

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
– ASCES
BACHARELADO EM DIREITO**

HYAGO GUALBERTO FERNANDES AMARAL LYRA

**UMA VISÃO CRÍTICA AO ACUSADO ENQUANTO ALVO DA
PERSECUÇÃO CRIMINAL**

**CARUARU
2016**

HYAGO GUALBERTO FERNANDES AMARAL LYRA

**UMA VISÃO CRÍTICA AO ACUSADO ENQUANTO ALVO DA
PERSECUÇÃO CRIMINAL**

Trabalho de conclusão de Curso, apresentado à FACULDADE ASCES, como requisito parcial, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Especialista Marupiraja Ramos Ribas.

CARUARU
2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em / /

Presidente Prof. Esp. Marupiraja Ramos Ribas

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo avaliar os conceitos dados pela doutrina a respeito do acusado e suas garantias e prerrogativas, tendo como objetivo apresentar essas atribuições que foram concedidas com o passar do tempo, assim, terá grande importância à história e o contexto social em que esse se enquadrava até que se chegasse ao status de protegido constitucionalmente. Não tendo como desígnio tomar partido de nenhuma posição, mas, simplesmente estudar diante dessas, qual seria a melhor solução para um razoável tratamento quando alvo da perseguição criminal. Mostrando-se atual e imprescindível à discussão que é desenvolvida no decorrer do trabalho, tendo o leitor o esboço de diversos momentos e características do sujeito que é fundamental ao Direito Penal e Processual Penal, o réu, nos seus mais diversos direitos e obrigações perante o Estado, enquanto sancionador, exercendo a função persecutória respeitando os limites postos, o mesmo em questão de limites cabendo ao acusado. Diversas questões serão abordadas, e a cada abordagem considerações doutrinárias serão demonstradas. Conceitos quanto aos mais variados assuntos ligados a ideia de perseguição, acusação, tratamento justo e efetivação serão analisados. Ao final, conclusões quanto à razoabilidade necessária ao tratamento processual ofertado ao acusado serão realizadas de imediato pelo próprio leitor, por ter este trabalho, uma linha de seguimento cumprida para que se alcance esse objetivo, o entendimento acerca das concepções corretas quanto a tudo que cerca a figura do réu.

PALAVRAS-CHAVE: Acusado. Garantias e Prerrogativas. Perseguição Criminal. Defesa do Réu. Estado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	05
2 A PERSECUÇÃO CRIMINAL E A RELAÇÃO PROCESSUAL PENAL.....	07
2.1 Evolução Histórica da Persecução Criminal.....	07
2.2 Conceito de Persecução Criminal.....	10
2.3 A Relação Processual e os Sistemas Processuais na Persecução Criminal.....	13
3 SUJEITOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL – O ACUSADO E O SEU DEFENSOR	19
3.1 Do Acusado.....	19
3.2 Do Defensor do Acusado.....	25
3.3 Das Garantias e Prerrogativas Processuais do Acusado.....	31
4 O ACUSADO COMO ALVO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL....	46
4.1 Sua Majestade o Acusado.....	46
4.2 A Hipossuficiência do Acusado.....	52
4.3 A Razoabilidade Necessária do Tratamento Processual Ofertado ao Acusado.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende focar o processo penal moderno, discutindo a posição ostenta pelo acusado na dialética processual, notadamente, em relação a persecução criminal e ao sistema de proteção ostentado ao mesmo ou por sua vez, considerando uma certa hipossuficiência do acusado, numa percepção de existência de um tratamento processual desigual.

Tendo como maior discussão perceber como o acusado realmente é tratado atualmente na persecução criminal, enquanto enquadrado normalmente como alvo desta. Para isso é necessário remover uma síntese histórica da própria persecução.

Em seguida, cuidará o estudo de destacar a conceituação da persecução criminal, sabedores que o Estado no exercício do seu direito de punir, aplica o Direito Penal através do Judiciário na solução dos litígios penais, a partir da existência de um conjunto de princípios e regras preestabelecidas e neste caso, reserva obrigatoriamente relevante destaque para a posição reservado ao acusado nesta relação processual penal.

Com enfoques doutrinários e jurisprudências, buscar-se-á realizar a apresentação da relação processual e dos sistemas processuais existentes na persecução criminal, para que se possa compreender como é definido o tratamento processual que se ofertará ao alvo desta persecução.

Será necessário fazer um estudo acerca do conceito de acusado, verificando quais são as suas garantias e prerrogativas processuais, facilitando com isso a compreensão da sua participação na dinâmica do processo propriamente dito.

É sabido que ocorrendo o crime, ou seja, existindo a violação da ordem jurídica, haverá em tese a intervenção estatal para ofertar uma solução a este litígio, sendo indispensável à indicação de um responsável pela citada violação, eis que para punir, é imprescindível a indicação do suspeito, em seguida, a investigação criminal da sua participação na conduta delituosa, além é claro da confirmação de existência dos fatos delituosos.

Ainda é desafiante, a continua e incansável discussão acerca dos direitos e garantias do acusado, de como será realizada a sua defesa, inclusive para se

assegurar que o Estado lhe acusará e depois lhe condenará, se for o caso, mas este terá um tratamento justo e adequado.

Nesta perspectiva, existirá sempre uma preocupação com a defesa técnica deste acusado, inegavelmente quanto a posição por ele ostentada, surgindo dúvidas e polêmicas, se este acusado é realmente desprotegido na relação processual ou mais protegido do que deveria ser, notadamente, quando em seu favor, por exemplo, existem recursos processuais exclusivos, ou seja, só manejados pelo mesmo.

Por fim, a pesquisa também enfrentará o instituto da razoabilidade processual, enquanto parâmetro de justiça e correção para um correto tratamento processual que se deve ofertar ao acusado na lide penal.

2 A PERSECUÇÃO CRIMINAL E A RELAÇÃO PROCESSUAL PENAL

Em verdade, para a correta aplicação da lei penal no caso concreto, se faz indispensável à existência de uma estrutura processual, onde se assegure as partes os princípios constitucionais e informativos do direito processual penal, notadamente os de ampla defesa e o contraditório.

2.1 Evolução Histórica da Persecução Criminal

Analisando-se pontualmente a evolução histórica da persecução criminal, é encontrada a adoção de vários sistemas, prevalecendo atualmente o sistema acusatório.

Partindo da caminhada histórica, destaca-se o período colonial, onde se percebe que (MATOS. p. 27. 2011), citando Paulo Lúcio Nogueira, descreve de forma sucinta a evolução histórica da persecução criminal no Brasil, ilustrando que a primeira legislação, que de fato vigorou no Brasil, a portuguesa, que fora representada pelas Ordenações do Reino, reuniu as Ordenações Afonsinas (1446 a 1520); as Ordenações Manoelinas (1521 a 1603); e por fim as Ordenações Filipinas (1603 a 1830).

Quando houve a descoberta do Brasil, vigorava em Portugal as Ordenações Filipinas, que fora dividida em cinco livros. Sendo o quinto livro sobre Direito Penal e Processo Penal, este com grande influência do Direito Canônico e de seu procedimento inquisitorial.

Segundo Mirabete, as Ordenações Afonsinas não vieram a ter qualquer aplicação no país.

Já as Ordenações Manoelinas: Martim Afonso de Souza encarrega-se de formar os alicerces da organização judiciária da colônia, na forma da de Portugal. Os processos criminais passaram a se iniciar por *querelas* (delações de crimes feitas por comuns, no interesse da sociedade ou seu) e por *denúncias* (feitas nos casos de devassas). Nas *devassas* o processo se fazia sem o concurso daquele que é o acusado. Este código, em seu livro V, tratava do Direito e Processo Penal.

Quanto as Ordenações Filipinas: Na Batalha de Alcácer-Quibir (1578), sofrida entre portugueses e mouros, em Marrocos, morre o rei D. Sebastião, de Portugal,

não deixa descendentes, passa o trono, dois anos depois de sua morte a ser ocupado pelo rei de Castela, Filipe II, que manda promulgar, em 1603, as Ordenações Filipinas, que vigoraram até 1830 (mais de 200 anos), sendo substituídas em 1832 pelo Código de Processo Criminal do Império.

Chegado 1609, na Bahia, criam o Tribunal de Relações,

[...] que se destinava a conhecer dos recursos das decisões dos ouvidores-gerais, os quais, por sua vez, conheciam das apelações interpostas às sentenças proferidas pelos ouvidores das capitanias e dos juízes ordinários (MATOS, p. 28. 2011).

No ano de 1751, surge o Tribunal de Relações do Rio de Janeiro, instância superior aos corregedores de comarca, ouvidores-gerais, ouvidores de comarca, chanceleres de comarca, provedores, contadores, juízes ordinários etc., entre outros auxiliares da Justiça.

Na data de 1807, houve a invasão napoleônica em Portugal, foge para o Brasil D. João VI, e em 1808 foi instituído o Supremo Conselho Militar e de Justiça, também o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordem. É elevado o Tribunal de Relações do Rio de Janeiro à categoria de Casa da Suplicação, constituindo assim o Superior Tribunal de Justiça.

Quando do Brasil império, no ano de 1822, as cortes portuguesas decretaram o fim de todos os tribunais criados no Rio de Janeiro quando da vinda de D. João VI, não sendo o decreto apoiado pelo então príncipe regente. O príncipe D. Pedro, no dia 18 de junho de 1822, cria juízes de fato, para julgar quem comete crimes de imprensa, e ordena que todos os juízes criminais, por aviso de 28 de agosto desse mesmo ano, observarem a constituição da monarquia portuguesa, fica então a partir do dia 10 de março de 1821 aos acusados o seguinte:

Nenhum indivíduo deve ser preso sem culpa formada: lei alguma, notadamente a penal, será imposta sem absoluta necessidade; toda pena deve ser proporcional ao delito, e nenhuma deve passar da pessoa do delinquente (MATOS. p. 29. 2011,).

Após a proclamação da Independência, a Assembléia Geral Constituinte Legislativa do Império do Brasil decretou que fossem continuados a vigorar no Brasil as ordenações, leis, regulamentos, alvarás etc., até que fossem editadas novas disposições legais.

A primeira Constituição, a do Império, promulgada em 25 de março de 1824, considerada de índole liberal se for pensado no que se passava na época. Com a Constituição, estabeleceu-se finalmente uma organização básica do Poder Judiciário brasileiro. De Justiça unitária, sendo o provimento de cargos realizado por nomeação do poder central – sendo segundo art. 151 da primeira Constituição removíveis – sendo exercida por juízes e jurados e por um Tribunal de Justiça.

Surge em 29 de novembro de 1832, o primeiro Código de Processo Criminal do Brasil. Este código apresentou uma organização judiciária do país, regulamentando o júri, dando fim as *devassas* e *querelas*, aparecidas das ordenações, e colocou a denúncia e a queixa nos lugares delas. As *devassas* eram procedimentos inquisitoriais para informar sobre crimes, e as *querelas* eram procedimentos também inquisitoriais, mas que se iniciavam por delações dos crimes, feitas por comuns. Já sendo previsto nele o *Habeas Corpus* – mostrando o quanto esse código reagiu contra as leis opressoras e de caráter monstruosos da monarquia portuguesa, visto que era expressiva a preocupação pelos anseios humanitários e liberais que clamava o Brasil da época (cf. Frederico Marques). Sendo alterado pela Lei n. 261, de 03.12.1841, lei essa que foi regulada pelo decreto de nº 120, de 31.12.1842.

Quando do período republicano, promulgada a Constituição Republicana, em 24 de fevereiro de 1891, surgiram influências inovadoras, ficando as garantias processuais renovadas. Paulo Lúcio Nogueira leciona que, o *Habeas Corpus* foi transformado em garantia constitucional, ganhando maiores efeitos em seu campo de atuação, por conta dos acalorados debates entre Rui Barbosa e o ministro do Supremo Tribunal Federal, Pedro Lessa, sobre a dimensão de proteção do remédio salvador, e é assim que surge a teoria brasileira do *Habeas Corpus*, destinando-se a abranger garantias.

É quebrada a unidade processual, tendo uma importante e grande inovação, para todo o Brasil, atribuindo a cada Estado competência para criar leis sobre o processo criminal e civil.

A unidade processual foi restabelecida com a promulgação da Carta Magna, de 16 de julho de 1934. A legislação processual é unificada, e vinda a Carta Constitucional de 1937, foi realizada a promulgação do atual Código de Processo Penal – Decreto-Lei n. 3.689, de 30.10.1941 –, que passou a vigorar a partir de

janeiro de 1942, no primeiro dia do ano. Houve também a promulgação do Decreto-lei n. 3.931, de 11.12.1941 – que é dado o nome de Lei de Introdução ao Código de Processo Penal – tendo por finalidade a adaptação dos processos pendentes ao novo estatuto processual.

2.2 Conceito de Persecução Criminal

É preciso para melhor entender o tema citar renomados doutrinadores, que se complementam em suas diferentes opiniões acerca do referido, pois as concepções não se distanciam de modo antagônico.

(MATOS. p. 77. 2011), descreve o Processo Penal como ramo do Direito Público que tem como trabalho ordenar as formas por meio das quais se iniciam, acontece o desenrolar e o término dos procedimentos punitivos, com o objetivo de restabelecer a ordem pública turbada pela provocação de delitos.

Outro renomado doutrinador entende o Direito Processual Penal,

[...] como ramo do Direito Público que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade na jurisdição, o exercício da ação e o processo em matéria penal aplicável, positiva ou negativamente – é o Direito Penal comum.

Acrescentando:

É um conjunto sistemático de normas e princípios, as normas legais constantes do código e de leis especiais formam um conjunto lógico, um sistema coerente, regido por princípios técnicos e científicos, à luz dos quais devem aquelas ser interpretadas e aplicadas, admitindo-se, no caso de lacunas da lei processual, a aplicação da analogia, dos costumes e princípios gerais do Direito (GRECO. 1991, p. 72).

Uma melhor solução é dada:

Processo Penal é o conjunto de normas e princípios que regula a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares, bem como da persecução penal (MARQUES e NOGUEIRA. 1987. p.13).

Fernando Capez cita os ensinamentos de outros doutrinadores para dar o conceito de processo penal,

Chama-se direito processual o conjunto de normas e princípios que regem (...) o exercício conjugado da Jurisdição pelo Estado-Juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. p.41).

Pode-se dizer que a lei penal prevê condutas e ao mesmo tempo sanções. Para melhor esclarecer utilizam-se exemplos clássicos dentro da doutrina brasileira, podendo ser o furto ou roubo. Partindo por meio de exemplo dado por (MOUGENOT. 2013, p. 141) para conceituar de forma concreta a Persecução Penal: imagina-se um sujeito que subtrai, para si ou para outrem, coisa alheia móvel – a lei determina aí que ele seja punido – punição essa de reclusão de um a quatro anos e multa. Nessa ocorrência, delito de furto, portanto, supõe que a sanção seja aplicada de forma correspondente, que é igual à obediência do que é fixado na lei.

Daí, diga-se de passagem, que a aplicação dessa sanção é função privativa do Estado, isto é, o Estado é o único que pode impor uma pena a esse infrator, *ainda que essa pena seja determinada em lei.*

É preciso assegurar um meio pelo qual a ocorrência deste crime chegue ao conhecimento do Estado. Não acontecendo – determinado órgão do Estado não vir a ter conhecimento de forma mínima e precisa sobre autor e as circunstâncias dessa prática delituosa – será aberta oportunidade para que ocorram inúmeras e terríveis injustiças, podendo ser de condenados inocentes, ou vítima e sociedade ficarem sem resposta, sendo a impunidade algo abominável nos tempos de hoje.

Essas situações são indesejadas pela sociedade. Sendo melhor uma efetiva distribuição de justiça de forma efetiva pelo Estado. E para que isso ocorra, é preciso que o Estado tenha o mais pleno conhecimento – dentro de possibilidades – acerca desta ocorrência tida como crime, assim como do seu autor, antes que qualquer outra sanção seja aplicada, gerando injustiças e desconfortos.

É de uma infelicidade dos dias passados e também atuais a não efetivação de forma concreta dos elementos que demonstram a ocorrência de um crime, as ditas provas, figuras repetidas vezes obscuras e incompletas. Pode-se afirmar isso ao assistir jornais televisivos, ao ler jornais de grande circulação ou até mesmo locais (os crimes se encontram em todas as esferas), no acesso a sites etc., pela prática de crimes, mas não saber quem os pratica.

Em casos piores, mera suspeita da prática de crime, sem que se conheça concretamente em que circunstâncias teriam o delito ocorrido.

