



www.ebooksbrasil.org

Das Formas Lógicas no Processo Penal
Paulo Mauricio Serrano Neves

Edição
LIBER
LIBER

Versão para eBook
eBooksBrasil.com

Fonte Digital:
Documento do Autor

Copyright:
© 2001-2006 Paulo Mauricio Serrano Neves

Das Formas Lógicas no Processo Penal

Subsídios para o devido processo legal

**Paulo Mauricio
Serrano Neves**

DAS FORMAS LÓGICAS NO PROCESSO PENAL

Paulo Mauricio Serrano Neves
23º Procurador de Justiça Criminal do Estado de Goiás

Subsídios para o devido processo legal

Propõe-se uma incursão pelo inquérito, denúncia, instrução e pronúncia, sob o enfoque da segurança processual obtida a partir da compreensão das formas lógicas impostas pelo Código de Processo Penal

ÍNDICE

I – INTRODUÇÃO — 6

II – DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO — 11

III – DAS FORMAS LÓGICAS EM ESPÉCIE — 15

1 – Do Inquérito Policial — 15

2 – Da denúncia — 17

3 – Da instrução criminal — 22

a) do ônus da prova da alegação [art. 156 do CPP]. —
22

b) do contraditório. — 23

4 – Da Pronúncia — 25

IV – CONCLUSÃO — 29

BIBLIOGRAFIA — 31

Notas — 32

DAS FORMAS LÓGICAS NO PROCESSO PENAL

Paulo Mauricio Serrano Neves

I – INTRODUÇÃO

O direito penal, pelo seu caráter sancionador de condutas não aceitáveis, tende a atuar sobre os indivíduos na proporção em que outros instrumentos reguladores falham. Os outros instrumentos atuam como um risco de giz no chão, assinalando os limites. O direito penal é a cerca eletrificada que, com um choque, estimula o indivíduo a retornar para dentro dos limites, e o condiciona a que uma conseqüência desagradável seguirá, sempre, o passar da linha. Desta forma, o direito penal pode ser alocado como a última razão reguladora, tanto pelo que promete [prevenção] quanto pelo que cumpre [reprovação]. O direito penal, então, terá o seu posicionamento na periferia do espaço regulado pelos outros direitos, aos quais pretende restaurar a eficácia quando o indivíduo falha na obediência.

"A integração social conta sobretudo com dois instrumentos de controle [que se costumam referir a duas formas mais ou menos institucionalizadas de poder

existente em toda sociedade, o poder ideológico e o poder político]: a socialização, isto é, a prossecução da adesão a valores estabelecidos e comuns, e a imposição de comportamentos considerados relevantes para a unidade social, com a conseguinte repressão dos desviantes; ambos são, ao fim e ao cabo, o consenso e a força de todas as teorias políticas tradicionais."

[NORONHA, Fernando. *Direito e Sistemas Sociais*. Florianópolis. Ed. da UFSC. 1988 – citando, na página 65, o inigualável Norberto Bobbio.]

Como produto cultural, o direito conhece da semelhança entre situações e as identifica em um padrão, no sentido de que, no futuro, ocorram sempre do mesmo modo. Como produto cultural, a efetividade do direito toma corpo nos níveis mais altos de estrato cultural [criação da norma], enquanto a eficácia pretendida é universal [sociedade], alcançando todos os níveis culturais.

Sendo certo que existem uns indivíduos mais capazes e outros menos capazes de entender e de obedecer, seja por ter a natureza os dotado de potenciais diferentes, seja por ter o processo cultural atuado de forma diversa, não será, no mínimo, civilizado, concluir que o direito penal tem eficácia pretendida contra os hiposuficientes.

A natureza faz sucumbir os mais fracos e os inadaptados, para que o aparente equilíbrio dos mais fortes e adaptados não seja perturbado, e o faz sem o concurso da cultura. Como espécie que se distingue das demais pelos atributos da inteligência, não pode o homem renunciar a fortalecer os fracos e adaptar os inadaptados, sob pena de renegar a própria natureza.

A contribuição dos instrumentos informais de

regulação das condutas [escola, religião, família, clube, etc.] varia em função da dominação que possam exercer sobre os indivíduos num determinado momento. A variedade de ofertas, se por um lado pluraliza o conhecimento, por outro lado enfraquece a instrumentalidade, na medida em que o conflito enfraquece a validade dos instrumentos. Em grosseira suma: o temor de ir para o inferno foi substituído pelo de ser apanhado na malha fina do imposto de renda.

Assim, falha o direito na sua pretensão de regular o futuro pela experiência do passado pois o seu produto [norma] será sempre uma fotografia do que foi, enquanto o objeto fotografado [fato] prossegue numa trajetória dinâmica de alterações.

