com a individualização típica, para ver se se adequa ou não a ela. Este processo mental é o juízo de tipicidade que o juiz deve realizar.” (Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, ed. Revista dos Tribunais, pág. 447).

O Dr. Paulo Cláudio ao discorrer sobre este princípio, faz uma análise do sistema processual brasileiro que é o acusatório, ressaltando que não é um acusatório puro, porque em relação à investigação da verdade guarda resquícios do sistema inquisitorial, salientando que:

“... o sistema acusatório caracteriza-se justamente pelo fato de as funções de acusar, defender e julgar serem atribuídas a sujeitos diversos, de tal modo que a defesa pressupõe uma acusação precisa e concreta, para ser efetivamente a mais ampla possível e julgamento, a seu turno, subentende à acusação e a defesa contrapostas.... Quaisquer acréscimos acusatórios, em suma, devem ser obra exclusiva do órgão competente, que é o órgão da persecução penal e não o da jurisdição.” (Estudos de Processo Penal, pág.45)

1.6. Princípio da investigação da verdade:

O que se busca no processo penal condenatório é a verdade, aquilo que realmente aconteceu, visando a mais perfeita justiça.

“...verdade, no tocante ao fato objeto de imputação, é aquilo que realmente aconteceu. Pois, é pretérito, e dele subsistem apenas rastros. Vestígios materiais e/ou imateriais, através dos quais reconstruímos idealmente o que realmente aconteceu.” (Estudos de processo Penal, pág.22).

Ao nos depararmos com os fatos já acontecidos, a busca para reconstruí-los deve ser minuciosa, sendo avaliado cada passo, seguindo a trilha com cautela, vão se verificando os rastros deixados, que são as provas, sendo possível encontrar o caminho e chegar a verdade material ou real.

O processo penal nem sempre irá refletir aquilo que realmente aconte-

ceu, como o espelho d'água em dia de sol, verdade real. O dia poderá estar nublado e somente a verdade formal que está documentada nos autos é que valerá para o mundo, portanto a verdade formal, nem sempre é o espelho da verdade real.

Diferentemente do processo civil que se sustenta com a verdade formal, pois havendo lide, os fatos alegados pelo autor e não contestados pelo réu, se presumem verdadeiros. No processo penal, a acusação e a defesa buscam a apuração do fato imputado, através da reconstrução, e não há lide.

No processo penal, já se tem a materialidade e a autoria, se perquiri da reprovabilidade, diante daquela realidade, verdade real.

1.7. Princípio do devido processo legal:

Todo processo segue um desencadeamento lógico e se desenvolve através de uma seqüência de atos, avançando até seu fim último que é a conclusão. Essa série de atos constitui uma unidade e a seqüência destes não é processo, mas procedimento.

A relação jurídica processual é a interação, o liame, a vinculação que se estabelece entre as partes e os órgãos da jurisdição e entre as partes entre si, sempre mantida a individualidade primitiva de cada um.

No dizer do Dr. Paulo Cláudio, “... *O devido processo legal seria, assim, a síntese de todos os princípios que se referem ao direito natural de defesa em juízo...*”

O princípio teve sua origem histórica na Carta Magna, instituindo que ninguém seria despójado de sua vida, de sua liberdade ou propriedade senão em virtude do devido processo legal.

A garantia materializada na *Constituição Federal, art 5º, LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*; permite ao acusado a busca pelo justo, e o benefício da proteção da lei contra o arbítrio do Estado.

E ao mesmo tempo que indivíduo o vê no processo a tutela de sua própria personalidade, a comunidade vê o cumprimento de um dos mais altos fins que é a realização efetiva das garantias de justiça, paz, segurança, ordem e liberdade, consagradas na Constituição, é o equilíbrio do justo.

Se o indivíduo não tiver a segurança de que o processo mantém o equilíbrio, o fiel da balança estaria pendendo apenas para um dos lados, porque é o único instrumento idôneo “*para darle la razón cuando la tiene y hacerle*

justicia cuando le falta,..." (Fundamentos del derecho procesal civil, de Eduardo J. Couture, pág. 146, Ediciones Depalma Buenos Aires, Reimpresión/1997).