Tendo a Persecução Penal conhecimento de suposta prática delituosa, deve agir de modo a buscar, primeiramente, a apuração do fato, para se certificar ser fundada a suspeita. Quando essa for confirmada, pode-se buscar a aplicação exata da punição, quando prevista em lei, para o autor do delito.

É isso que se denomina “persecução penal”, atividade caracterizada pelo caminho que percorre o Estado-Administração para satisfazer determinada pretensão punitiva, que nasce no descumprimento da lei, na quebra do ordenamento, *no exato instante da perpetração da infração penal*.

No conceito posto, a *persecutio criminis* é doutrinalmente dividida em três fases: a famosa investigação preliminar, que compreende a apuração de determinada infração penal, com o objetivo de fornecer elementos para que aquele que é titular da ação penal possa ajuizá-la; a ação penal, essa com atuação conjunta com Poder Judiciário, com o escopo de que seja aplicada condenação a determinado infrator, sendo realizada nessa ação a concretização dos ditames do direito penal material quando diante de um caso concreto que se apresente; a execução penal, que é a satisfação do direito de punir do Estado, reconhecido de forma definitiva pelo Poder Judiciário.

Já é sabido que cabe ao Estado a aplicação da pena a aquele que quebra norma jurídica. No âmbito do Direito Penal a aplicação de uma pena é a expressão da função jurisdicional, que também já se sabe que cabe ao Poder Judiciário. Também é a persecução aos transgressores, a apuração de fatos que se tem como suspeita de constituírem crimes, cabendo exceções (que aqui não cabe escrever).

O *jus puniendi* do Estado não é só um direito, é um dever. Pois a ele é atribuído manter a ordem e a paz social, quando confrontada por transgressores, sendo necessária a punição desses pela lei penal. Tendo o Estado proibido à execução, por seus cidadãos, da autotutela, o que no art. 345 do CP é proibido, configurando crime. Em contrapartida, tem a obrigação de prover punição aqueles que atentam contra a sociedade, nos seus bens e interesses.

A jurisdição se manifesta por provocação (segundo princípio da inércia), já a persecução criminal, em sua esmagadora maioria dos casos, deverá ter o exercício de ofício, independentemente de uma provocação.

Raciocina-se, se a persecução a infratores da lei penal constitui serviço que deve ser provido por intermédio do Estado à sociedade, o acontecer dessa atividade

persecutória, em regra, será na forma independente, incluindo a manifestação do próprio ofendido.

2.3 A Relação Processual e os Sistemas Processuais na Persecução Criminal

Para (MOUGENOT. 2013, p. 69), o processo pode ser definido como um meio de realização do poder, fazendo com que haja uma disciplina de modo que assegure o respeito aos direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo.

É nesse sentido que se aproximavam as noções dadas sobre processo e procedimento, entretanto, como na jurisdição, com o desenvolvimento da teoria geral do processo, que adquiriu com o tempo inúmeras acepções, a ideia de processo igualmente evoluiu.

Atualmente, a nova teoria do processo conjuga também dois elementos distintos, mas indissociáveis, que é o procedimento e a relação processual.

Essa concepção dualista superou a concepção monista do processo, que surgiu da doutrina do direito processual civil, que tinha o processo como mero *procedimento*, melhor dizendo: uma série de atos já ordenados de modo teleológico, simples atividade realizada com vistas a um provimento jurisdicional final.

O conceito descrito, atualmente superado, saiu do processo civil e foi parar no processo penal. Então, especificamente na área da doutrina processual penal, o processo era visto como umas linhas subsequentes de atos, praticados de forma unilateral, sendo o acusado visto exclusivamente como mero objeto de um procedimento persecutório, e não como sujeito do processo.

(MOUGENOT. 2013, p. 69) destaca a obra *Die Lehre von den Prozeßbeinreden und die Prozeßvoraussetzungen* (BULOW. 1868) como um marco histórico diante da superação da noção monista do processo. Sendo Oskar Von Bulow o que primeiro sistematizou de forma clara a noção, escrevendo que o processo em sua essência é uma relação jurídica entre os sujeitos processuais, sendo atribuído a esse conceito o *status* de ideia científica (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. p. 279-280). Atualmente, a doutrina aceita de forma majoritária a noção de processo que resulta da junção desses dois pontos de vista.

Explica o doutrinador, que o *processo* possui duas facetas: a *faceta formal*, visto como um “conjunto ordenado de atos com vistas a uma finalidade específica”. Essa é a sua faceta objetiva. Entretanto, com *aspecto relacional*.

As partes e o juiz não apenas trafegam por um itinerário previsto no modelo legal, mas efetivamente atuam no processo, exercendo poderes, faculdade, deveres e ônus a eles conferidos pela lei, assumindo, alternadamente, posições jurídicas diversas no curso do processo, contribuindo para um contínuo evoluir rumo à construção de uma decisão final. (MOUGENOT. 2013, p. 70).

É a *faceta subjetiva*, o dinamismo do processo.

Com a aceitação da concepção dualista e seu consumo também pela majoritária doutrina do processo penal, o sujeito que é acusado deixa de ser mero objeto inexpressivo da investigação e do procedimento, tornando-se parte do processo e, sendo parte, sujeito de direitos.

Foi reconhecido o processo por inteiro, entendido em sua dupla natureza: procedimento e relação jurídica no mesmo instante. Por sua vez, são características da relação jurídica processual: ser ela relação jurídica processual triangular. Entre juiz e as partes e entre o réu e o autor, de forma recíproca. Possuindo autonomia. Não se confunde de forma alguma com a relação jurídico material – que tem como objeto determinado interesse cuja satisfação ou tutela se quer, podendo ser também um bem determinado – sendo distante e autônoma desta. O objeto da relação jurídica processual é obter um provimento jurisdicional, tem as partes interesse em determinada decisão judicial.

Pode ser citada como terceira característica a publicidade, pois seu desenvolvimento se dá pelas mãos do Estado-juiz. A relação jurídica processual também é progressiva,

[...] uma vez que avança inexoravelmente em direção à solução do litígio (caracterizado aí o fenômeno da preclusão). A repetição de atos processuais dentro de um mesmo processo somente se dá quando se identifica algum vício insanável a invalidar um ato já praticado (MOUGENOT. 2013, p. 71).

Existe complexidade, sendo sua quinta característica. É feita por uma série de relações secundárias que acontecem no decorrer do processo.

Na sucessiva prática de atos é que enseja às partes uma alternância entre posições, a cada posição uma titularidade diferente, podendo ser de direitos e poderes, noutra momento de ônus e obrigações, assim como na posição de se sujeitar a determinado poder, conhecido como sujeição.

Em uma ótica do processo sob o aspecto da relação jurídica, são identificados certos componentes que se mostram essenciais para que só assim possa existir o processo, também no caso da existência válida do processo. Falam-se pressupostos processuais, classificados como de *existência* e *validade*.

Encara-se como situações jurídicas que aparecem ao longo do processo. De uma análise lógica, aparecem antes do processo penal, visto que quando inexistentes ou irregulares vão inviabilizar o processo.

Vão existir relações jurídicas anteriores ao processo, sem essas o processo não poderia estar no plano da existência. Sendo três: órgão investido de jurisdição penal; Pedido, demanda ou causa penal, que são objetos do processo; E as partes (órgão acusador e réu).

Existindo requisitos que, ausentes vão impedir o desenrolar do processo de forma regular, assim como a apreciação do mérito. Chamados de *pressupostos de validade*. Segundo (MOUGENOT. 2013. p.72-73) podem ser agrupados de três formas: juiz, partes e objeto. Ao juiz identificam-se: a competência e a imparcialidade. As partes identificam-se: a capacidade para ser parte (de direito); a capacidade processual (de estar em juízo, não existindo, deve ser suprida pela interveniência de pessoa que possa representar os interesses daquele que seja incapaz); capacidade postulatória. Ao objeto, pode-se identificar: “a originalidade, consubstancialmente na inexistência de fatos impeditivos, tais qual a litispendência, a coisa julgada etc.” e não existir irregularidades procedimentais que enseje prejuízo a qualquer uma das partes.

Deve ser suprida “*a posteriori*” a ausência desses pressupostos elencados, se não, se macula os atos judiciais de nulidade.

É preciso citar os sistemas processuais penais para se chegar ao entendimento do qual é adotado pelo nosso sistema processual penal. Para isso, notadamente é preciso da doutrina. Por ela são estabelecidos três diferentes tipos de processo, sendo feito de acordo com a distribuição da titularidade das atividades de acusar, defender e julgar.

Começasse o estudo pelo *Sistema inquisitivo*, que também é conhecido como *inquisitorial*. Nesse processo se confundem as figuras do acusador e julgador. Fala-se que, na verdade, não existe acusador nem acusado, mas somente a figura do juiz (o inquisidor), que investiga e ao mesmo tempo julga, e o objeto de sua atividade (o inquiridor), segundo (ROXIN. p. 86. 1968) em seu livro *Derecho procesal penal*. O processo *inquisitivo* é primitivo, pois o sujeito que é acusado fica privado do contraditório, prejudicando como um todo o exercício de sua defesa. Existe outra característica desse sistema, a inexistência de liberdade de acusação, pelo fato do “juiz” ao mesmo tempo realizar a função de acusador. “*Costuma vigorar no sistema inquisitório o modelo escrito, mediato, disperso e sigiloso de seus atos*”.

Há também o *Sistema acusatório*. Sua principal característica é a separação das funções de acusação e do julgamento. Em princípio, realizado em contraditório, existindo uma efetivação em relação à ampla defesa, já que nesse caso a figura do julgador é imparcial, sendo distante, assim é de se esperar, de ambas as partes. Tendo igualdade, as partes têm garantido o direito à prova, existindo uma cooperação na busca do que seria a verdade real. A ação penal em regra será pública, e essencial para a realização do processo. Seus atos costumam acontecer de acordo com o princípio imediato, oral, concentrado e público de seus atos.

O *Sistema misto* foi inaugurado com o Código de Processo Penal Francês (*Code d'Instruction Criminelle*), no ano de 1808, uma verdadeira junção dos modelos já citados, caracterizando-se, assim, bifásico. Regido em duas fases, a primeira, “inquisitiva, de instrução ou investigação preliminar, sigilosa, escrita e não contraditória”, e na segunda fase, “acusatória, informada pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”.

Há uma Confusão conceitual. (AROCA. p. 105. 1968) no livro *El derecho procesal em el siglo* escreve que, se olhado atentamente as características de ambos os sistemas, será visto que se encontram presentes, mesmo que em diferentes graus e momentos, nos dois sistemas que de forma tradicional se opõem, diga-se, o conhecido *inquisitório* e o *acusatório*. Melhor esclarecendo: os dois sistemas contêm em menor ou maior grau iguais características que geralmente são mostradas como pertencentes a sistema diferente.

Dando para afirmar que tais características nada vão dizer a respeito desse ou daquele pretendido sistema, de modo que possa identificar de forma clara com

base nelas, disso se da a inexistência de um sistema que seja sempre absolutamente puro, que desse para enquadrar em um rol que tenha características predeterminadas. Sempre será encontrada uma gama de conceitos que se conversam com uma maior ou menor prevalência, em um primeiro momento ou posteriormente, sem que se possa alinhar esse processo como pertencente a determinado modelo processual.

A classificação do sistema processual brasileiro: a doutrina brasileira não é unânime a respeito do enquadramento do processo penal em um dos sistemas já mencionados. Para Hélio Tornaghi, por exemplo, a persecução penal é mista, pois será composta de duas fases: a *primeira fase, do inquérito policial*, na sua essência inquisitiva, com sigilo e não contraditória, sendo aquele que é suspeito um mero objeto da investigação. A sua *segunda fase*, que aparece após o término do inquérito, *a partir da denúncia ou queixa e com a instauração de uma relação processual*, e é aí que aparecem as garantias processuais das partes, principalmente, do acusado.

Mirabette, Tourinho, Scarance e outros, classificam o sistema brasileiro de acusatório. Escrevem que a fase investigativa, inquisitiva, não é de fato processual, sendo seu caráter administrativo. Tendo o processo na sua inteireza o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a famosa paridade de armas entre os que movimentam o processo, havendo a separação do órgão responsável pela acusação daquele que tem como atividade julgar, no final, a lide de caráter penal.

(MOUGENOT. 2013, p. 74-75), ao citar as divergências doutrinárias a respeito da classificação do sistema processual brasileiro, escreve que é fato que a persecução penal no sistema brasileiro divide-se em duas partes, configurando aí o sistema misto.

Segundo o mesmo, a fase investigatória tem, em regra, caráter inquisitivo, a ela não se aplica todas as garantias pertencentes ao processo, porque não é um processo, também compartilhando da mesma opinião Juan Montero Aroca na obra *El derecho procesal em sigilo* (1968), autor já citado neste mesmo item.

Na subsequência à fase investigativa, o processo penal, a função de acusar é no seu organismo desigual a função decisória, leciona Jean Pradel, tendo a explicação que, *se a persecução penal como um todo pode ser classificada sob o gênero dos sistemas mistos, o processo penal em si é acusatório*.

Esses doutrinadores assim concordam: sistema inquisitório, na primeira; acusatório, na segunda, e no seu todo, sistema misto, analisando-se pela ótica da persecução penal, da fase tida como extrajudicial à judicial.

Para melhor entender o motivo de tal entendimento, cita-se o item IV da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

IV... Há em favor do inquérito policial, como *instrução provisória* antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão conjunta dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarme provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do *detetivismo*, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedido o sistema de unidade de instrução, mas no nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.

É preciso salientar que o sistema predominante no processo penal brasileiro é o acusatório, servindo as divergências aqui expostas apenas para uma melhor compreensão de cada sistema, não para definir opinião por meio de pesquisa.

3 SUJEITOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL – O ACUSADO E SEU DEFENSOR

Serão estudados os conceitos de acusado e defensor, em seguida, a importância que representa o advogado para o réu, por se tratar de um de seus direitos, esses, analisados de forma sistemática, sendo apresentados os de maior importância dentro do processo penal.

3.1 Do Acusado

Para entender o acusado nada melhor que se comece com lição de (MIRABETE. 2005. p. 360), que o define da melhor forma possível. O doutrinador escreve, “o acusado é a pessoa contra quem se propõe a ação penal, ou seja, o sujeito passivo da pretensão punitiva, parte na relação processual”.

É sabido que só estão validadas a serem denunciadas como acusadas as pessoas que podem ser sujeitos passivos de uma aspiração punitiva, “já que a falta de capacidade penal produz, como consequência jurídico-processual, a falta de legitimação passiva ad causam na relação processual”.

Pode parecer dispensável, mas o estudioso observa, desde logo, que será afastada “a possibilidade de serem acusados as coisas, os animais e os mortos, como ocorria no direito antigo”. Também sobre a morte do autor daquele que comete crime explica: extingue-se a punibilidade do agente, mesmo no andamento da ação, segundo art. 107, I, do Código Penal (MIRABETE. 2005. p. 360).

Todos aqueles que cometem crimes podem ser acusados? Não! Há uma negação quanto aos que sejam menores de 18 anos, segundo art. 27 do Código Penal, sendo inimputáveis, ficam sujeitos somente às normas estabelecidas na legislação especial, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Os inimputáveis por desenvolvimento mental incompleto, ou, retardado, e por doença mental, apresentam legitimação passiva no processo penal, pois a eles pode ser aproveitada medida de segurança, diz o art. 97, c.c. o art. 26, os dois do Código Penal.

A doutrina moderna acentua ao se referir à pessoa jurídica, dizendo que essa não pode ser sujeito ativo de crime, já que para caracterizar um crime deve haver

elementos subjetivos a serem preenchidos (dolo, culpa) e do juízo de reprovação que é próprio à culpabilidade penal (imputabilidade, conhecimento de que determinada ação é ilícita etc.). Não será abrangido o tema, pois não interessa ao estudo aqui apresentado.

Ainda assim, torna-se válido expor o que escreve (MIRABETE. 2005. p. 360) sobre o assunto, sem, contudo, desvia-se da proposta desse artigo. Comenta o doutrinador, que na lei anterior se aceitava o aproveitamento de medida de segurança à pessoa jurídica, ainda assim, “a parte acusada não era esta, mas as pessoas humanas responsáveis pela conduta criminosa”, podendo ser os sócios, gerentes, administradores etc. (MIRABETE. 2005. p. 360). Saindo desse entendimento, a nova e atual Constituição Federal estabeleceu segundo o mesmo:

A possibilidade de ser a pessoa jurídica considerada como sujeito ativo de crime, e, em consequência, parte acusada na relação processual penal, determinando que a lei estabeleça a sua responsabilidade penal, sem prejuízo daquela dos dirigentes, nos “atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (art. 173, § 5º) e nas “condutas e atividades lesivas ao meio ambiente” (art. 225, § 3º) (MIRABETE. 2005, p. 360).