A degradação da paz social não é um fenômeno recente, apenas é mais visível agora por causa da velocidade com que as mudanças acontecem e são divulgadas. A paz social é também um fenômeno numérico: quando um não quer dois não brigam, mas brigarão dez mesmo que um não queira.

"Não resta dúvida de que vivemos hoje uma situação de crise. Uma crise, no entanto, nos obriga a voltar às questões mesmas e exige respostas, novas ou velhas, mas, de qualquer modo, julgamentos diretos. Uma crise só se torna um desastre quando respondemos a ela com juízos pré-formados, isto é, com preconceitos."

[FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, na introdução que faz a Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio, na página 13.]

A distância entre os extremos sociais tende a aumentar na medida em que os produtos culturais não

são distribuídos igualitariamente. Isto faz com que alguns indivíduos reajam diante da indignidade de lhes estarem sendo cobrados os mesmos deveres de outros, sem que lhes sejam dados os mesmos direitos.

No futuro, quando não existirem mais as passeatas dos sem-terra, existirão as passeatas dos sem-computador.

De algum modo os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal sofrem a avaliação cultural quantitativa: o furto de um automóvel será sempre "maior" do que o furto de uma bicicleta velha. O princípio da insignificância, já navegante no Direito Penal Brasileiro, não pode mostrar o desprezo pelo pequeno dano e pelo pequeno potencial ofensivo, indicando que o Direito Penal não queira exercer função educadora supletiva.

O Direito Penal não pode assumir a mesma degradação que imputa aos mecanismos sociais: tudo se acomoda num patamar abaixo do qual não vale a pena fazer alguma coisa, e acima do qual a distribuição das sanções se dá como elemento de pressão sobre os mais fracos: basta ver que a instrução e o debate nos processos dos ricos é rica, e no dos pobres é pobre.

"O direito penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realiza, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais."

[BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro. Ed. Revan. 1990 – Pág. 20.]

Ora, se os pobres não tem dinheiro para pagar bons Advogados e o Estado não os pode dar, que seja dado a todos, indistintamente, a segurança processual, isto é, a garantia de que os caminhos processuais sejam

conhecidos e trilhados da mesma forma.

"O atual artigo isonômico teve transladada a sua topografia. Deixou de ser um direito individual tratado tecnicamente como os demais. Passou a encabeçar a lista destes direitos, que foram transformados em parágrafos do artigo igualizador. Esta transformação é prenhe de significação. Com efeito, reconhece-se à igualdade o papel que ela cumpre na ordem jurídica."

[BASTOS, Celso Ribeiro em Comentários à Constituição do Brasil. Saraiva. São Paulo, 1989. Referindo-se ao art. 5º, caput da Constituição: "Todos são iguais perante a lei...]

A justiça não pode apresentar desculpas para as suas falhas, de modo a transferir para os réus o dever em relação à verdade material, bastando-se no sofisma de que se o réu não provou sua inocência, culpado é.

A absolvição é exceção no processo penal apenas e enquanto declaração; enquanto hipótese da verdade material a absolvição é tanto regra quanto a condenação. De outro modo só o crime seria verdade.

II – DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As formas lógicas impostas pelo Código de Processo Penal são anteriores à Carta de 88, e não há discussão se foram recepcionadas ou não. Preexistentes, possuíam já substância determinada pela linguagem lógica pois, o direito, não possuindo uma linguagem própria, colhe a significação das suas formas e termos no universo que lhe é exterior. A Carta de 88 veio, sim, conferir às formas lógicas a rigidez necessária a impedir que, em pleno Estado Democrático de Direito, as imposições fossem fletidas circunstancialmente.

A Carta vigente é singular em relação às que a antecederam, por afirmar a existência de uma ordem jurídica e um regime democrático [1], isto é, uma auto-subordinação da constituição enquanto direito positivo a patamares superiores de orientação da aplicação de suas regras.

Regime político não se confunde com forma ou sistema de governo. Enquanto estas últimas se referem ao exercício do poder, aquele se refere à maneira de funcionamento do governo. Neste patamar, convém lembrar FRANCO SOBRINHO:

"As relações jurídicas, sobretudo as advindas da norma constitucional, não são teóricas e sim concretas, não

traduzem incerteza e sim certezas, já que pela sua natureza íntima corresponde a valores avaliáveis diante dos fins que o Estado tem a obrigação de respeitar, diante de meios que sejam válidos ou legítimos."

[FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. Regimes Políticos. Forense. Rio de Janeiro. 1984. Página 147]

Ordem jurídica, por sua vez, não emana do texto constitucional, apenas tem nele a sua primeira expressão. Para compreender esta afirmação basta a leitura do §2º do art. 5º da Carta [2] para se verem válidos direitos fundamentais não escritos. Destarte, a Constituição, como regra maior, ao afirmar princípios, dá os contornos do que se conceitua como ordenamento jurídico, e se enquadra como prima posituação do direito.

BOBBIO esclarece:

"Dissemos que a teoria do ordenamento jurídico constitui uma integração da teoria da norma jurídica. Entretanto, devemos precisar de antemão que fomos levados necessariamente a essa integração pelos resultados a que chegamos na busca de uma definição do Direito, realizada na obra anterior. Para resumir brevemente tais resultados, digamos que não foi possível dar uma definição do Direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente, mas tivemos de alargar nosso horizonte para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devem exercê-las e a sua execução. Essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico. Significa, portanto, que uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos

colocarmos do ponto de vista de um ordenamento jurídico."

[BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Ed. Polis. Brasília. 1991. Página 22]

O inciso LIV do art. 5º da Constituição prevê que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"[grifos nossos]. Por devido processo legal não se pode tomar simplesmente o rito, procedimento, ou forma estabelecida em lei, e a lição que não ousou alterar é de TUCCI:

"Trata-se, no dizer de PEDRO J. BERTOLINO, ao analisar assemelhadas preceituações constitucionais do direito argentino, e especificando-as ao processo penal, da "primeira e mais genérica manifestação técnico-jurídica"do due process of law, correspondente ao estabelecimento da garantia constitucional em si mesma considerada."

[TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. Saraiva. São Paulo. 1993. Página 64]

Geraldo Brindeiro, Procurador-geral da República, em artigo que publicou no Correio Braziliense, assim se manifestou:

"E quando a expressão refere-se a processo e não a simples procedimento, alude sem dúvida ao processo judicial pelo Estado, segundo os imperativos da ordem jurídica, e com as garantias da isonomia processual, da bilateralidade dos atos procedimentais, do contraditório e da ampla defesa". "A história constitucional brasileira e

de sua democracia demonstram a necessidade de superar as dificuldades tradicionais da cultura política, realizando mudanças para a consolidação do regime democrático no país. E o Estado Democrático de Direito não pode prescindir do respeito à Constituição, aos princípios da legalidade, da igualdade e do devido processo legal."

Bastante para firmar a bússola da incursão, adiante.

III – DAS FORMAS LÓGICAS EM ESPÉCIE

1 – Do Inquérito Policial

O Código de Processo Penal, no título do INQUÉRITO POLICIAL, deixa claro que lida com uma entidade denominada "infração penal" e um sujeito denominado "indiciado". Não fala em crime e autor. Como a autoridade relata o que for apurado[3] e não pode emitir juízo [4] sob pena de invadir as atribuições do Ministério Público, é forçoso concluir que por ser uma informação sobre um fato e seu agente, que tanto pode ser verdadeira ou não, o Inquérito Policial é uma proposição simplesmente possível: "S é possivelmente P".

É temerário, em sede de processo penal empregar, ao nível da informação [Inquérito Policial], o termo "provável" devido ao significado preciso: provável é aquilo que se pretende provar, ou o evento cujas chances de ocorrência [a] são maiores do que as de não ocorrência [b], isto é, $a/b > 1$; possível é o evento que tem pelo menos uma chance de ocorrência diante das chances de não ocorrência, isto é, $1/b$.

Assim, o Inquérito Policial quanto ao fato e seu agente é uma proposição possível ou problemática, porque nada afirma nem pretende provar.

Ainda no Inquérito Policial, a imediatidade com que remete a autoridade policial para ouvir o "indiciado"[5],

ou que atenda a requisição ou requerimento que já contenha a individualização do "indiciado"[6], isto é, já de início está o sujeito ativo "indiciado", não se amolda ao capítulo da prova [7]. Por certo, ao final, o Inquérito Policial apresentará indícios, mas nada justifica que seja instaurado apontando um "indiciado".

A recorrência à etimologia mostra que existem dois verbos latinos homógrafos, com significados bastante próximos e que, sem a pretensão de corrigir o legislador, levam a distinguir o indiciado da portaria inaugural, do indiciado do relatório final. O primeiro é *indico*, *is*, *xi*, *ictum*, *cere* – anunciar, publicar, divulgar, notificar. Do particípio passado vem *indictus*, *a*, *um* – anunciado, marcado, afixado, indicado, notificado, donde deriva: *index*, *icis* – índice, indicador, sinal, indício. O segundo é *indico*, *as*, *avi*, *atum*, *are* – indicar, mostrar, revelar, acusar, denunciar. Do particípio passado vem *indicatus*, *a*, *um* – indicado, mostrado, descoberto, donde deriva: *indicium*, *ii* – indício, prova, acusação, denúncia.

Em resumo, o Inquérito Policial inicia com um *indictus* [anunciado, indicado, suspeito, circunstância] e, encontrado o *index* [sinal, indicador, prova da circunstância], aponta-se o *indicatus* [descoberto].

De outro modo se estaria a conferir ao Inquérito Policial, no momento da sua instauração, um grau de certeza que apenas Conan Doyle conseguiu dar ao seu personagem Sherlock Holmes. Aliás, Sherlock Holmes empregava, brilhantemente, o raciocínio dedutivo: forma que passa de verdades gerais para verdades particulares sem o auxílio de juízo intermediário, ou com este juízo [silogismo; e o raciocínio e analógico: forma que passa de uma verdade particular para outra em virtude de uma semelhança [indução imperfeita], que são próprios da

investigação.

O INQUÉRITO POLICIAL É UMA PROPOSIÇÃO POSSÍVEL OU PROBLEMÁTICA: se existe um fato sobre o qual recai interesse penal e, se existe um sujeito e uma prova da relação causal deste sujeito com o fato, é possível que, sendo típico o fato, o sujeito seja o autor de crime.

2 – Da denúncia

A denúncia é uma peça complexa que além de obediente às formalidades peticionárias, deve atender às regras da composição de textos e do estilo literário, como decorre dos artigos do Código de Processo Penal que destacam "a exposição do fato criminoso"[8] e "o fato narrado"[9].

O texto legal impõe a composição na forma de narração, da qual a exposição é a primeira parte. Pouco comum o enfrentamento da forma lógica da denúncia, vale sobre ela discorrer, aproveitando o curso de TAFFARI:

Características da narração:

A narração mostra uma movimentação de personagens no espaço e no tempo e apresenta um dinamismo dentro do texto, caracterizado pelo predomínio dos verbos que indicam ações dos personagens e pela sucessividade de atuação dos componentes da narrativa [geralmente essa sucessão é indicada pelos advérbios].

Elementos da narração:

Na narração, interferem todos ou alguns dos seguintes elementos:

o porquê – a causa, a razão, o motivo que gerou o fato;

o quê – o fato em si;
quem – os protagonistas;
como – o modo como se desenrolou o fato;
quando – a época, o momento do fato;
onde – o lugar ou lugares da ocorrência;
por isso – o resultado ou consequência.

O Promotor atua como espectador, redigindo na 3ª. pessoa e obedecendo a um enredo:

A seqüência dos fatos da narração, onde os personagens interagem, chama-se enredo. Toda história [ou estória] tem um enredo, que narrado, apresenta aos seguintes estágios:

1º] a Exposição – onde o autor localiza a estória e tudo, ainda está normal;

2º] a Complicação – onde há o choque, o desenrolar dos fatos;

3º] o Clímax – é o ponto culminante da estória, onde aumenta a tensão entre os personagens;

4º] o Desfecho – é o relato final da estória, geralmente preparado pelo clímax."

[Segundo TAFFARI, Alceu. E outros. Curso Prático de Língua Portuguesa em Nível Superior. TJ. São Paulo. 1977, pág. 36 e outras]

A pretensão não é de ensinar a redigir denúncia, mas a de mostrar que a lei não tem palavras inúteis, e as palavras de que se vale, não tem significado jurídico estrito senão quando, no texto em que estão inseridas atuam como expressão de uma idéia jurídica.

Sendo certo que a denúncia expressa como se passaram os fatos e propõe provar que os fatos se deram como narrados e não de outra forma, pode ser

classificada como uma proposição assertiva ou contingente: "S é P".

Na fase da denúncia é comum dizer que o Promotor atua pro societate e que deve formar a opinio delicti. Nada menos discutido na doutrina, vez que o arbitrium sempre substituiu a forma lógica. O Promotor, titular da ação penal pública, opera pro societate pela natureza da função, em razão da delegação do poder-dever que recebeu da sociedade.

Denúncia pro societate só existe na hipótese da dúvida refletida, isto é, quando o exame da informação revela que os dados são insuficientes para que se assuma uma posição definida: o equilíbrio entre os pró e os contra não permite que se afirme ou se negue a existência do crime.