Retornasse ao que de verdade interessa a esta pesquisa, a pessoa natural entendida por acusado.

Sobre denominações, uma breve explanação. Aquele que comete infração penal leva o nome de forma técnica de indiciado, isso durante todo o inquérito policial, e durante o curso da ação penal recebe vários outros nomes. Os arts. 187, 259 e 260 do CPP falam-se em acusado, leva o nome de réu nos arts. 186, 188, 394, 395, aqui esses artigos só são citados como exemplos, sendo abrangentes os artigos que tratam a pessoa que comete crime com o nome de réu, mas existem outras designações: imputado, perseguido, denunciado, no caso de ação pública, o querelado, no caso de ação privada. Mas transitada em julgado a sentença que condena, por exemplo, o acusado, só será correto às denominações de condenado e sentenciado.

O que mais interessa ao tópico apresentado são os direitos e garantias do acusado, e é aqui que se começa o deslumbre desses. Sabe-se que o acusado é o que apresenta mais “carência” na relação processual, quando frente ao Estado, sendo essencial que lhe sejam atribuídos direitos e garantias durante o tramite do inquérito policial, do processo e da execução da pena.

O art. 5º da Magna Carta diz quais são, e por mais cansativo que o pareça, é necessário que se exponham alguns,

inc. XLIX – É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; inc. L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante todo o período de amamentação; inc. LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; inc. 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; inc. LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; inc. LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; inc. LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; inc. LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; inc. LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; inc. LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; inc. LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; inc. LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; inc. LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; inc. LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; inc. LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; inc. LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; inc. – conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; inc. LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; inc. LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença; inc. LXXVII – são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania; inc. LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF/88, art. 5º).

Existindo muitos outros direitos e garantias previstas na lei processual, de exemplos, receber citação, intimação, notificação etc.

Esclarece o Código de Processo Penal:

A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identifica-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas (Art. 41).

Segundo (MIRABETE. 2005. p. 362), este artigo surge perante “a necessidade de se estabelecer se a pessoa submetida ao processo é a mesma contra a qual se dirige a ação penal (sujeito ativo de determinado crime)”. É o que se chama de identificação, individualização, para se “descobrir” quem é a pessoa do imputado, “a fim de se saber-se contra quem está sendo instaurado o processo”.

Ainda sobre a identificação do acusado, esclarece:

Normalmente isso é feito pelo nome, prenome e eventualmente com apelido, ou pseudônimo, idade, estado, profissão, filiação e residência. Nesse sentido, decidiu-se centralizar as atividades de controle do Cadastro Nacional de Registro de Identificação Civil, instituindo-se pela Lei nº 9.454, de 7-4-1997 o número único de Registro de Identidade Civil, pelo qual cada cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, será identificado em todas as suas relações com a sociedade e com os organismos governamentais e privados (MIRABETE. 2005, p. 362).

Acontece, por muitas vezes, não ser possível a individualização por nome do acusado. Para evitar futuros problemas, dispõe o CPP (nesse momento é preciso se ater a 1ª parte desse artigo):

A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes (Art. 259).

A identidade física que é discorrida pode ser constituída por outros meios subsidiários, “como a cor da epiderme, a altura, a compleição física, os defeitos corporais, as cicatrizes ou sinais, a profissão, as impressões digitais, traços característicos etc.” (MIRABETE, 2005, p. 362). A carência da identificação nominal, ainda assim, não impede a propositura e o andamento do processo penal quando existir identidade física certa, se com esta se permite distinguir o acusado de outras pessoas que figuram como acusadas (nesse sentido: RJDTACRIM 26/254).

Fernando de Almeida Pedroso relata a imperiosidade da certeza que deve existir na identidade física, por certa se entende aquela que consiga diferenciar o denunciado ou querelado das demais pessoas. Anota o autor:

[...] não se estabelecendo exata correspondência entre a pessoa, como individualidade física, e as circunstâncias externas que servem para identifica-la, haverá nulidade *ab initio* da ação penal ou insuficiência de provas para a condenação (PEDROSO. p. 128-129).

Ao prestar atenção a 2ª parte do art. 259 do CPP, é observado que quando da descoberta da identidade nominal do acusado posterior à propositura da ação penal, não será necessário que se faça aditamento da peça inicial, mas simples retificação.

Relata o autor:

[...] citado apenas por edital com dados referentes à sua identidade física e não nominal, será nulo o processo se, pelas características mencionadas nos éditos, não poderia o imputado perceber que se tratava de seu chamamento a juízo. Há vício no chamamento edital em que não se identifica regularmente a pessoa do acusado (MIRABETE. 2005. p. 362).

Não são todos os autores que tratam sobre a figura do acusado de forma ampla e exaustiva, extraindo desse *sujeito-aspecto* do Processo Penal, pode-se assim dizer, tudo o que necessário for para esclarecer seu papel. Assim, atendendo a necessidade de se saber quais são os seus direitos diante do processo, aqui, ressaltado de forma conveniente ao estudo do acusado diante da persecução penal.

Por ser (MIRABETE. 2005. p, 362) um dos poucos que trata de forma mais completa, é necessário mais uma vez utilizar-se da sua obra para demonstrar conceitos a respeito da figura do acusado, ainda que pareça repetitivo valer-se da mesma obra e mesmo autor. Esclarecido o porquê da escassez e repetição de bibliografia no respectivo assunto, dar-se-á um ponto final neste item 2.1, ao ser explicado a condução coercitiva.

(MIRABETE. 2005. p, 362-363) esclarece, que quando citado por mandado ou edital, poderá o acusado deixar de comparecer ao interrogatório ou os demais atos do processo. Lembra também, que o comparecimento é um direito e não um dever, e quando da ausência injustificada daquele que é acusado, causa-se somente a revelia. Mas há exceção, sendo necessário ou até indispensável à presença do acusado em determinado processo para à apuração dos fatos, podendo o juiz designar condução coercitiva.

Quando não atendida à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que sem o acusado não possa ser realizado, a autoridade poderá

mandar conduzi-lo à sua presença. Passasse a apreciação da integralidade de art. do CPP:

Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença (Art. 260).

Ocorrendo a hipótese: “O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável” (Art. 260, parágrafo único do CPP).

Transcreve-se art. do CPP:

Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (Art. 186 e parágrafo único do CPP).

Diante da lei fica claro a não obrigatoriedade que o réu possui de responder às perguntas que vierem a ser estabelecidas no interrogatório e a faculdade de se silenciar, que não importa de maneira alguma a confissão, também não podendo ser interpretado em prejuízo de sua defesa. Mas, o direito que a lei lhe assegura não diz respeito ao de se recusar a presença do juiz, que, possui “a faculdade de fazê-lo conduzir, coercitivamente, quando entenda conveniente para a instrução do processo” a sua presença (nesse sentido: RT 495/377).

Ao observar o art. 260 do CPP que já fora explanado, é percebido que a condução coercitiva do acusado também é permitida quando de “qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado”, por exemplo:

Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo (Art. 520 do CPP).

Nesse sentido: STF: RTJ 77/411.

Vale salientar que ao juiz lhe é facultado à condução coercitiva, não podendo confundir-se a faculdade citada com o de decretar prisão preventiva, pois, essa exige que sejam preenchidos certos pressupostos, que são próprios à prisão preventiva, nesse sentido: SFT: RT 576/449.

3.2 Do Defensor.

Mais abaixo, no item 2.3 deste capítulo, será tratado sobre os princípios constitucionais, que são assegurados ao acusado para que se tenha um processo justo. Aqui, vale a pena se antecipar, embora já tenham sido citados alguns incisos do art. 5º da CF, mas sem se oferecer conceitos, o que aqui se torna necessário, e assim, de certa forma, adiantando um pouco o que se tem por vir. Mas tudo isso, para que se entenda o quão importante é a figura do Defensor no Processo Penal.

O art. 5º da Magna Carta assegura aos acusados em geral a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, e para que ocorra, é essencial que o réu esteja acompanhado por pessoa com conhecimentos técnicos satisfatórios para que se torne efetiva a garantia em estudo. No mesmo sentido, a lei processual: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (Art. 261 do CPP).

O defensor é o advogado, sujeito tido como especial no processo, isso por ser sua atuação obrigatória. De antemão, o que se sabe é que falta capacidade postulatória (*jus postulandi*) ao acusado (à parte), sendo imprescindível suprir essa ausência com a outorga de procuração ao advogado, que não só representará o cliente no processo como também será atuante para que a tutela jurisdicional seja prestada com acerto e justiça.

Incidi a observância de artigo da lei processual em sua inteireza (que por partes será estudada):

Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se caso tenha habilitação (Art. 263 do CPP).

Percebe-se com o que até aqui foi relatado, que a representação (também procurador ou defensor) no processo penal tem caráter especial, porque o direito de defesa é indisponível, devendo ser desempenhado até mesmo contra a vontade do acusado ou quando da sua ausência, assim, se o acusado não tiver procurador constituído, lhe deve ser investido defensor pela figura do juiz.

(MIRABETE. 2005, p. 363) faz complemento a respeito do caráter especial do defensor, relatando que, “ao invés de uma simples faculdade outorgada aos

acusados, a defesa passa a ser, em qualquer caso”, (agora citando a Exposição de motivos) “uma indeclinável injunção legal, antes, durante e depois da instrução criminal” (item III).

Assevera o autor:

Seja constituído ou nomeado, cabe ao advogado representar e assistir tecnicamente o acusado, apresentando ao órgão jurisdicional tudo o que possa contribuir para absolvê-lo ou, ao menos, favorecer de alguma forma a sua condição no processo (MIRABETE. 2005. p. 363).

O mesmo estudioso profere que o advogado exerce *múnus público*. E a CF dispõe: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (Art. 133).

Sobre o assunto esclarece:

Assim, embora o advogado deva trabalhar para a vitória de seu representado no processo, atuando com parcialidade, sua atuação, quando frente ao acusado, passa a ser um instrumento eficaz da imparcialidade do juiz (MIRABETE. 2005. p. 364).

A Lei nº 8.906, de 4-7-1994 é que regulamenta a profissão do advogado, que dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados, pelo Código de Ética e por regras jurídicas complementares.

O art. 7º dessa lei da uma pequena amostra do quanto é importante o papel desempenhado pelo advogado na defesa do acusado.

Passa-se a ler um dos direitos do advogado:

Recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional (Art. 7º do Estatuto da Advocacia e da OAB, inc. XIX).

Conferindo o direito de não revelar informação que a seu ver possa de certa forma vir a prejudicar aquele que lhe constitui. A RT 660/332 dispõe que, não pratica o crime de desobediência o advogado que se negue a intimação judicial que lhe ordena fornecer o endereço residencial de seu constituinte.

Cabe lembrar a importância daquele que além de ser acusado também o é advogado, defendendo a si próprio e, até o co-réu no processo (nesse sentido: AC. 265.755, da 7º Câma. *TACRIM*, em 18-3-82).

Estudar-se-á mais a frente, o fato da autodefesa técnica não ser possível para o que não possui habilitação profissional, pois, segundo (MIRABETE. 2005. p. 364), “o Estado exige que ela seja realizada de modo efetivo, regular e eficaz, o que, em princípio, não pode ser feito pelo leigo”. Nesse contexto, tem-se entendimento que aquele que figura como réu, sem habilitação técnica, não pode em hipótese alguma praticar ato que seja privativo da função de advogado, (RT 496/285) sendo nulidade absoluta a atuação do réu como advogado de si, quando sem habilitação legal (RT 567/288; JTACrSP 74/34; JTARGS 54/143; RT 708/417).

Não se adentrará nesse assunto, pois é no item 2.3 que será tratado da importância da defesa, diante do fato de ser garantia constitucional. Nisto, só cabe entender o porquê da nulidade absoluta a atuação na defesa de pessoa sem habilitação legal.

Já se sabe que a defesa técnica é obrigatória, agora, será estudada sua complementação, pode-se assim dizer, que é a autodefesa, que pode ter seu desenvolvimento ao lado da defesa técnica no processo.

É facultativa, a autodefesa do acusado, consistindo na participação efetiva do réu em quase todos os atos do processo, podendo apresentar alegações, como no interrogatório. Podendo efetuar atividades essencialmente postulatórias, como manifestar desejo de apelar da sentença condenatória.

Cristiano José de Andrade observa, que, poderá ainda o réu, pessoalmente, impetrar *habeas corpus* em seu favor, requerer prestação de fiança, pedir revisão criminal, livramento condicional, prisão-albergue e outros benefícios (*Justitia*109/73-83).

(MIRABETE. 2005. p. 364) relaciona o que escreve Cristiano José de Andrade com o Estatuto da OAB, e dúvidas que disso surgiram, nesta ocasião é notavelmente válidas mencionar.

Na sua integralidade, o que dispõe o autor:

[...] entretanto, diante do artigo 1º, I, do Estatuto da OAB, que prevê como atividades privativas de advocacia “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”, ficaram postas em dúvida tais iniciativas, ressalvada a possibilidade de impetração de *habeas corpus*, garantia de índole constitucional prevista expressamente na própria lei (art. 1º, §1º). No que diz respeito aos juizados especiais, o dispositivo está suspenso por medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade (MIRABETE. 2005. p. 364).

Sobre a relevância da defesa técnica e autodefesa:

Autodefesa e defesa técnica são posicionadas, não raro, de modo desequilibrado, como se a defesa técnica fosse mais relevante do que a defesa pessoal. Não há razão para subalternar uma a outra, posto que ambas devem, para a tutela do direito de liberdade do acusado, situar-se em igual plano (MIRABETE. 2005. p. 364-365).

Nesse mesmo sentido: JTACrSP 75/89-90.

Notasse que a participação do acusado, contudo, não é algo imprescindível, sendo somente um ônus processual que, não desempenhado, pode acarretar a revelia, segundo art. 366 do CPP. O que vem se delineado é o chamamento da autodefesa de defesa genérica, enquanto a que é realizada por intermédio de advogado, de defesa específica.

É preciso que se dê o conceito de defensor constituído, podendo-se conceituar da mesma maneira que Fernando Capez e outros doutrinadores o fizeram, sendo, simplesmente, defensor constituído:aquele que é nomeado pelo réu através de procuração.

Leciona:

Alguns tribunais têm decidido que não será conhecido pedido formulado por advogado que não ostente o instrumento de procuração outorgado pelo réu, salvo, é claro, se se tratar de defensor dativo, isto é, nomeado pelo juiz (CAPEZ. 2008, p. 184).

Também faz observação sobre o art. 564, III, c, do Código de Processo Penal. Escreve que, quando de sua leitura desavisada poderá se ter como conclusão a ideia de que seria inútil a constituição de defensor por réu ausente, devendo ser-lhe nomeado, independentemente disso, um defensor dativo.

No entanto, assevera:

É desdobração do princípio constitucional da ampla defesa a possibilidade conferida ao acusado de constituir advogado de sua completa confiança, antes de ser assistido por defensor dativo. A essa vontade está vinculado o juiz (CAPEZ. 2008, p. 184).

Disso, pode-se extrair entendimento: é inaceitável a nomeação de defensor ao acusado revel que já possua um constituído.

Vale-se transcrever artigo do Código de Processo Penal: “A constituição de defensor independerá de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório” (Art. 266). Entende-se, a partir dessa leitura que, se a

constituição do defensor se der por causa do interrogatório, será desnecessária a outorga do instrumento de procuração, devendo o procurador ser intimado para todos os atos posteriores do processo.

Existem casos em que o réu não possui advogado, mas quando posto diante do princípio constitucional da ampla defesa (que será tratado em detalhes mais a frente) e do art. 261 do CPP, “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, é imperioso que lhe seja nomeado defensor, esse chamado de dativo.

Sobre o mesmo em comento, dispõe o CPP em um dos seus artigos:

Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação (Art. 263).

A RT 574/347 diz que, a oportunidade para que ocorra a nomeação do defensor dativo é quando da fase do interrogatório, não exigindo a lei que a designação seja antes da realização do ato. Sendo inaceitável, vale salientar, que a nomeação se efetue simultaneamente com o encerramento da instrução processual, dispõe nesse sentido a RJDTCRIM 30/118.

Para que se entenda o dever do advogado nomeado pelo juiz em aceitar a indicação, cita-se o art. 34 do Estatuto da OAB, onde fica disposto o que constitui infração disciplinar.

Desse rol, extraísse a seguinte infração disciplinar:

Recusar-se a prestar sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública (Art. 34, XII, da Lei nº 8.906, de 4-7-1994 – Estatuto da OAB).

Também sobre o assunto, artigo do CPP:

Salvo motivo relevante, os advogados e solicitadores serão obrigados, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis (Art. 264).

Ainda no CPP:

O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis (Art. 265).

A Lei Federal nº 7.346, de 22-7-1985, reformando leis anteriores, disciplinou a defesa dativa,

O advogado ou o provisionado, indicado pelo Serviço de Assistência Judiciária, pela Ordem, ou pelo juiz, será obrigado, salvo motivo justo, a patrocinar gratuitamente a causa dos necessitados, até o final, sob pena de censura e multa nos termos do inc. XVIII do artigo 103 e dos artigos 107 e 108 (Art. 92).

Vão existir as recusas justificadas, de acordo com o art. 15 da Lei nº 1.060, de 5-2-1950, que aqui não cabe explicar, mas se sabe que é de grande importância. O que é preciso ressaltar, é o fato de aquele que recusa nomeação por motivo justificado, não pode indicar outro colega, mesmo que esse aceite, pois só o juiz é que tem poderes para tal nomeação (RT 598/347). A defensoria dativa é *munus intrasferível*, não pode esse defensor exercer poder de substabelecer.

Não pode o estagiário praticar atos judiciais privativos dos advogados. Na jurisprudência tem-se entendimento, que a defesa do acusado não pode ser feita exclusivamente por acadêmico de Direito, sob pena de nulidade (nesse sentido SFT: RTJ 36/356, 50/373, 58/857, 59/131, 84/413, 122/979, HC 67.370-8, DJU 9-2-1990, p. 573). Outras decisões: RT 548/366, 576/366, 582/290, 591/359, 592/403, 640/365, 653/386. Contra: RTJ 44/186, 44/593, 68/32, 84/843, 101/151; RT 535/335 E 385. É de se destacar o Estatuto da OAB, art. 1º, I e art. 3º, § 2º. Porém, também no STF, fala-se em nulidade relativa, devendo ser demonstrado prejuízo, quando da atuação do estagiário (nesse sentido: RTJ 84/843, 85/771 e 124/500).

Para dar-se a finalização do assunto em comento, defensor dativo, fazer-se necessário transcrever trechos de obras:

Ao acusado que se omite em constituir defensor, deve ser nomeado defensor dativo, quando não assistido pela Defensoria Pública, independentemente da sua condição econômica, para garantia da ampla defesa (MIRABETE. 2005, p. 368).

O que mostra ainda mais o tamanho da importância que o defensor representa para o acusado, principalmente quando diante do fato de também ser percussor dos direitos do réu.

Trazendo a menção de artigo, assevera autor:

A nomeação de defensor dativo não impede que o réu constitua defensor de sua confiança a qualquer tempo, ou defenda-se, se tiver habilitação, como deixa expresso o artigo 263. É direito de todo acusado ver-se defendido pelo patrono constituído, mesmo porque é ele quem melhor conhece o processo e, assim, a eventual nomeação de dativo para um ato do processo não impede o defensor constituído anteriormente de passar à defesa do acusado a qualquer momento (MIRABETE. 2005. p. 368).

Pelos mesmos motivos, entende Magalhães que, ainda que tenha nomeação de defensor, pelo magistrado,

Não se negará ao réu o direito de pedir a nomeação de outro desde que aquele se venha portando de modo desidioso ou incompetente, cabendo ao juiz apreciar o pedido e a situação real que se apresenta (NORONHA. p. 144).

Também existirá a possibilidade de litisconsórcio passivo (art. 77, I). Não podendo, quando conflitantes as defesas, pluralidades de réus assistido por um único advogado, constituindo nulidade absoluta, por ferir um dos mais importantes princípios do processo, a ampla defesa, que será estudado no item seguinte. Existindo ainda, os impedimentos quanto à defensoria pública e o conceito de curador, que aqui não se nota necessário ressaltar, embora, seja de grande importância na realização de direitos.

Outro doutrinador em seu entendimento escreve o que seria a defesa,

Em sentido amplo, é toda atividade das partes no sentido de fazer valer, no processo penal, seus direitos e interesses, não só quanto à atuação da pretensão punitiva, como também para impedi-la, conforme sua posição processual (TOURINHO. p. 299. 2011).

3.3 Garantias e Prerrogativas Processuais do Acusado

Não deve ser negado ao Direito Processual o seu caráter instrumental, por ser a construção de um meio, um instrumento para efetivar o direito material. Como visto no capítulo anterior quanto ao Direito Processual Penal propriamente, é clara a sua instrumentalidade, pois não é de coação direta, tendo o Estado autolimitado o seu *jus puniendi*, *não se atribui pena sem processo*. *Nulla poena sine judicio; nulla poena sine judice* (nenhuma pena pode ser imposta sem processo; nenhuma pena pode ser imposta senão pelo juiz).

Sendo nas infrações de menor potencial ofensivo uma não caracterização propriamente de um “processo”, mas também a medida alternativa que é proposta

àquele que comete o fato, pela acusação, não constitui o que se entende por pena. E, mesmo que o fosse, a “medida” seria proposta pelo acusador e, se aceita, só teria validade quando homologada pela figura do juiz. Sem essa homologação nenhum valor seria atribuído a essa transação penal.

Já fora discutido a finalidade do Direito Processual Penal. Nisto, é válido seu conceito para melhor entender os princípios que regem o Processo Penal. É falado da sua finalidade mediata, que é confundida com a própria finalidade do Direito Penal – paz social –, e a finalidade imediata, que é a de conseguir a “realização da pretensão punitiva derivada de um delito, através da utilização da garantia jurisdicional” (TOURINHO FILHO. 2013. p 56). No conjunto, pode-se afirmar que tem como finalidade tornar realidade o Direito Penal. Este, estabelecendo sanções aos possíveis transgressores das suas normas, tendo o Processo Penal a aplicação da *sanctio juris*, daí, entende-se que toda pena é imposta a alguém “processualmente”.

(TORNAGHI. 1967, p. 15) escreve que, as normas processuais representam o prolongar e o efetivar do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais. E por esse mesmo motivo (MENDES JÚNIOR. p. 7) ensinava que, “as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais”. Por seu turno, (MANDUCA. 1960. p. 45), proclamava que, o processo penal “é a parte essencial do moderno direito constitucional dos Estados livres”.

Tendo apresentado todas essas informações é de se conceituar que,

Enquanto a Constituição proclama os direitos e garantias fundamentais do homem, é por meio do processo penal que as garantias tornam os direitos fundamentais realidade (TOURINHO FILHO. 2013, p. 56).

Não é de se conceber um processo penal que esteja em desconformidade com a Lei fundamental. A Lei 12.403/2011, com esse entendimento, procurou na medida do possível, implantar de forma mais ferrenha no processo penal, o princípio da presunção da inocência, que representa o tratamento de rei de todos os demais princípios que tutelam e resguardam o direito de liberdade. De que jeito? A criação de uma cadeia de medidas cautelares pessoais menos invasivas.

O Processo Penal é conduzido por uma linha de princípios e regras, que representam postulados essenciais da política processual penal de um Estado. “Quanto mais democrático for o regime, o processo penal mais se apresenta como

um notável instrumento a serviço da liberdade individual” (TOURINHO FILHO. 2013. p. 57).

Como dito, sendo o processo penal uma verdadeira expressão de cultura, de civilização, e que representa determinado momento político de determinado país, podendo constatar que os seus princípios vão balançar a medida que os regimes políticos se transtornam. (TOURINHO FILHO. 2013. p, 57) dá exemplos de regimes e seus respectivos princípios regedores do processo penal. Escreve que se se tem um Estado totalitário, são consideradas as razões do Estado. Quando de regime democrático, citando (BETTIOL. 1974. p. 251) esse observa, a liberdade individual, como representação de um valor absoluto, devendo ser tida como inviolável pela Constituição.

O que mencionado pode ser verificado quando encarada as mudanças no Brasil, da data da promulgação do Código de Processo Penal, começo de 1942, quando a nação vivia sob a égide de um imito de Constituição, até os dias de hoje, havendo várias transformações no Processo Penal do Brasil, sempre a “caça”, de estilo perrengue, mas sempre procurando buscar a tutela dos direitos e interesses daquele que se tem por acusado, socorrendo e salvaguardando suas legítimas perspectivas.

Para melhor entender:

Causaria espanto em 1942 afirmar que a única prisão provisória que se justifica é a preventiva e, assim mesmo, para preservar a instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Espanto maior haveria se alguém falasse de “transação” na esfera penal (art. 76 da Lei n. 9.009/95), na suspensão condicional do processo (art.89 desse mesmo diploma), no julgamento antecipado da lide (art. 397 do CPP) e no direito de apelar em liberdade (foi revogado o art. 594 do CPP pelo art. 3º da Lei 11.719/2008...) (TOURINHO FILHO. 2013. p. 57-58).

Tendo por base o que até aqui foi relatado, agora, adentra-se nas garantias e prerrogativas processuais do acusado.

A função de punir do Estado deve ser dirigida a quem de fato tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve alongar-se à investigação e a descoberta da verdade real, da verdade material, para só assim fundamentar sentença. É o que se entende por princípio da verdade real. Diferentemente do campo extrapenal, porque em regra está em jogo interesses disponível, podendo as partes, usando dos poderes que lhes cabem, dispor, transacionar, transigir,

submeter-se ao querido pela parte contrária, vindo a tornar impossível a restauração real dos fatos.

Sendo notório que os fatos incontroversos não podem ser objeto de prova, na linguagem do Código de Processo Civil, no seu art. 334. É inverso o que acontece no Processo Penal, constatando-se pelas redações do art. 209 e 156, I e II, e muitos outros, não terá relevância se é controvertido ou não o fato. Mas o Juiz penal se curva de forma excepcional à verdade formal, por não dispor de meios para assegurar o domínio da verdade. Cita (TOURINHO FILHO. 2013. p. 58) como exemplo, a impossibilidade de revisão *pro societate*, as hipóteses que vão admitir a transação segundo a Lei nº. 9.099/95 e as várias restrições impostas à prova, citando as previstas nos arts. 155, parágrafo único, 206 e 207 do CPP.

É preciso salientar, quando é falada a verdade real, não se tem a ideia de chegar à verdade exata ou verdadeira ou verdade na sua essência, mas tão unicamente exclamar que o ordenamento brasileiro confere ao juiz da esfera penal, mais que ao juiz não penal,

Poderes para coletar dados que lhe possibilitem, numa análise histórico-crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado, numa tarefa semelhante à do historiador. (TOURINHO FILHO. 2013. p. 58).

Importantíssimo destacar os exemplos extraídos da lição do autor. A respeito do princípio da verdade real, seguem-se:

Na verdade, as novidades introduzidas no ordenamento, como o poder conferido às partes de fazerem diretamente suas reperfuntas às testemunhas (art.212 do CPP) e inclusive ao réu, em plenário do Júri (arts. 474, § 1º, do CPP), o julgamento antecipado de que trata o art. 397 do CPP e a transação, nas infrações de menor potencial ofensivo, de que cuida a Lei n. 9.099/95, estão caminhando para que possamos ter um verdadeiro Processo Penal puro, limitando-se o Juiz à sua função de dirimir o conflito. Há, inclusive, decisões de órgãos jurisdicionais respeitáveis, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não aceitando a possibilidade de o Juiz decretar prisão preventiva de ofício. Observa-se que a Lei n. 12.403/2011 já vetou os poderes do Juiz de decretar de ofício prisão preventiva na fase preambular da ação penal.

Por outro lado, mesmo com poderes conferidos ao Juiz, na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e por isso, melhor seria falar de “verdade processual”, ou “verdade forense”, até porque, por mais que o Juiz procure fazer a reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale (ah! As testemunhas...)

poderá conduzi-lo a uma “falsa verdade real” [...] (TOURINHO FILHO. 2013. p 58-59).

Compartilhando da mesma linha de pensamento, Ada P. Grinover já anotava que, “verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele” (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, RF, 347/6).

O princípio da imparcialidade não admite juiz parcial. Se o Estado atribuiu a si mesmo a tarefa de dar a cada o que lhe é devido, essa incumbência não seria exercida se, no processo, não houvesse a imparcialidade de quem julga.

A imparcialidade exige a independência. Não tem como o juiz ser efetivamente imparcial se não estiver livre de “algemas”, de influências ameaçadoras, que pudessem fazer da figura do juiz um grande sentimento de temor em perda de cargo. É aí que surgem as garantias conferidas à Magistratura pela Carta Magna: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Mas havendo motivo que traga problemas no exercício da imparcialidade do Magistrado, afetando-lhe a imparcialidade, qualquer das partes do processo pode pedir o impedimento, incompatibilidade ou suspeição, de acordo com os arts. 252, 254 e 112, todos do CPP, quando o próprio juiz não o pede, abnegando-se do que deveria fazer de forma antecipada.

Sobre o assunto tratado, pertinente análise:

Melhor seria que o legislador disciplinasse a atividade instrutória conferida ao juiz, impedindo-o de produzir provas e de decretar medidas cautelares pessoais ou reais, atribuindo-lhe o seu real e sublime papel de órgão incumbido de solucionar o litígio, limitando-se a recolher as provas que lhes forem apresentadas e, após valorá-las, proclamar a quem assiste o direito. Aí a imparcialidade seria incontestável e consonar-se-ia com o nosso Estado Democrático de Direito. (TOURINHO FILHO 2013. p. 59).

Estariam as partes do processo em igualdade? O princípio da igualdade das partes é que responde a indagação. No que concerne ao processo, esse possui as partes, que figuram em polos antagônicos, embora essa diferença se posiciona no mesmo plano, com iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades. Uma consequência de toda a estrutura do Processo Penal, que é acusatório como já foi estudado. Existindo divergências em relação ao sistema processual adotado, como também já foi esclarecido nesse artigo. Mas é de se pensar que, o processo acusatório tem como base a separação de funções, sendo, a de acusar, defender e

julgar, nesse olhar, não se pode negar ao Processo Penal atuante, o seu caráter acusatório.

Valendo-se mais uma vez de observação do autor em menção:

Certo que não é um processo acusatório puro, ortodoxo, do contrário muitas atividades próprias das partes não seriam conferidas ao juiz. Sem embargo, é acusatório. E tanto o é que a Constituição guindou a acusação e a defesa à categoria de funções essenciais à administração da justiça (arts. 127 e 133) (TOURINHO FILHO 2013. p. 60).

Quando acusatório, deve haver igualdade entre as partes. Sem essa igualdade, não existe equilíbrio entre aqueles que figuram no processo, e a falta desse equilíbrio implica na negação da justiça. Procurou o legislador manter esse equilíbrio por intermédio do juiz. Como exemplo, o réu não pode defender-se, figurar no processo além de réu também como defensor, salvo quando habilitado for. É o que diz o art. 263 do CPP.

Imagina-se que fosse possível a defesa por pessoa sem habilitação, como ficaria a defesa e a acusação? Desiguais. A possibilidade de diálogos entre as partes se tornaria impossível. O princípio da igualdade entre as partes só existiria para uma delas, um grande desnível. É de se pensar que um órgão técnico, o representante do Ministério Público, faria determinada oposição ao réu, isso em desigualdade de condições por ser esse faltoso quanto ao conhecimento jurídico.

Existem interesses completamente diferentes entre as partes processuais, acusação e defesa, e entre elas deve ser garantida absoluta paridade, pois do oposto não seria possível uma pura e válida contraposição entre elas.

(COUTERE. 1972. p. 183) escreve que esse princípio, o da igualdade, nada mais é que o princípio de que todos são iguais perante a lei levado ao processo.

(CLARIÁ OLMEDO. 1989. p. 83) compartilhando da mesma opinião: “a norma constitucional segundo a qual todos são iguais perante a lei traduz-se, em juízo, como a igualdade das partes”.

É de se pensar, e para que haja essa igualdade? Será indispensável que as partes disponham das mesmas armas. Fala-se de princípio da paridade de armas, o princípio da *par conditio* ou da *equality of arms*. Quando se fala em direitos e poderes exercidos diante do processo, esses devem ser atribuídos à acusação e à defesa, quando conferidos a um não podem ser negados ao outro, e vice-versa.

Entende (TOURINHO FILHO 2013. p. 60) que às vezes concede-se um pouco mais à defesa. Cita a hipótese dos embargos infringentes, da proibição da *reformatio in pejus* tratada no art. 617 do CPP e também da revisão criminal, todos exclusivos da defesa. Faz observação pertinente sobre a etapa pré-processual, na fase do inquérito policial, “a desigualdade entre o que o titular do direito de punir pode fazer e o que resta ao investigado é marcante”.