Por outro lado, a opinio delicti não é a opinião do Promotor sobre o delito, isto é, não é apenas sair da indecisão quando se tem consciência de que as razões são insuficientes para sustentar a afirmação. É a opinião científica, tomada como a afirmação que se faz por indicarem as razões em que se fundamenta a maior probabilidade em relação à verdade. Assim deve ser porque a denúncia é uma proposição contingente, que revela um estado de espírito que se julga de posse da verdade, fundamentada em dados impessoais, que se impõe a todos por decorrerem da observação externa e da experiência, é a certeza objetiva.

Antes que se pense em reduzir a denúncia ao conteúdo da informação, é preciso observar o art. 239 do Código de Processo Penal: "*Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias.*"

Pelo teor do artigo está o Promotor proibido de se valer dos raciocínios dedutivo e analógico, formas adequadas à fase de investigação. Sobra-lhe a indução perfeita.

A informação chegada ao Promotor deve ter como conteúdo mínimo as circunstâncias que tem relação com o fato e as provas destas circunstâncias, ou seja, deve ser um indício [indicium]. As outras circunstâncias induzidas podem estar ou não contidas na informação. É que a informação consiste num fato sobre o qual recai interesse penal e não num crime.

"Essendo il concetto di 'fatto' un'astrazione, creata da un processo di concentrazione di fenomeni in una unità minima di osservazione, è evidente che mutando uno qualunque degli elementi osservati, muta il 'fatto'."

[ROCCA, Manlio La. *Studi sur Problema del Fatto nel Processo Penale*. Casa Editrice Dott. Napoli, 1966]

Sendo um fato, não poderá o Promotor alterá-lo, criando circunstâncias que não possam ser induzidas a partir de indícios. O fato existe ou não existe, como bem salientou o Ministro Luiz Vicente Chernichiaro em um acórdão de sua lavra: "A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinqüente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com as presunções de fato."

A denúncia aperfeiçoa a informação: é que, a partir dos indícios o Promotor conclui, por indução, pela existência de outra ou outras circunstâncias, e atento ao tipo classifica o fato como crime. Antes de denunciar deve o Promotor rever às indicações do art. 43 do Código

de Processo Penal pois, além da legitimidade e das causas extintivas, é de elementar importância que o fato, ainda que insuficientemente provado, constitua crime, como informa o inciso I [10] do art. 43.

O uso do advérbio "evidentemente" que corresponde ao substantivo "evidência" e ao adjetivo "evidente", traduz: "a clareza plena pela qual o verdadeiro se impõe à adesão da inteligência". Para a lógica é o critério da evidência. O critério da evidência opera em favor do réu por impedir a ação penal sem justa causa, ao mesmo tempo em que opera em favor da sociedade, permitindo a ação penal por causa que se pretende provar que é justa.

O critério da evidência do não-crime suporta perfeitamente que a denúncia seja rejeitada se contiver a narração de uma excludente da ilicitude, eis que o Código Penal assinala que nas excludentes "não há crime". Logo, se a informação contém uma excludente de ilicitude, em todas as circunstâncias e provas, a denúncia a ser rejeitada seria uma inutilidade, cabendo, então, propor o arquivamento.

Ora, existindo a clareza plena pela qual o verdadeiro se impõe à adesão da inteligência, denunciar uma excludente da ilicitude [e a denúncia ser recebida] não passaria de uma fuga da responsabilidade ou falta de coragem, por não se incluir entre os fins do processo penal o de declarar a inocência do inocente, isto é, como já afirmado antes, a absolvição é exceção apenas enquanto declaração dentro do processo. Se a inocência [não-crime] é verdade material constatada na informação, dispensado estará o processo.

A DENÚNCIA É UMA PROPOSIÇÃO ASSERTIVA OU CONTINGENTE: o fato é típico e o sujeito é autor de

crime.

3 – Da instrução criminal

Respeitadas as técnicas, estratégias e táticas da acusação e da defesa; e rejeitadas as armadilhas processuais e outras práticas condenadas, deverão ser observados dois aspectos: o ônus da prova da alegação e o processo dialético representado pela garantia do contraditório.

a] do ônus da prova da alegação [art. 156 do CPP].

O Promotor enuncia a proposição e assume o ônus de provar que os fatos se passaram conforme narrados. Tal exigência surge da imposição – como será visto no item 4 – de que o juiz só pode formar seu convencimento sobre prova cuja produção tenha sido dirigida por um juiz.

É que existe uma hierarquia nas proposições. Enquanto a informação enuncia que as relações não são de fato nem obrigatórias porque apenas possíveis [proposição problemática], a denúncia enuncia que as relações são de fato mas não obrigatórias porque apenas prováveis [proposição assertiva ou contingente], e a sentença irá dizer que as relações são de fato e obrigatórias [proposição apodítica ou necessária].

A prova da acusação não pode ser a informação em si mesma, dado que a proposição possível tem menor valor de atribuição do que a contingente. Assim, embora a instrução trabalhe os mesmos objetos de prova da informação é exigível que a prova produzida seja "nova".

Todo cuidado será pouco para evitar a tendência de aproveitar o trabalho policial como prova. Algumas

decisões isoladas, inclusive do STF, vêm afirmando que a prova colhida no inquéritopolicial pode servir de base à condenação se os fatos apurados na instrução criminal não a contradiz ou não a contraria. Estas afirmações podem levar à conclusão precipitada de que o inquérito ganhou força probatória. Não. A prova colhida no inquérito esgota-se nos indícios, enquanto a prova colhida em juízo recai sobre os indícios e as outras circunstâncias induzidas a partir dos indícios. A ausência ou insuficiência de prova judicial não contradiz nem contraria a prova inquisitorial, apenas não a confirma, independentemente de que o conteúdo seja uma verdade material. A condenação só pode ocorrer se a verdade material for obtida através da verdade processual [devido processo legal].

Se a acusação nada produz, o caso é de ausência de prova, se a acusação produz tão pouco que inviabiliza a decisão é de insuficiência de prova, e em ambos os casos a defesa nada tem a produzir.

Necessário advertir os espíritos inquisitórias, que o interrogatório do réu não é meio de prova disponível para a acusação nem pode, isolado, constituir fundamento para condenação [art. 197 do CPP].

Na linha de defesa, o interrogatório e a defesa preliminar constituem uma proposição de idêntico valor de atribuição que a denúncia mas, como a ela é contraposta, poderá variar na quantidade, qualidade, ouvir convertida ou em oposição. O importante é ver que a defesa nada tem a provar se nada alegar.

b] do contraditório.

O contraditório, mais do que à lógica da forma, está

sujeito à lógica do conteúdo. Assim é que a igualdade de oportunidade apenas enseja que o diálogo possa ser estabelecido, mas não assegura a paridade de forças.

Um contraditório efetivo estará representado quando ambas as partes houverem atuado sobre todos os objetos de prova, ao esgotamento.

"...reclama o processo penal de conhecimento, especialmente o de caráter condenatório, na segunda fase da persecutio criminis – da instrução criminal, – o contraditório efetivo, real, a fim de que perquirida, com absoluto rigor, a verdade material, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do acusado."

[TUCCI, Rogério Lauria. ob. cit.]

O processo dialético no contraditório processual penal visa primeiramente separar a verdade do erro, construindo argumentos para a conclusão [alegações finais].

A produção da prova é uma operação da inteligência que determina os objetos, fragmentando o crime nas suas circunstâncias e estabelecendo o conteúdo e significado de cada uma. É típico na fase a contradição.

As alegações finais são uma operação da razão que reúnem os objetos em conjuntos por adequação do conteúdo ou significado, de modo a formar um todo racional.

O contraditório, como operador da expressão da verdade real [por distinção da verdade ficta cível], material ou fática, deve atender a que o sentido abstrato do direito encontre sua revelação na concreticidade do fato, de modo que se possa alcançar um grau superior de veracidade, o mais próximo possível da realidade

fática, isto é, tão próximo que apenas os objetos metafísicos estejam excluídos, porque não tratáveis no processo.

4 – Da Pronúncia

Antes um juízo da culpa e após a Carta de 88 um juízo de admissibilidade, a pronúncia adquiriu novo espírito. É que o júri, nas constituições anteriores apenas mantido, foi, na atual, reconhecido [11]. Instituição é poder e, no caso, poder do Estado, exercido diretamente pelo povo [12].

Convém recordar que a tripartição de Montesquieu refere-se ao Governo, mas os hábitos culturais resistem a admitir que ao lado do governo existam outros poderes. Existem sim, e a compreensão deles é necessária para este passo. Não cabe aqui teorizar sobre o Estado, mas vale lembrar, por exemplo que o Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e não do governo. Assim é que, conferida ao júri a soberania do veredicto – máxima expressão do poder cujo único limite é a ordem jurídica, foi o cidadão protegido pela plenitude de defesa, [capaz de conter a ampla defesa e ainda sobrar espaço para manobra]: para a defesa no júri, assim como no amor e na guerra, vale tudo. Como poder leigo, funciona o júri conexo com o poder jurídico, que lhe propõe a causa via libelo. Portanto, a soberania é exercida sobre proposições jurídicas, que devem ser claras e precisas.