Fica evidente nessa fase que, ao réu não são atribuídos os mesmos direitos e nem de longe possui os mesmos poderes que são reservados ao Estado-Administração, constituído pela Polícia. Também não possuindo instrumentos para com o Estado se igualar. O único direito que lhe é dado nessa fase é à defesa de sua integridade física e da sua liberdade ambulatoria.

Não podendo, segundo a Constituição, ser submetido à tortura nem a tratamento cruel ou humilhante, embora a realidade, infelizmente, seja outra, por culpa do descaso apresentado pelo Poder Público brasileiro. Também não pode sofrer constrangimento ilegal referente à sua liberdade de locomoção. Mais nada.

O art. 155 do CPP consagra o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento. Não pode o juiz julgar tendo conhecimento extra-autos. *Quod non est in actis non est in hoc mundo*. Aquilo que estiver fora do processo é considerado não existente. A doutrina reza que, nesse caso, o processo seria o mundo para o juiz. Trata-se de importantíssima garantia, com o objetivo de impedir que sejam realizados julgamentos parciais, o que vai de encontro com a Carta Magna e os princípios até aqui expostos.

Deve o juiz ter completa liberdade de julgar, valorando as provas de acordo com suas ideias, desde que alcançadas em um contraditório regular (o que vai ser estudado mais a frente), como bem entender, sem, contudo, afastar-se dos autos. “*Em regular contraditório*”.

O art. 155 do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008, deixa explícito que, não poderá o juiz fundamentar decisão ligando-se exclusivamente no que foi colhido na fase informativa, tendo a ressalva das provas cautelares não repetíveis e antecipadas. A fundamentação é exigida sem exceções. Imagina-se uma sentença sem motivação? Não se adequaria ao que se entende por Estado Democrático de Direito. Seria uma não sentença, é dever de o Magistrado fundamentar, pois é do interesse das partes que figuram na relação processual assim como de toda a

sociedade. Todos devem ter conhecimento dos motivos que levaram ao Magistrado tomar certa decisão.

Bem lembra o Des. Sylvio Baptista do TJ do Rio Grande do Sul, em julgado, sobre a ameaça que importa o princípio da persuasão racional. Na sua oratória:

Como ensinava Giovane Leone (Spunti sul problema dela prova nel processo penale, in Stui in memoria di F. Grispigni, p. 324), o princípio do livre convencimento do juiz, que é certamente uma conquista, é também um perigo. É perigo 'perche il principio del libero convincimento può transormarsi in arbitrio', confundindo o juiz a certeza que deve ser alcançada sub specie universalis, ou seja, a certeza de que todos devem participar, com a certeza subjetiva do julgador.

É de suma importância para o Processo Penal o princípio da *publicidade*. Esse princípio se traduz ao afirma que os atos processuais são públicos.

No direito estabelecido, em regra, vigora o princípio da publicidade absoluta. É de conhecimento que as audiências, as sessões e a realização de vários outros atos processuais são abertas ao público no seu geral. Quando se fala de processo de competência do júri, serão estabelecidos limites, segundo o CPP, arts. 485, § 1º, e 487. Quanto ao sigilo do voto, esse é garantia constitucional prevista na alínea *b* do inc. XXXVIII do art. 5º da Carta Magna.

É permitido aos jurados, antes de receberem as cédulas com as expressões “SIM” e “NÃO” possam e necessitem conversar sobre a absolvição ou condenação daquele que figura como réu. Devendo essa conversação ser realizada longe dos ouvidos do Juiz-presidente, do Ministério Público, Defensor, Escrivão e Oficial de Justiça.

Após esse diálogo, o que deve acontecer?

E aí entra o burlesco: após o diálogo, os demais sujeitos processuais, inclusive o Juiz-Presidente, devem adentrar a sala secreta. Não bastasse a comicidade, outro problema: se o voto é sigiloso, nesse diálogo os jurados ficam conhecendo a posição de cada um, maltratando às escâncaras a Lei Maior. Mais ainda: fica arredada toda e qualquer possibilidade de alteração do inciso XXXVIII do art. 5º da *Lex Mater*, por se tratar de cláusula pétrea, inalterável até mesmo por emenda constitucional, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Magna Carta (TOURINHO FILHO. 2013. P. 62).

Para melhor afirmar seu posicionamento escreve sobre o passado:

É bem verdade que ao tempo do Império os jurados se reuniam a portas fechadas..., mas não se deve olvidar que a Constituição de 1824 não exigia

a sigilação *do voto*... como o fizeram as Constituições de 1946 e todas as que a sucederam. Certo que a Carta de 1967 e a EC n. 1/69 não falavam expressamente desse sigilo, mas, dizendo “É mantida a Instituição do Júri”, por óbvio asseguraram a sigilação, pois manter uma instituição é conservá-la tal como estava disciplinada anteriormente... (TOURINHO FILHO. 2013. p. 62).

É o art. 792 do CPP que consagra o princípio da publicidade. A justiça não pode ser feita as escuras, entre quatro paredes, e é isso que o princípio quer dizer. Deve ser água límpida. Admitindo como exceção a publicidade especial ou restrita. Observação feita a partir do § 1º do art. 792. Também, o inciso LX do art. 5º da Lei Maior: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

O escritor diz ser de fácil compreensão a exceção exposta,

[...] se por acaso o juiz dever ouvir a vítima de um crime sexual, à evidência cumpre-lhe tomar as necessárias cautelas para que ela não se sinta constrangida em relatar como ocorreu o fato na presença de pessoas estranhas ao processo e que foram ao Fórum por simples curiosidade... Admitirá apenas a presença dos sujeitos processuais. A intimidade da vítima deve ser preservada. Idêntica medida deve ser estendida quando da tomada do depoimento de uma criança, precisamente para que ela se sinta mais à vontade (TOURINHO FILHO. 2013. p. 62).

Usando-se do mesmo autor, esse faz ressalvas sobre o princípio estudado. Diz que por outro lado, a publicidade não atinge os atos que se realizam quando do inquérito policial, por ser de natureza inquisitiva, e também o fato do próprio art. 20 do CPP dispor, que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário.

O doutrinador fala em *Lex specialis*. E que não poderá ser colocado tal sigilo como de encontro a Constituição. Porque nela se fala em publicidade dos *atos processuais*, daí extrai-se a ideia de que não cabe o mesmo ao inquérito, esse não possui os atos em questão. A constituição fale em litigante, e no inquérito não existe quem ocupe essa posição. A Lei n. 8.906/94, o Estatuto da Advocacia, dispõe entre os direitos do Advogado não só o de:

Comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis (Art. 7º, III).

Prevê também:

Examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos em flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos (Art. 7º, XIV).

Havia discussões a respeito dessa disposição, adveio pelo SFT, uma Súmula vinculante. Na sua integralidade:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa (STF. N. 14).

Sobre a súmula:

É preciso, pois, que o elemento de prova já esteja documentado nos autos do inquérito. Muitas vezes, durante uma investigação, a Polícia obtém uma prova cuja importância ainda esteja na dependência de outra prova a ser recolhida e a outra por colher, parece-nos que o preceito sumular não pode ter aplicação, sob pena de se transformar a investigação num vazio [...] (TOURINHO FILHO. 2013, p. 63).

No livro *Introducción al derecho procesal penal* (BINDER. 1999. p. 241): “existen ocasiones en las que la eficacia de un acto o una investigación concreta depende del secreto”.

O que disso se entende é que, a existência da não publicidade no caso do inquérito policial sobre seus atos cabe exceções. Mas mesmo assim, os atos nele realizados não são públicos, quer dizer, que não se permite que um comum, indiferente ao inquérito, pode assistir tais atos, como os que são realizados em juízo, que são abertos a qualquer do povo.

Aquele que defende o acusado ficou aqui entendido, pode “requerer à Autoridade Policial as peças relativas às diligências realizadas, não pode ser informado das diligências por realizar e muito menos delas participar”, pois o inquérito é e precisa ser de caráter inquisitivo (TOURINHO. 2013, p. 63).

Um dos princípios mais importantes para aquele que figura como acusado enquanto alvo da persecução criminal é o contraditório.

Observa-se:

Da elaboração tradicional que colocava o princípio do contraditório como a garantia de *participação* no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, a doutrina moderna, sobretudo a partir do italiano Elio Fazzalaria, caminha a passos largos no sentido de uma nova

formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da *parconditio* ou da *paridadedearmas*, na busca de uma efetiva igualdade processual. (PACELLI. 2012, p. 43).

O que (PACELLI. 2012. p. 43) quis dizer, no caso, ele mesmo se explica, é que, o contraditório, princípio importantíssimo para o acusado como dito antes, não somente garantiria o direito à informação de se saber sobre os fatos ou alegações contrárias aos interesses das partes (isso pelo réu, ou por quem acusa) “e o direito à reação (contrariedade) a ambos”, não seria só a garantia de *participação*, mas também garantiria (o contraditório) que o ensejo da resposta pudesse se realizar no mesmo vigor e alcance (PACELLI. 2012. p. 43).

(GONÇALVES. 1992. p. 127) fala em simétrica paridade, quando da garantia de participação.

É necessário o trabalho posto ser repetitivo, sendo necessário frisar mais uma vez o quão importante esse princípio é para o acusado, pois quando da sua não observância, será passível de inúmeras “sanções”, até mesmo a nulidade absoluta, quando em prejuízo daquele que é acusado.

Sendo um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo, segundo (PACELLI. 2012. p. 43), verdadeiro requisito de validade do processo. Quando se tratar de violação do contraditório *em relação à acusação*, segundo o autor, “será necessária a arguição expressa da irregularidade no recurso, sob pena de preclusão, ainda que se cuide de nulidade absoluta”.

Aduz o autor:

Nessa hipótese, excepcional, por certo, levam-se em consideração outras questões, ora ligadas ao controle do bom desempenho das funções públicas (o Ministério Público deve zelar, sempre, pela regularidade do processo, em todas as suas fases), ora ligadas à vedação da não surpresa (no fundo, o *próprio contraditório*) para a defesa; esta, diante da ausência de impugnação da irregularidade no recurso da acusação, não teria como se manifestar sobre a mesma (PACELLI. 2012, p. 44).

Daí, o que se tem entendimento, é que o princípio do contraditório junto ao da ampla defesa, constitui o pilar fundamental de todo o processo, e, em particular, do processo penal. E por que o é?

E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo *justo* e

equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal (TOURINHO FILHO, 2012, p. 44).

Para melhor entender o tamanho dessa importância:

Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo (Súmula 707 do STF).

(PACELLI. 2012. P. 44) escreve, “além do interesse específico das partes, e de modo especial, do acusado, é bem de ver que o contraditório põe-se também como *método* do conhecimento do caso penal”. Escreve mais o autor, mostrando a importância do princípio:

Com efeito, uma estrutura dialética de afirmações e negações pode se revelar extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial, permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito. (PACELLI. 2012. p. 44).

Depois de toda a argumentação, essa demonstrada suficientemente para provar o tamanho da importância de tal princípio, fica o entendimento de que, quando se tem uma decisão judicial que é embasada na participação ativa dos interessados em todas as fases pertencentes ao processo, tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, “na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 44).

O trabalho se valerá de mais algumas citações. A Constituição de 1988 em uma linguagem bem clara dispõe: “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” (art. 5º, LV).

Sendo ainda mais clara: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV). Aí, são abrangidas todas as garantias processuais.

Tal princípio, numa visão política, constitui um avanço da liberdade no árduo caminho que leva a um processo penal “humano” (BETTIOL. 1974, p. 304).

Analisa-se o sentido constitucional do princípio do contraditório:

O direito de o réu intervir no processo e se pronunciar e contraditar todos os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos

jurídicos trazidos ao processo, o que impõe designadamente que ele seja o último a intervir no processo (CANOTILHO. 2003, p.206).

Também se manifesta nesse sentido um dos principais Procuradores de Justiça da Bahia, o Professor (MOREIRA. 2010. p. 177 e s.), no seu curso intitulado: Curso temático de direito processual penal.

Diante da última parte da citação referente à (CANOTILHO. 2003. p. 206) sobre o réu, “o que impõe designadamente que ele seja o último a intervir no processo”, daí, se alcançam grandes controvérsias quando da análise das diferentes opiniões a respeito. Aqui, não se faz essencial escrever a respeito da ordem de quem deve falar, ou quem é que deve falar por último, mas cabe citar excelentes trabalhos que discorrem sobre o assunto, o trabalho do Procurador da República Professor (QUEIROZ. N. 75. p. 16-17), com sua obra *Boletim dos Procuradores da República*. Nesse mesmo sentido a lição de (MARQUES. 1961. p. 221) na obra *Elementos de direito processual penal* e (CARVALHO. p. 62) com livro: *O processo penal em face da Constituição*.

Vale salientar que, o instituto do contraditório não se estende ao inquérito, em que não há acusação.

Outro princípio é o da iniciativa das partes. Esse, explica que cabe à parte provocar a prestação jurisdicional. *Nemo iudex sine actore* – não há juiz sem autor – ou *ne procedat iudex ex officio* – o juiz não pode dar início ao processo sem a provocação da parte – são velhos brocardos que cristalizam tal princípio.

Segundo (TOURINHO FILHO. 2012. p. 68), o princípio do “*NE eat iudex ultra petita partium*” (o juiz não pode ir além dos pedidos das partes) diz que, quando iniciada a ação, é fixado os contornos da *res in iudicio deducta* (do pedido formulado), devendo o juiz pronunciar-se apenas sobre aquilo que lhe foi pedido, o que foi exposto na inicial pela parte.

São vários os princípios apresentados pela doutrina estrangeira e brasileira, mas aqui se pode observar que se utiliza de poucos doutrinadores o estudo, tendo-se utilizado de maneira exaustiva as lições do respeitado doutrinador, Tourinho Filho.

Disso, não se vê necessário utilizar-se de todos, ou muitos deles, dos ensinamentos dos diversos estudiosos do assunto, não por falta de merecimento ou do tipo, pelo contrário, mas, porque se tornaria demasiadamente cansativo se acontecesse, pois cada um apresenta maneiras diferentes, peculiares, ao tratar

determinado princípio, por vezes o dividindo, tornando-o em dois, de acordo com o seu ponto de vista. E por ser o trabalho de Tourinho Filho respeitado, aceito e utilizado inclusive em argumentações de sentenças, é que se vale dele o item 2.3.

Explicado o motivo da insistência, continuasse a exibição de princípios, mais dois, de acordo com o pensamento de tal estudioso. Agora, partindo para o princípio referente à identidade física do juiz, tornando-se pertinente o seguinte questionamento: ainda “vigora no Processo Penal o princípio da identidade física do juiz?” (TOURINHO FILHO. 2013. p. 69-70) diz que sim. Explica que: é válido de acordo com a Lei n. 11.719, de 20-06-2008, no § 2º do art. 399, mas salienta que vão existir casos em que essa regra não será cumprida, pois fugirá do controle da própria lei e do arbítrio do magistrado, devendo nesses casos ser aplicado o que dispõe o art. 132 do Código de Processo Civil vigente, onde, por seu entendimento, nenhum tribunal se arriscará em negar a aplicação da regra contida no artigo do CPC

Outros princípios são necessários se fazer menção: inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, presunção de inocência, o princípio do “favor rei” (benefício do réu), o duplo grau de jurisdição. Mas, para encerra-se o item, é preferível se ater ao princípio do devido processo legal, não que os outros não os sejam importantes, mas, a intenção é não deixar que se torne cansativo o presente trabalho, e sim, buscar que seja interessante, convincente quanto aos conceitos elaborados juntamente com a respectiva amplitude em que foram apresentados.

Por esses motivos acima expostos, dar-se-á preferência ao devido processo legal, de expressa previsão legal.

Erigido a dogma constitucional, abarcando vários princípios constitucionais. Explica autor:

O devido processo legal, por óbvio, relaciona-se com uma série de direitos e garantias constitucionais, tais como presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de todas as decisões que comportem recurso, ampla defesa, contraditório, publicidade, juiz natural, imparcialidade do julgador, direito às vias recursais, proibição da *reformatio in pejus*, respeito à coisa julgada (*ne bis in diem*), proibição de provas colhidas ilícitamente, motivação das sentenças, celeridade processual, retroatividade da lei penal benigna, dignidade humana, integridade física, liberdade e igualdade (TOURINHO FILHO 2013, p. 70 -71).

4 O ACUSADO COMO ALVO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL

O presente capítulo tem a intenção de expor a situação de acusado em suas diferentes formas, utilizando-se de contextos sociais e históricos para melhor acentuar as questões trazidas. Busca-se destrinchar o que percorreu o réu para que se chegasse ao status de protegido constitucionalmente.