Ficou certo, com a nova Carta, que o sumário do júri, mais do que a preparação do julgamento, foi erigida como a única proteção que tem o réu contra um poder capaz de afirmar que água é vinho e não sofrer

contestação. A competência do júri é a de julgar a proposição. Formular a proposição é competência do juiz-togado. A pronúncia, então, tem conteúdo pro reu, e quem atua pro societate é o júri. Deve o juiz convencer-se da existência do crime [13]. Convencer-se livremente [14], mas só pode formar seu convencimento pelas provas jurisdicionalizadas. Em relação ao livre convencimento valem as afirmações sobre dúvida e opinião no item 2.

É o livre convencimento, mesmo, o instrumento que tem o juiz para não ficar na subalterna, cômoda – e às vezes preguiçosa – posição de atender a denúncia e mandar a julgamento.

Preleciona FRAGOSO:

"O princípio do livre convencimento do julgador sofre limitações decorrentes da garantia constitucional do sistema contraditório e da observância das prescrições legais na obtenção da prova. Em conseqüência, não pode o juiz formar o seu convencimento com base em prova do inquérito não confirmada em Juízo".

"O livre convencimento não pode conduzir à involução inquisitória denunciada por Foschini, Carnelutti e outros grandes processualistas. Como diz Massimo Nobile [ob. cit., 276], esse princípio significa que a operação cognoscitiva do juiz não tolera, em via de princípio, limites de método. E acrescenta: "Liberdade de convencimento quer dizer valoração das provas segundo a experiência do juiz, enquanto a prova continua sendo sempre uma entidade jurídica, da qual são fixadas condições de admissibilidade e modo de formação".

[FRAGOSO, Heleno. *Jurisprudência Criminal, Forense*, 1982, Páginas 508 e 509.]

A conformidade do libelo [denúncia perante o júri] com a pronúncia vem mostrar que o juiz do fato é o juiz presidente. A pronúncia é terminativa da fase processual: diz sobre o fato jurídico. Logo é uma proposição apodítica ou necessária tanto quanto uma decisão terminativa do processo: "S é forçosamente P".

A timidez jurisdicional opera remetendo sua competência para o júri, isto é, a pronúncia calcada em dúvida outra que não a dúvida refletida [ver item 2], e a fundada em insuficiência levam a que o júri tenha que definir o fato ao julgá-lo.

O crime e suas circunstâncias, para terem existência devem estar suficientemente provados, isto é, a informação propõe que "é possível a existência do crime", a denúncia que "é provável a existência do crime", a pronúncia deve dizer "é certa a existência do crime".

Dizer que o crime existe e que alguém é seu autor significa apenas declarar os pressupostos de validade do julgamento. É forçoso, inarredável, que a proposição levada ao júri seja precisa: é forçosamente um crime doloso contra a vida. A soberania diga, então, o que quiser, até o absurdo de que o crime nem existiu.

Mesmo a hipótese da dúvida refletida [half and half, or fift-fift] extremação que se resolve com a pronúncia pro societate [ver item 2] não é uma álea, é apenas um caso singular em que prevalece a competência do soberano. Qualquer percentil a favor do réu afastará a competência do júri.

Fica fácil pichar de absurdas as decisões do júri quando se lhe dão proposições defeituosas.

Assim, viola a garantia do devido processo legal a pronúncia que não resolve em favor do réu, segundo as

formas lógicas, as questões do fato e sua classificação.

Na hierarquia das proposições – valor de atribuição, é a pronúncia [ou a sentença] a de mais alta posição. Portanto, não se subordina a acompanhar a denúncia, nem pode, por razões óbvias, ter como fundamento exclusivamente o inquérito policial. Quando o Código de Processo Penal prevê que o juiz deva se convencer da existência do crime, está exigindo que o faça diante de prova jurisdicionalizada conforme também comanda. Logo, se a instrução não confirma o inquérito, no tocante ao crime inexistirão elementos válidos para o juiz formar sua convicção.

A PRONÚNCIA É UMA PROPOSIÇÃO NECESSÁRIA OU APODÍTICA: existe o fato e o fato é típico, e porque não existe excludente então é crime; existem indícios de que o réu foi o causador e porque é imputável então é o autor do crime.

IV – CONCLUSÃO

A inobservância das formas lógicas do regramento processual e o desprezo às leis do pensamento vem transformando o processo penal numa arena, onde, após os gladiadores derrotarem o réu, o imperador ouve a opinião pública e, polegar para baixo, ordena a morte.

Lógica é a ciência que estuda as leis gerais do pensamento e a arte de aplicá-las corretamente na investigação e demonstração da verdade dos fatos. Ainda que o direito repudie a lógica formal e feche os olhos à dialética, a garantia do devido processo legal exige que as formas lógicas expressas sejam obedecidas.