4.1 Sua Majestade o Acusado

Quando observado o grande número de princípios que o ordenamento jurídico brasileiro oferece ao réu enquanto alvo da persecução penal, muitas vezes é notada uma revolta por parte da população, por achar que os acusados em sua esmagadora maioria não merecem o tratamento atribuído.

Seria o acusado tratado como majestade? Tantos direitos assim não trariam prejuízos para o processo? E conseqüentemente se teriam mais casos onde a injustiça vela o justo? Ou isso seriam questões distorcidas de um povo carente de soluções e apegado a vingança como punição? Poderia ser apenas uma distorção daquilo que é teoria e prática, onde muito se diz que tem o acusado, mas pouco se consegue colocar em exercício.

São posições, questionamentos, dúvidas, que englobam muito mais do que se acertar uma ideia fixa, retida naquilo e só. Precisa-se de mais, e sempre mais, uma linha evolutiva deve ser imaginada, em constante mudança, evolução, pois só assim é que se atende aos anseios de determinado povo, de determinada época, isso em um contexto onde os direitos e garantias do réu não podem retroceder, pelo contrário, o mundo em constante mudança não pode se ater a casos extremos, onde o incriminado é considerado um monstro, merecedor dos piores castigos, o que não deveria acontecer, nem em casos horrendos, ou, em quaisquer outros, não se podendo radicalizar.

Marcos Antonio Vilas Boas, ex-juiz, professor e advogado, ao tratar dos sujeitos da relação processual, mais precisamente sobre o acusado e seu defensor, abre grande discussão a respeito do tratamento ora em comento. No seu livro, "Processo Penal Completo". Nesse tópico, sua obra será de grande ajuda para que se entenda o porquê de muitos pensarem que o réu no processo atual é tratado

como majestade, o que é errado, sendo explicado mais a frente o porquê de não o ser, muito pelo contrário, pouco tem de majestade o acusado, muito deve a sociedade brasileira àquele que comete crime (BOAS. 2001. p. 298).

Visto que a lei processual é submissa à Carta Magna, essa que dotou o acusado de vantagens e garantias. Aduz a de *permanecer calado* e a da *plenitude de defesa*, que por vezes leva o réu a espetáculos circenses (BOAS. 2001, p. 298). Para melhor traduzir o que aqui foi escrito é válido transcrever casos narrados e trazidos pelo próprio professor, veja-se:

Conta-se que, num interrogatório, certa feita, o réu, perguntado onde estava no momento do crime, contou ao juiz que fora sequestrado por um disco voador, e, no interior da nave, os alienígenas lhe fizeram uma “lavagem cerebral”. Com essa intervenção “científica-sideral”, houve a perda da memória e por isso não poderia contar o que realmente acontecera na noite fatídica. O juiz teve de ouvir o réu, sem qualquer insinuação ou represália, respeitando seus direitos. Precioso tempo foi gasto. Pareceu uma brincadeira de mau gosto. Nada se podia fazer – quando muito – o juiz interromperia o “monólogo” e a colheita de fatos seria creditada como malsucedida (BOAS. 2001, p. 298).

Escreve ainda outro caso:

[...] numa pequena Comarca, onde o delegado, nas atividades diárias, fora chamado pelo carcereiro para levar um preso a um consultório médico, uma vez que sofria fortes dores no abdômen. Durante a viagem, na viatura policial, o preso já apresentava sintomas de melhora e pediu que parassem para assistir a um rodeio que acontecia na cidade. De regresso à cadeia pública, contou o preso que, nos seus 30 anos, jamais tivera oportunidade de consultar um médico particular, como fizera naquele dia. Foi então que o delegado fez uma rápida comparação, nos seguintes termos: “Os amigos deste preso, trabalhadores braçais, quando ficam doentes, curam-se em casa, com remédios caseiros e mais das vezes enfrentam fila no Posto de Saúde do Estado, e para lá se dirigem, pé sob pé, enquanto isso, o preso é conduzido de veículo, sem filas nem burocracias, tem à mão um médico particular que o atende de graça” [...] (BOAS. 2001. p. 298).

Narra o autor os casos aqui transcritos para explicar o porquê da expressão “Sua Majestade, o réu”. Relata que a mesma originou-se em um interrogatório, conduzido por juiz um tanto quanto espirituoso, escreve o professor, esse, o magistrado, facilmente constatou que existem enormes regalias para com o réu e resolveu chamá-lo de “Sua Majestade” (BOAS. 2001. p. 298).

E é no comparativo com os grandes centros urbanos que a ideia de possuir o réu status de majestade, desmorona. Afirma não se tratar da mesma verdade nesses lugares, pois o que há é tratamento desumano e humilhante, sendo corriqueiro na maioria das cadeias públicas e penitenciárias. Um verdadeiro depósito

de seres humanos, indo de encontro com o que é proposto na Constituição Federal do Brasil, onde a reeducação seria o ponto primordial a ser alcançado.

Observa o escritor:

O sistema penitenciário brasileiro está falido e merece maior atenção de nossos governantes. Ao colocar uma pessoa humana sob custódia, o Estado é responsável por ela, devendo dispensar-lhe um tratamento severamente respeito. Os administradores devem lembra-se de que não lidam com animais, lidam com seres dotados de sentimento e razão. Este é o outro lado da moeda, o outro extremo, decaindo o preso de Majestade para metade-escravo (BOAS. 2001. p. 298).

Aprofunda-se o autor de maneira filosófica sobre o tratamento do réu. Aqui, faz-se necessário citar parte da interpretação realizada por meio da filosofia, mas sem se perder do objetivo.

Cita Eros Roberto Grau, que chama o Estado de capitalista e de “jogador sempre vitorioso”, pretendendo o autor mostrar que o crime é de grande importância e utilidade para o poder, pois, sem ele, segundo o mesmo, não teria desculpas, assim intitula, para aplicar o arbítrio e a opressão nas demais coisas. Cabe apenas parte dessa citação para ser mencionada no presente estudo:

[...] os jogadores dotados de poder de dominação promovem e estimulam a violência social, porque ela, em primeiro lugar, confere ao jogo aparência de luta; em segundo lugar, porque a existência da violência social justifica o autoritarismo do Estado [...] a pilastra fundamental do sistema jurídico capitalista é a legalidade. Surge o princípio da legalidade, enquanto construção do Estado burguês de Direito, como antítese de legitimidade. A consagração da legalidade como expressão da legitimidade racional (Max Weber) conduz à afirmação da necessidade de obedecer e à anulação do direito de resistência contra o Direito injusto. O direito positivo está posto para ser cumprido. As regras do jogo devem ser obedecidas, pouco importando a valoração do seu conteúdo. A legalidade conduz à neutralidade axiológica do Direito [...] (BOAS. p. 18, 16).

Vai além ao criticar o Estado diante do acusado:

[...] luta não passa de um jogo, desenvolvido segundo regras muito especiais, que necessariamente conduz: a) à vitória do detentor do capital; b) à preservação dos vencidos, preservação indispensável na medida em que possibilita a continuidade do jogo e o renovar-se da relação de parasitismo: os vencidos não de ser conservados como objetos de exploração; c) ao renovar-se contínuo o conflito, organizado como jogo, indispensável à preservação da relação de parasitismo [...] prestando-se a lei também a servir de instrumento de injustiça e opressão [...] (BOAS. p. 14, 17).

Ao citar o mencionado autor, faz Vilas Boas, comparativos com o Brasil do que reza Eros Roberto Grau quanto ao Estado.

Diz que existe Legislação repressiva, com clara tendência de impor penas severas nas suas maiores amplitudes àqueles que atentam contra as classes ditas privilegiadas, e o mais importante, contra o sistema dominador. Acusa o Estado de protetor demasiado do sistema financeiro, onde a legislação se encontra a favor desse em detrimento do consumidor (BOAS. 2001. p. 300).

Assevera o autor: “note-se que os cargos públicos com melhores remunerações são aqueles que defendem o sistema oligárquico” (BOAS. 2001. p. 300).

Pertinente é sua observação quanto às penitenciárias:

A política penitenciária veio para prender, a todo custo, não só malfeitores, veio para manter um regime arcaico que insiste em conservar, principalmente nos maiores centros, o temor pelas autoridades. O sistema penitenciário brasileiro não funciona porque não educou ninguém. O que fez foi dar uma “arma de fogo” à criança e pedir que ela não atirasse (BOAS. 2001, p. 3000).

É percorrida durante toda a extensão dessa pesquisa a argumentação tratada sobre o aspecto da historicidade. Aqui, não seria diferente. Mais uma vez é possível mostrar por intermédio da história, o porquê do tratamento hoje ofertado ao acusado. Na integralidade, passasse a leitura de trecho da obra do autor em análise, utilizando-se do passado, aduz:

O sistema liberal aqui, dominado por outros, repetiu a História escravocrata, obrigando ao processo de favelização, após livrar os negros da escravidão e jogá-los à margem das estradas. Naquele tempo, as negras prenhes morriam no completo abandono, com suas crianças no útero. Os velhos, sem força de trabalho, não ofereciam mais interesse aos senhores: foi-se com a senilidade a resistência para a lida. As crianças estavam condenadas à morte, antecipadamente, porque já não mais eram escravas, com a libertação. A sociedade brasileira criou esse martírio social após explorar o trabalho dos negros por séculos. A associação da pobreza com a negritude teve a mesma proporção do crime com a desassistência social. Se a sociedade foi quem criou a marginalidade dos negros e dos desassistidos, não pode se livrar, facilmente, dos efeitos do seu próprio ato (BOAS. 2001, p. 300).

Não utilizasse o trabalho em leitura, das histórias, ideias e argumentos apresentados pelo autor, para simplesmente justificar a criminalidade exercida pelos negros e/ou menos favorecidos financeiramente. Isso seria desarrazoado. Mas com o que até aqui foi exposto, é notório perceber que o que ocorre hoje, nada mais é que uma resposta do passado, de todo ele.

(RIBEIRO. p. 234-4) no livro “*O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*” relata que “o débil, o enfermo, o precocemente envelhecido no trabalho, era simplesmente enxotado como coisa imprestável”, isso, durante a História escravocrata.

No mesmo livro é relatado que depois da primeira lei abolicionista – a Lei do Ventre Livre, “que liberta o filho da negra escrava” – adveio da lei algo terrível, “os fazendeiros mandavam abandonar, nas estradas e nas vilas próximas, as crias de suas negras” que, já não se encontravam mais em seu poder, por isso mesmo, não se sentiam mais na obrigação de alimentar o filho daquela que fora sua escrava (RIBEIRO. p. 232-4). Precariedade foi o que afligiu os negros da época. Houve também a expulsão de trabalhadores brancos e aqueles tidos como agregados, engrossando assim, a massa pobre e desamparada.

Observa o autor:

Essa humanidade detritária predominantemente negra e mulata pode ser vista, ainda hoje, diante dos conglomerados urbanos, em todas as áreas do latifúndio, formado por branceiros estacionais, mendigos, biscateiros, domésticas, cegos, aleijados, enfermos, amontoados em casebres miseráveis. Os mais velhos, já desgastados no trabalho agrícola e na vida azarosa, cuidando das crianças, ainda não amadurecidas para nele engajar-se (RIBEIRO. p. 232-4).

É olhando pro passado para se perceber que quem criou as condições para a marginalidade foi a sociedade brasileira “e não é justo que jogue as pedras sem primeiramente solucionar o foco da doença contagiosa”. Chama o autor (RIBEIRO. p. 232-4) de favelização, instituída pela sociedade, a partir do momento que não ofereceu “empregos e meios de sobrevivência aos excluídos, negros, brancos e mestiços”.

Hoje em dia é grande a necessidade de repressão ao crime, entretanto, para que de fato aconteça deve o ser “com critérios humanitários e batendo ao peito: *mea culpa*” (BOAS. 2001. p. 302). Assim como para com os índios (observação da pesquisa), também há dívida para com os excluídos, a sociedade brasileira deve arcar com o que criou, principalmente com os negros.

Uma última observação feita pelo ex-juiz (BOAS. 2001. p. 302) se faz pertinente ser aludida:

Não existissem tantas explorações com base na legalidade, tantas misérias ocasionadas pela má distribuição de renda e tanta omissão no atendimento ao povo menos afortunado, certamente as prisões não estariam abarrotadas

e o problema carcerário teria um enfrentamento menos hipócrita e mais eficiente. A reeducação, como meta, passaria a ser uma realidade, não para daqui a um milênio, mas para o amanhã próximo... (BOAS. 2001, p. 302).

A pesquisa em leitura nada tem a ideia de tomar posição de como deveria ser tratado o acusado. O único objetivo é apresentar discussões pertinentes a respeito do tratamento ofertado ao incriminado, nada além disso. Mas, o que se pode observar diante do exposto é que, a revolta da população contra a figura do acusado, e a construção do pensamento de que possui o réu o melhor tratamento e as melhores condições, não passa de um engano, ocasionado por casos tidos como monstruosos e divulgados de maneira sensacionalista pela mídia.

Não pode o povo, ser radical, o extremismo leva as piores das piores ruínas. Portanto, o que se entende é que muito do que se pode ver hoje em dia nada mais é que o resultado da exclusão, do tratamento desigual e desumano que foi dado a algumas pessoas no passado. Foi a consequência de um passado distante e sombrio que ainda por vezes é repetido nos dias de hoje, resultando na violência e pobreza crescente.

Vários questionamentos foram realizados logo no começo da apresentação desse tópico, e é agora, depois de analisado tudo o que foi percorrido, que se valerá comentar tais dúvidas, essas, que se passam no pensamento de muitos ao se depararem com situações diversas. Acontecendo de maneira lógica e rápida, pois no tópico 3.2 será tratada com maior amplitude.

A depender do caso pode sim ter-se a ideia de que seria o acusado tratado como majestade, é observado isso no entendimento de alguns doutrinadores quando notado certas imunidades parlamentares, mas de certo, não se tem isso nos demais, a uma discrepância tremenda, onde muito dos perfeitos princípios de proteção ao acusado, pouco se conseguem realizar na prática.

Há uma grande distorção do que é justo e injusto nos dias de hoje, ocasionada por diversos fatores, sendo necessário entender que, o acusado é um ser humano e nessa condição merece tratamento adequado, onde será estudado mais a frente em item próprio, se findando assim, o assunto em comento.

4.2 A Hipossuficiência do Acusado

No capítulo anterior fora discutido os principais e consagrados princípios que regem o Processo Penal brasileiro, de acordo com doutrinadores de renome nacional. Sendo no tema, ora mencionado, trabalhado os conceitos desses princípios que retratam as garantias e prerrogativas do acusado diante da persecução criminal.

O que se pode entender é que o acusado quando diante do Estado, possui inúmeros direitos e garantias, essas aparecem para que os primeiros sejam efetivados, mas o que se observa na prática, é que muito do que foi descrito no decorrer dessa pesquisa pouco é respeitado.

É de se indagar: seria o réu considerado nos seus direitos? Teria chances de se defender de forma justa e equitativa quando posto perante a magnitude da persecução penal do Estado? Esse Estado Democrático de Direito faz jus a democracia quando do embate entre esse e o infrator? São questionamentos postos quando se faz referência a suposta hipossuficiência do incriminado, terminologia pouquíssima usada no Direito e Processo Penal, mas que nesse item tem grande importância a ser discutida, para que se entenda qual posição é a do réu na persecução, aqui não referindo-se a de acusado, mas aquela de se sentir favorável, ou não, quando se encontra como réu. Favorável na acepção de não ser tratado de forma que leve ao antagonismo, mas de acordo com o que é defendido e protegido ao implicado na Magna Carta.

Quando lido o primeiro capítulo desse estudo, é notada a evolução do Processo Penal brasileiro no decorrer dos anos, principalmente quando visto perante a Constituição Federal, que assegurou os mais importantes direitos e garantias à sociedade como um todo, principalmente àquele que é tido como infrator, que quebra o ordenamento jurídico.

Mas é importante ressaltar o quanto esse sofreu com injustiças e desrespeitos ao longo da história, para que só assim se chegasse ao que se entende atualmente por processo justo, tratando-se de uma linha subsequente de evolução, que só poderia e pode acontecer, quando diante de injustiças, na virtuosa busca de melhorias.

Nos tempos passados, crueldade, ou melhor, tratamento degradante e desumano era o que regia o processo, pouco se importavam os poderosos que

ocupavam os cargos a frente da nação, sendo sua única preocupação se manter no poder.

No Brasil, pode ser citado como o maior exemplo dessa desumanização o período da ditadura, onde a investigação era elaborada das piores formas possíveis, com requintes de crueldade, da tortura até o assassinato. Isso para se tentar chegar ao acusado e se conseguir sua punição, hoje tida como ilegal, quando relacionado ao que se entendia como crimes políticos.

Perder-se-ia a presente pesquisa se fosse relatar o desenvolvimento do processo penal no mundo, uma vez que exemplos não faltariam para demonstrar tal evolução, a Alemanha seria um exemplo no qual daria para se mergulhar e se debruçar nesse progresso histórico da persecução penal. Mas como o que aqui interessa, é a suposta hipossuficiência do réu, será necessário tratar um pouco de história, embora já se tenha valido disso em item anterior (mas não da maneira agora aqui apresentada). E o porquê disso? Porque para se chegar a uma conclusão de hipossuficiência, ou não, é necessário entender as ideias que antigamente conduziam o processo, pois são essas que deram a ideia de crime, criminoso, tratamento ofertado e punição. Se é que é podido considerar o que acontecia no passado como persecução criminal.

O livro *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*, de (FOUCAULT. 1999), explana bem as ideias que aqui foram mencionadas. Em um dos seus capítulos, “*O corpo dos condenados*”, o autor expõe dois documentos que especificam dois estilos penais diferentes. O primeiro documento descreve um suplício, espetáculo público bastante violento:

Finalmente foi esquartejado. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas (FOUCAULT. 1999. p. 09).

No segundo documento descreve alguns artigos do código de execução penal, que aqui cabe mencionar:

Art. 17. – O dia dos detentos começará às seis horas da manhã no inverno, às cinco horas no verão. O trabalho há de durar nove horas por dia em qualquer estação. Duas horas por dia serão consagradas ao ensino. O

trabalho e o dia terminarão às nove horas no inverno, às oito horas no verão (FOUCAULT. 1999. p. 10).

Entre os documentos descritos vai haver um espaço de tempo, do final do século 18 e início do século 19. É importante citar esse intervalo de tempo para previamente justificar a historicidade que aqui não se pode abrir mão, demonstrando a evolução das ideias que retratam o processo penal.

Para alguns relatos da época, e também atuais, ocorre o desaparecimento do suplício, esse tendo a ver com a “tomada de consciência” dos contemporâneos em favor de uma “humanização” das penas. Mas de acordo com (FOUCAULT. 1999. p. 13), essa transformação talvez se deva mais ao fato de que o assassino e o juiz trocavam de papéis no momento do suplício, o que gerava revolta e excitava a violência social. Era como se a execução pública fosse “uma fomalha em que se acende a violência”.

Sendo assim, necessário seria criar formas de punição através das quais o corpo do supliciado pudesse ser escondido. A guilhotina já representa um avanço nesse sentido, pois aquele que pune não encostaria no corpo do que é punido. A partir da segunda metade do séc. 19, na mudança do suplício para a prisão, embora o corpo ainda estivesse presente nesta última, por exemplo, redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra, é a outro objeto principal que a punição se dirige, não mais ao corpo, e sim à alma. O livro relata bem isso. Segue-se citação:

A expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições (FOUCAULT. 1999, p. 18).

Não se teve grandes mudanças nesse período sobre o que seria proibido ou permitido, ainda assim o objeto do crime foi alterado sensivelmente. Agora não só o ato é julgado, mas todo o histórico do criminoso, “quais são as relações entre ele, seu passado e seu crime, e o que esperar dele no futuro” (FOUCAULT. 1999. p. 19). Mostrando a preocupação em se ter uma mais acertada aferição por meio de uma melhor forma, para se ter uma adequada punição, nos entendimentos da época, é claro.

Assim, as ciências médicas se acumulam as jurídicas para justificar os organismos de poder não sobre o ato em si, mas sobre o indivíduo, sobre o que ele

é. Segundo o autor (FOCAULT. 1999. p. 19), a justiça criminal irá se amparar em conhecimentos que não são exatamente os seus e cria uma rede microfísica para se legitimar.

Em “*A ostentação dos suplícios*” é iniciado o capítulo com a exposição de discursos oficiais que regiam as práticas penais de 1670 até a Revolução Francesa, em 1789. As execuções se tornaram raras, só em 10% dos casos. Mas a maioria das penas vinha acompanhada do suplício, a pena corporal, dolorosa, mais ou menos bárbara. O autor escreve que, a existência do suplício se deve ao fato de que o condenado deve ser marcado de alguma forma e para isso tem níveis e hierarquias. A morte, tida na execução, por exemplo, é um suplício em que se atinge o maior grau de sofrimento, por esta razão chamada de “mil mortes”. É um ritual, uma arte de fazer sofrer. E deve ser assistida por todos, constatada como triunfo da justiça. A justiça reina perante todos.

A decisão do grau de punição variava não somente conforme o crime praticado, mas também de acordo com a natureza das provas. Por mais grave que um crime fosse, senão houvesse provas contundentes, o suplício era mais brando do que aquele em que o crime era menos grave, mas que, por outro lado, dispunha de provas integrais sobre o delito.

O processo era feito sem o processado saber. O sigilo ocorria para garantir que o povo não viesse a tumultuar ou que glorificasse a execução. Mais uma prova de que se tratava apenas de relação de poder, onde o rei mostrava que a força e a soberania advêm dele, não da multidão, pois o crime só atacava a vítima e o soberano, aquele que possuía a “força soberana”.

Muito se falava sobre a participação ou não da massa nas cerimônias de execução, sendo algumas vezes permitida. Em relatos do livro, muitas vezes se fazia necessário proteger aquele que cometeu o crime, por ser esse se assim o rei permitisse, executado não por quem o devesse realizar, mas pelo povo, tomado pela ira. E em outras ocasiões, os comuns simplesmente conseguiam mudar a situação do incriminado de suplício para a não punição, suspendendo o poder do soberano; haviam revoltas realizadas pela população por acharem que as sentenças graves não condiziam com alguns crimes.

Nisso, o rei permitia um único instante de violência, quando se mostrava necessário, mas sem excessos, em casos onde achasse que a população não iria

de encontro ao que o soberano demonstrava ser justo no processo e na punição, principalmente para não dar à ideia de privilégio a massa.

Michel Foucault trata no livro mencionado basicamente sobre relação de poder, e mostra que foi com essa busca incessante de possui e se manter no poder, que fez com ocorresse uma evolução acentuada nas ideias já mencionadas, alterações foram no decorrer dos anos surgindo, para que o acusado hoje tivesse o que tem: garantias e direitos.

Poderia ser dissertada toda a obra de Foucault, visto que essa seria de enorme agregação de conhecimentos ao trabalho posto, uma vez que tudo nela elaborado retrata bem o conceito do que seria a hipossuficiência do acusado quando diante da persecução criminal. Outras partes não menos importantes que contém o livro, como “*A punição generalizada*”, “*A mitigação das penas*”, a parte reservada as punições em “*Instituições completas e austeras*”, “*Ilegalidade e delinquência*” e “*O carcerário*”, mostram com exatidão o proposto.

O incriminado pouco possuiu durante toda a história, sempre tratado da pior forma possível, em completo estado de hipossuficiência, de abandono, mas no decorrer do tempo foi se percebendo que seria preciso fazer mudança, que na busca do poder, deveriam os reitores da sociedade buscar proteger a mesma, assim como o que aqui lhe era interessante, o poder. Mas isso não iria ocorrer na aplicação de punições exacerbadas, onde o mínimo de humanidade não era respeitado.

Primeiro, buscou-se formalizar algumas questões, depois uma proporção e assim as coisas foram fluindo, mas sempre tendo o réu em uma situação desfavorável, medíocre. O que é de se perguntar é, será o réu atualmente, esse favorecido por inúmeros princípios, já estudados em item anterior, se situaria ainda em situação de hipossuficiência? E é aí o propósito dessa pesquisa! Tem o réu status de bem protegido nos limites do justo e adequado, mas e a efetivação de tudo que no capítulo 2 foi tratado, acontece? De nada adiantaria tantos esforços por mudanças... Tantas vidas perdidas na busca por melhoria, tratamento justo e mais humano se de nada na prática fosse efetivado. Ao que parece é que certa parcela de que é de direito de fato acontece, mas e a o resto? Pois o todo é que é importante. Tratamento adequado e equitativo do começo ao fim, sem preconceitos.

A história mostra que mudanças bruscas ocorrem, mas que muito precisa ser feito. Nada que o tempo junto ao protesto não o faça.

Para tratar da hipossuficiência do acusado na atualidade, resquício de uma luta sem fim será utilizado texto de renomado jurista, Fabricio da Mata Corrêa, advogado criminalista e professor de Direito Penal e Processual Penal, em artigo publicado na internet, realiza importante estudo sobre as mazelas do processo penal – na 4º parte de seu trabalho –, e aqui cabe mencionar tal entendimento, vindo a acrescentar na discussão a respeito da suposta hipossuficiência do acusado.

Entre as mazelas estudadas na sua obra, esse (CORRÊA. 2013) cita e relaciona essas diretamente com a situação de inferioridade que o acusado possui, e isso pelo simples fato de responder a um processo penal. Relata que a condição de acusado parece retirar da pessoa que se senta no banco dos réus, por exemplo, qualquer característica de humanidade ou mesmo resíduo desta condição que ela possuía antes de tal situação.

Para (CORRÊA. 2013), é como se o acusado deixasse de ser visto como um ser humano, passando a ser tratado tão somente pelo crime que lhe é imputado, o que é um absurdo. Por conta disso, quanto maior a gravidade do delito mais distante o acusado fica da condição e, principalmente, do tratamento humano. Segundo o mesmo, o mais grave nesse ponto é que isso ocorre mesmo não se tendo um mínimo de certeza sobre a real autoria ou participação no evento criminoso.

Sobre o narrado escreve:

Assim que uma pessoa veste a roupa de acusado no processo penal, ela igualmente veste o manto da marginalidade, passando a ser vista não só pelo juiz como pelo promotor, mas como por toda a sociedade como alguém que sabidamente praticou um crime e que por isso já é considerada culpada até que se prove o contrário (CORRÊA. 2013).

Citando o cotidiano como advogado relata importante fato:

Por mais metódico que isso possa parecer, apenas para exemplificar toda essa questão, é comum nos corredores dos fóruns, identificarmos certos olhares que as pessoas direcionam aos acusados presos, conduzidos para as salas dos respectivos cartórios em que são esperados para a realização de audiências (CORRÊA. 2013).

Discorre sobre algo que foge aos olhos de quem já se acostumou com determinadas situações que se tornam recorrentes para quem trabalha diretamente com a efetivação do processo penal como um todo.

Valendo-se da integralidade de texto para melhor ilustrar:

O preso assim que chega ao estabelecimento prisional tem seu cabelo cortado, usa uniforme com o nome de “preso”, e quando é conduzido para as audiências é algemado. Neste momento, é comum que os conduzidos abaixem a cabeça durante o trajeto, para muitos esse gesto reflete a vergonha que estão passando, ou mesmo a falta de coragem de encarar os presentes nos olhos (CORRÊA. 2013).

Imagine-se:

A figura é quase emblemática: indivíduo algemado com as mãos para trás, cabeça baixa, cabelo raspado e com o uniforme do cárcere. É como se cada um desses acusados deixassem de possuir uma identidade ou mesmo um rosto, todos passam a ser iguais. São vistos pelas pessoas apenas como presos, salvo para seus familiares que não conseguem disfarçar a surpresa frente à nova aparência (CORRÊA. 2013).

Escreve mais:

Enfim, à medida que são conduzidos, impossível não notar um misto de sentimentos nos olhares das pessoas presentes. Em alguns é possível notar olhares de reprovação e medo, em outros, como familiares, por exemplo, o que se vê com maior intensidade é um sentimento muito forte de dor, vergonha, pena, incerteza etc (CORRÊA. 2013).

Esses casos servem para demonstrar o quão hipossuficiente é o acusado, mas além de demonstrar, também revela que toda essa hipossuficiência ocorre de duas maneiras.

Num primeiro momento, considerando os fatos que acabam de ser analisados, é possível destacar a chamada hipossuficiência social, assim chamada pelo professor. Para essa espécie,

O acusado aos olhos da sociedade não passa de um preso, que antes mesmo de qualquer sentença condenatória, já é considerado, e o pior, tratado como autor do delito (CORRÊA 2013).

Faz ainda pertinente observação a respeito do exposto acima:

Asseverando ainda mais essa situação, há ainda quem entenda que simplesmente por estar nessa condição (acusado) sequer deveria ter direitos, o que revela, ainda que de modo inconsciente, uma clara tendência social pelo discurso do direito penal do inimigo (CORRÊA. 2013).

Conforme se observou nas situações descritas, pessoas que nunca se quer viram aquele que é conduzido, já o avaliam culpado e merecedor de uma pena severa, simplesmente por ele estar naquela circunstância.

O autor cita ainda a hipossuficiência processual. Explica que:

Esta por sua vez refere-se à forma com que a lei preparou a persecução penal. Os dispositivos legais, principalmente os vistos no Código de Processo Penal, fazem do acusado um hipossuficiente frente ao Estado que o acusa, posto que todos os dispositivos constritivos vistos no Código, só possuem um endereço, o próprio acusado (CORRÊA. 2013).

Várias indagações foram realizadas ao longo desse item, muitas delas já respondidas de modo concreto durante a análise da historicidade e evolução do acusado diante da persecução penal. Mas um delas ainda não se deu por satisfeita somente pelo analisar dos registros passados, e por isso é remetido ao começo do item, pois se faz pertinente nesse exato momento quando colocado em ligação ao artigo ora comentado. Sobre o acusado e o Estado, segue a integralidade da pergunta: “Teria chances de se defender de forma justa e equitativa quando posto perante a magnitude da persecução penal do Estado?” (CORRÊA. 2013). E para responder, se é utilizado ainda da lição do professor:

O Estado possui todo o aparelhamento necessário, recursos infundáveis e estrutura suficiente para fazer sua acusação. Não obstante a isso, ainda conta com dispositivos legais que facilitam e muito o seu trabalho, como por exemplo, prisão cautelar, cautelares diversas, busca e apreensão, sequestro, arresto etc. São dispositivos que só miram o acusado, daí o motivo de considerá-lo também aos olhos da lei um hipossuficiente (CORRÊA. 2013).

Esclarece:

Importante esclarecer que isso não é uma crítica à hipossuficiência processual, mas simplesmente uma apresentação, ou mesmo a constatação de uma situação que é real e que sabidamente ocorre. Agora, se isso é certo ou não, cabe a cada um refletir e chegar a sua própria conclusão. Talvez, o Estado realmente precise de todo esse aparato para movimentar o seu intento acusatório, até porque, não esqueçamos que a regra dita que é seu o ônus da acusar (CORRÊA. 2013).

A outro ver, o que não pode ocorrer, nem muito menos se justificar, é a hipossuficiência social. A sociedade deve rever seus conceitos juntamente com a forma de pensar, e parar de prejudicar uma determinada pessoa e a essa desejar que seja aplicado o direito penal máximo simplesmente por se encontrar presa, ou por ser apontada como possível autor (a) de crime.

Sobre esse ponto:

A cautela nesses casos faz-se necessária pelo simples fato que por mais honesta que seja uma pessoa, ainda assim, ela não está livre de conhecer pessoalmente o cárcere, basta haver um erro ou mesmo uma conclusão precipitada que ela poderá ser presa (CORRÊA. 2013).

Sobre a hipossuficiência social relata que muito advém de situações impostas pelo sensacionalismo da mídia. Vale observar:

Muitos são os exemplos de erros da justiça que justamente por partirem dessa forma equivocada de enxergar o acusado, e muitas das vezes impulsionada pela pressão midiática e social, acabaram condenando pessoas inocentes, levando-as para o cárcere quando não mereciam. Para se evitar que coisas desse tipo continuem a ocorrer é importante que se passe a dar ao acusado ao menos o direito da dúvida, e não condená-lo simplesmente por estar sendo investigado (CORRÊA. 2013).

Repete. Nenhuma pessoa está livre de ser acusada de ser autor de determinado fato e contra si próprio ter decretado, por exemplo, medida preventiva como prisão. Por mais incoerente que possa parecer, não deve ser desconhecida essa possibilidade, uma vez que é real! (CORRÊA. 2013).

Para exemplificar (CORRÊA. 2013) essa situação, alude um caso real, do estado do Paraná, onde uma adolescente é estuprada e assassinada por funcionários de um parque de diversões. Caso que chocou a população brasileira. Onde só houve a confirmação da autoria dos crimes pelos funcionários, quando foram presos e acabaram confessando, sob tortura, os crimes praticados contra a jovem Tayná da Silva. Caso ocorrido no dia 25 de junho de 2013.