Enquanto se pretender que o direito seja ciência deverá ele se submeter as formas lógicas na sua operação. Por isto, creio, Themis vendou os olhos.

Em minha prática ministerial tem dado certo e, enquanto ciência, que o diga VILANOVA:

"O propósito deste ensaio é limitado. Visa a apresentação de um quadro geral de problemas que legitimam a existência da Lógica jurídica como uma teoria formal. A Lógica Jurídica como teoria material, ou seja, como Metodologia jurídica, é familiar a todo jurista. O tratamento científico-dogmático do direito positivo requer técnicas de investigação adequadas ao direito. Tais técnicas, que todo advogado, jurisconsulto ou magistrado emprega, pertencem à Metodologia do direito. Todavia,

maior rendimento teórico-científico – e prático-profissional – adquire a metodologia quando repousa nos fundamentos que a Lógica formal oferece. Distantes da realidade concreta pelo seu nível de abstração, aparentemente inservíveis para o manuseio prático do direito, o domínio dos problemas lógicos oferta ao jurista destreza, rigor e clareza no trato do direito em função da experiência."

[VILANOVA, Lourival – Lógica Jurídica – JB Editor – São Paulo – 1976 – Página 9]

Operar os instrumentos constitucionais é, na mais mínima das acepções, dizer para que vieram; e na mais alta delas promover a cidadania.

Esta aí, no nível de Poder do Estado, o Ministério Público.

BIBLIOGRAFIA:

- ACCIOLI, Wilson – Teoria Geral do Estado -Forense – Rio de Janeiro, 1984.*
- BATISTA, Nilo – Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro – Ed. Revan – Rio de Janeiro, 1990.*
- BASTOS, Celso Ribeiro – Comentários à Constituição do Brasil – Saraiva – São Paulo, 1989.*
- BOBBIO, Norberto – Teoria do Ordenamento Jurídico – Ed. Polis – Brasília, 1991.*
- FRAGOSO, Heleno – Jurisprudência Criminal – Forense – Rio de Janeiro, 1982.*
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira – Regimes Políticos – Forense – Rio de Janeiro, 1984.*
- LEFEBVRE, Henri – Lógica Formal/Lógica Dialética – Civilização Brasileira, 2ª ed. – Rio de Janeiro, 1976.*
- NERICI, Imideo Giuseppe – Introdução à Lógica – Nobel, 3ª ed. – São Paulo, 1976.*
- NORONHA, Fernando – Direito e Sistemas Sociais – Ed. da UFSC – Florianópolis, 1988.*
- TAFFARI, Alceu, e outros – Curso Prático de Língua Portuguesa em Nível Superior – TJ – São Paulo, 1977.*
- TUCCI, Rogério Lauria – Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro – Saraiva – São Paulo, 1993.*
- ROCCA, Manlio La – Studi sur Problema del Fatto nel Processo Penale – Casa Editrice Dott – Napoli, 1966.*
- VILANOVA, Lourival – Lógica Jurídica – JB Editor – São Paulo, 1976.*

NOTAS

[1] – CF. Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. – Voltar

[2] – CF. Art. 5º. §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ... – Voltar

[3] – CPP Art. 10, §1º. A autoridade fará minucioso relatório ... – Voltar

[4] – CPP Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar ... – Voltar

[5] – CPP Art. 6º . Logo ... V – ouvir o indiciado ... – Voltar

[6] – CPP Art. 5º. §1º. b] a individualização do indiciado – Voltar

[7] – CPP. Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias. – Voltar

[8] – CPP. Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas. – Voltar

[9] – CPP. Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; – Voltar

[10] – CPP. Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; – Voltar

[11] – CF. Art. 5º. XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri ... – Voltar

[12] – CF. Art. 1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce ... ou diretamente, nos termos desta Constituição. – Voltar

[13] – CPP. Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento. – Voltar

[14] – CPP. Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova. – Voltar

CRÉDITOS

Direitos Reservados

– Distribuição Gratuita –

Pode ser distribuído, copiado e reeditado em outro formato para leitura em qualquer meio físico.

© 2001-2006 – Paulo Maurício Serrano Neves

GOIÂNIA – GOIÁS – BRASIL

www.ujgoias.com.br

serrano@cultura.com.br

serrano@ih.com.br



Versão para eBook
eBooksBrasil.com

Fevereiro 2001

Proibido todo e qualquer uso comercial.

Se você pagou por esse livro

VOCÊ FOI ROUBADO!

Você tem este e muitos outros títulos
GRÁTIS

direto na fonte:
eBooksBrasil.org

Edições em pdf e eBookLibris
eBooksBrasil.org

Abril 2006