Nas palavras do magistério:

Com base nas primeiras notícias, e principalmente com a divulgação das fotos dos suspeitos, foi quase que automático surgir na sociedade um forte sentimento de revolta diante da “certeza” da autoria. Sentimento este que impediu qualquer discussão sobre a possibilidade de não serem eles os verdadeiros responsáveis pelos crimes (CORRÊA 2013).

Discorrendo ainda sobre o caso:

Somente com o transcorrer das investigações e o surgimento de muitas incongruências é que se percebeu que algo de errado estava acontecendo. Foi onde se constatou a tortura empenhada a fim de que os apontados confessassem os crimes (CORRÊA. 2013).

E o porquê de mencionar esse ocorrido? Esse serve para demonstrar o quanto hipossuficiente alguém pode ser quando o Estado direciona o seu tratamento penal. É de se salientar que no caso em comento, não se deve esquecer a prática da tortura, pois sem ela não teria tido confissão, mas ocorre que o simples fato de terem sido eles acusados pelos crimes de estupro e homicídio, isso por si só, já

serviu para que todos da cidade já os considerassem verdadeiros culpados pelos crimes, mesmo sendo inocentes. Ou seja, quando diante de acusações de crimes bárbaros, e esses quando informados de forma exagerada ou equivocada pode resultar em situações perigosas, onde quem mais sofre com isso é o acusado juntamente com sua família.

Muitas vezes esse crime algum cometeu, e se sim, ainda assim, não merece passar pelo constrangimento de ser tratado de forma desumana, pois pensar que isso faz parte da punição faria com que tudo o que até aqui foi conquistado de nada adiantaria, um grande retrocesso.

Usando-se ainda do texto do professor e advogado. Segue-se:

É preciso haver prudência antes de se considerar alguém culpado e logo em seguida desejar sua condenação e punição, sem que antes se analise todos os fatos principalmente a culpabilidade. É preciso haver uma mudança drástica no comportamento das pessoas, que simplesmente por verem alguém preso, já acreditam que ela seja responsável pelo crime (CORRÊA. 2013).

Sobre a possível não imparcialidade dos juízes e promotores que levam ao tratamento inferiorizado do incriminado, faz ressalvas:

Noutro quadro, é difícil dissociar nesse momento das pessoas dos juízes e dos promotores, visto que por mais que estejam nas audiências como figuras estatais, continuam sendo seres humanos, mais preparados para o ato é verdade, mas ainda assim, não passam de pessoas que assim como as demais, começam a julgar o acusado no exato momento em que ele entra no recinto (CORRÊA. 2013).

Ponderando:

É bem verdade que as recentes mudanças legislativas tornaram mais justa a situação daquele que está preso provisoriamente no Brasil, fazendo de forma onde aquele que realmente mereça estar preso continue preso, e aquele que pode ter sua liberdade restabelecida assim o tenha o mais rápido possível (CORRÊA. 2013).

A mudança legislativa quando vem para trazer igualdade deve vir aliada também a mudanças de pensamentos:

Infelizmente, muito embora a lei tenha reforçado todo esse caráter de subsidiariedade da prisão, temos visto que por mais que se mudem as leis isso de nada adiantará se não se mudar, principalmente, a mente de quem às aplica. Sobre isso, é possível notar na prática que muitos juízes e promotores ainda não receberam ou mesmo aceitaram completamente essas mudanças legislativas. Algo, que infelizmente só tem contribuído para tornar a situação do acusado ainda mais difícil, em especial para aquele que

merece ser solto, posto que por conta da perpetuação de antigos conceitos pessoas estão sendo mantidas presas (CORRÊA. 2013).

Sobre a fase de inquérito policial:

[...] outrossim, trabalhando agora com um ponto pré-processual, é igualmente importante se falar da capitulação que é dada pelo delegado de polícia durante a lavratura do flagrante, visto que por ser o primeiro a trabalhar na situação, sua atuação e compreensão dos fatos poderá influenciar em toda instrução. Por isso que a hipossuficiência ressaltada até aqui, tem seu início justamente no momento da prisão, posto que o suposto autor do crime, nada pode fazer frente a capitulação dada pelo delegado de polícia (CORRÊA. 2013).

Alerta-se que até pode parecer algo simples, mas não o é. Quando de uma capitulação equivocada é de enorme potencial prejudicial. Para ilustrar, mencionam-se os casos onde racionalmente trata-se de crime de lesão corporal, mas a capitulação feita, essa de forma errada, da conta de crime de tentativa de homicídio, “isso por si só já acarreta imediato prejuízo ao suspeito, que neste caso, não poderá contar com o arbitramento de fiança que é feito na delegacia” (CORRÊA. 2013).

Tudo o que foi evidenciado pelo artigo em estudo, demonstra o quanto determinada pessoa pode ser vulnerável frente à força e estrutura que o Estado possui, segundo o autor (CORRÊA. 2013).

E isso deve ser visto em toda sua amplitude, haja vista que contra o acusado no processo penal, via de regra, quem está no polo ativo é o Ministério Público, que por sua vez exerce seu papel muito bem equipado, acomodado e estruturado, dispondo ainda de recursos estatais infindáveis que servem para provar seu intento. Enquanto que o acusado por outro lado, quando muito, consegue constituir uma defesa particular (CORRÊA. 2013).

Faz observação, a qual não deve ser compartilhada na sua inteireza, mas que vale a pena ser mencionada:

É notório todo o caráter de inferioridade que o Código de Processo Penal atribuiu ao acusado, todos os regramentos ali contidos só servem ao Estado, servindo tanto para limitar como também para legitimar sua atuação (CORRÊA. 2013).

O professor (CORRÊA. 2013) conclui em seu estudo que não se pode negar o caráter de hipossuficiência enfrentado pelo acusado. “A posição que a lei lhe deu é sim de inferioridade, e isso tanto em relação ao delegado, como também para com o promotor e o juiz” (CORRÊA. 2013). Para fundamentar sua conclusão, utiliza-se de

trecho da obra do jurista italiano Francesco Carnelutti, que ressalta a inferioridade do réu, compartilhando assim do mesmo pensamento do magistério, e trabalho do advogado:

Deixemos claro: a experiência do advogado está sob o signo da humilhação. Ele veste, porém, a toga; ele colabora, entretanto, para a administração da justiça; mas o seu lugar é embaixo; não no alto. Ele divide com o acusado a necessidade de pedir e de ser julgado. Ela está sujeito ao juiz, como está sujeito o acusado (CORRÊA. 2013).

Finaliza destacando que todas as questões postas são de certa forma acabam sendo equilibradas, visto que se tem a existência das garantias constitucionais, que vão balancear essa relação por dar maior equidade ao tratamento ofertado àqueles que figuram como acusados no processo penal, que vai, por exemplo, desde uma garantia de poder responder ao processo gozando de liberdade como até mesmo ter o juiz a obrigação de conceder o direito de absolver aquele réu que em caso específico não se produziu provas que liberassem o magistrado da dúvida (CORRÊA. 2013).

Alerta mais uma vez: “não basta haver previsão de tais garantias e até mesmo inovações legislativas, se no mesmo sentido não houver uma completa mudança na forma de se aplicar as leis” (CORRÊA. 2013).

Efetivação, essa é a palavra-chave, só assim as garantias e direitos pertinentes ao acusado vão levar esse ao status de igualdade, de tratamento justo, e quem sabe tira-lo dessa “hipossuficiência do acusado perante a persecução criminal” (CORRÊA. 2013), que para muitos é algo que somente se supõe, e para outros, algo concreto, que se vê com facilidade, argumentado quando visto que infelizmente, a lei não passa de letra morta no papel.

4.3 A Razoabilidade Necessária do Tratamento Processual Ofertado ao Acusado

Diante do exposto, acreditasse que tem o acusado o melhor dos tratamentos possíveis quanto as suas garantias e prerrogativas processuais, também o tem quanto às pessoas que os cercam, que fazem parte desses direitos do incriminado, pois são regidas por inúmeras regras a serem cumpridas pelos mesmos, como especificado no item 2.2 ao tratar-se do defensor do acusado.

Mas o que fica claro ao longo do texto, ao lê-lo, e quando questionasse sobre a prática, se tentado observar com mais precisão o cotidiano, será notado que muitos não se encontram na posição que deveriam ostentar quanto aos seus direitos. Que várias são as pessoas que não gozam se quer do princípio da paridade de armas na sua plenitude. Onde o acusado enfrentará prejuízo demasiadamente grande.

Quando se fala em razoabilidade se exclui automaticamente os extremos, o radicalismo. A razoabilidade encontrar-se-á a partir do momento em que exista proporcionalidade entre os polos da ação, a partir do momento em que na prática, tenha o acusado o tratamento acima de tudo, justo, onde quando lhe é atribuído a quebra do ordenamento jurídico, ainda assim, por mais cruel que tenha sido seu crime, no mais de todas as hipóteses imagináveis, seja esse tratada como ser humano, mesmo que esse não tenha o feito contra sua vítima.

A razoabilidade se encontra nas ideias do justo e da igualdade, na lei, nas pessoas, mas deve ser externada, só assim se conseguirá fazer-se o necessário.

Agora, se torna pertinente tratar do assunto com exemplo negativo, de como não poderia o Estado e a sociedade agir perante o alvo da persecução penal, pois, dentro de cada um, por mais romântico que isso possa parecer, já existe a ideia da razoabilidade necessária, que vai concomitantemente ao mesmo sentido que o que a lei em termos constitucionais e processuais vem trazendo, mas que não se tem a execução, por vezes.

Com todo o respeito à obra de (JAKOBS. 1985), mas essa, aqui, será demonstrada no seu ponto negativo, por se encontrar em desarmonia, é claro (foi realizada no ano de 1985), com a atual ideia de processo, punição etc., fugindo da imagem buscada ao longo dos anos, onde o principal foco é a humanização dos processos.

Em artigo realizado por Luiz Geraldo Ferreira Júnior, Delegado de Polícia de São Paulo, publicado na internet, traz o autor a ideia do penalista alemão Gunther Jakobs, apresentando inúmeras observações a respeito da teoria de Jakobs. E é por intermédio de suas advertências, que se realiza a da presente pesquisa.

Segundo a teoria em comento (JAKOBS. 1985): não faz sentido algum uma pessoa que desrespeita o Estado, possuir deste, garantias fundamentais, deveria então, o criminoso ser tratado como verdadeiro inimigo Estatal, tratamento este que

tem como características principais: adiantamento do “jus puniende”, desproporcionalidade das penas, e relativização ou até mesmo supressão total, de garantias processuais. O que (JAKOBS. 1985) propaga com sua ideia seria um Estado totalitário e repressor, o que de forma alguma poderia ser restituído no Brasil. Embora, tenha o ordenamento jurídico penal brasileiro, legislações calcadas nessa teoria, na busca de um “inimigo”.

A teoria de (JAKOBS. 1985), assim como outras ligadas a um Direito Penal máximo, não se permite, sendo incompatível com uma nação que se diz democrática, onde a Constituição propaga o Estado Democrático de Direito. Não possuindo também cunho prático no combate ao crime.

Vale colocar aqui palavras do próprio autor, na sua obra atualizada:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não ‘deve’ tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas (JAKOBS. 2005. p. 42).

Seria absurdo levar em consideração as palavras semeadas pelo autor nos dias de hoje, o Direito Penal máximo não traria o menor benefício para a sociedade, assim como a sua intervenção mínima, que é o que muito se propaga nos dias de hoje. A razoabilidade mais uma vez se mostra útil.

Com isso, é observado que “o chamado Direito Penal do Inimigo não é um Direito propriamente dito e sim um “não” Direito uma vez que o cidadão perde suas garantias individuais”(FERREIRA. 2012).

Autores renomados sustentam:

[...] Há que se preservar as garantias constitucionais substanciais e formais, sob pena de não ser Direito Penal legítimo. A supressão e a relativização das garantias constitucionais despersonalizam o ser humano fomentando a metodologia do terror, repressiva de ideias, de certo grupo de autores, e não de fatos. (CALLEGARI, GIACOMOLLI, 2010, p.17).

Uma maior discussão sobre o que aqui foi comentado será elaborada nas considerações finais, onde finda o presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise que essa pesquisa se propôs a fazer sobre o acusado, enquanto alvo da persecução criminal teve como escopo trabalhar os conceitos das garantias e prerrogativas do réu da maneira mais ampla possível, os avaliando e tentando demonstrar o que ainda é preciso para que esses se encontrem no plano efetivo.

Quando demonstrado alguns desses direitos, fora observado que para que se fosse conseguido muito teve que acontecer, e para chegar a essa conclusão, utilizou-se o estudo, de maneira ferrenha, da história do acusado enquanto alvo da persecução.

O trabalho teve como finalidade avaliar as disposições constitucionais oferecidas ao incriminado, a fim de aperfeiçoar a efetiva participação na formação do provimento final judicial.

Tentou-se mostrar que deve o processo penal, como espaço público, refletir o ideal democrático de plena e ampla participação na formação de resultados, para que não se tenha uma desigualdade material. Mesmo que não possa a Justiça Criminal eliminar ou conter todas as desigualdades sociais, mas deve fazer o que pode, promovendo a igualdade e tantos outros direitos fundamentais.

Não foi objetivado demonstrar que o acusado se encontra sempre em estado de hipossuficiência, mas que quando não cumprido o que a lei ordena, esse será tratado da maneira mencionada, acarretando inúmeros prejuízos, esses, não o serão somente para a parte acusada, mas toda a sociedade sairá perdendo ao não se realizar o que se entende por processo correto e justo.

Não se sabe se um dia qualquer poderá determinada pessoa encontrar-se na posição de acusado, e quando nesse status, certeza que imaginará que será perquirida dentro de um processo garantidor de direitos. E é essa ideia que deve ser almejada, querida por todos.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Disso, tem-se o entendimento de que nem sempre foi assim, durante muitos anos não se sabia o que eram os direitos fundamentais da pessoa humana, esses, agora

são os pilares do Estado Democrático de Direito, sendo a dignidade da pessoa humana um reflexo de todos os direitos e garantias fundamentais.

Dar-se destaque ao princípio da dignidade para que se entenda que esse é um atributo da pessoa humana. Se for “ser” humano, será merecedor de todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica.

E é aí que se chega ao ponto crucial, não se pode entender que certa pessoa perde sua dignidade quando do cometimento de crime trágico, assassinato ou estupro, por mais estarrecedor que possa parecer, embora tenha tratado sua vítima da forma mais desumana e indigna possível, ainda assim, o sujeito criminoso deve ser tratado de modo diferente. Não deve ser a dignidade da pessoa humana relativizada por ter o acusado desvio moral.

Deve haver uma distinção entre o crime e a pessoa do criminoso. O crime é que deve ser punido. Não se pode mais entender a pena como punição, e, nem achar que porque certo indivíduo é acusado de cometer um crime não deve ter “tantas garantias e direitos”. Pois, por muitas vezes aquele que é incriminado crime algum cometeu.

A ideia do que é justo está dentro de cada um, e a lei tenta externar esse pensamento. Devem as pessoas ao se depararem com situações extremas, em que essa ideia é corrompida, ao se constrangerem, aborrecerem ou entrarem em estado de revolta, por ter o acusado cometido crime encarado com reprovação total, ainda assim, manterem-se fixos na ideia de justiça. Não só os comuns, mas também os aplicadores do Direito.

A finalidade é demonstrar que de nada adianta a letra no papel, essa deve ser efetivada, e para que ocorra, deve existir uma ação conjunta de todos os membros da sociedade, na busca de um tratamento no mínimo razoável, para a pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEGISLAÇÃO

_____. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.

_____. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº 8.406, de 4 de julho de 1994. Lex: Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Brasília, 1994.

_____. Código Penal Brasileiro, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

_____. Código de Processo Penal, Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

_____. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941.

_____. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

_____. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, Rio de Janeiro, 1950.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Lex: Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, Brasília, 2011.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil.

_____. Lei Federal nº 7.346, de 22 de julho de 1985. Lex: Veda novas inscrições no Quadro de Provisionados da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília, 1985.

LIVROS

GALIGARI, André e GIACOMILLI, Nereu José. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal, 8º ed. Editora Saraiva: 2013.

- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal, 16ª ed, São Paulo, Saraiva. 2013.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. Editora: Edicamp, 2001.
- BETTIOL, Giuseppe. Instituições de Direito e Processo Penal, 1ª ed, Pillares, 1974.
- JAKOBS, Gunther e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo, 1985.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 35º ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- CINTRA, Grinover e Dinamarco, Teoria geral do processo.
- TORNAGHI, Hélio. Compendio de Processo Penal, 4 v, Rio de Janeiro, Jose Konfino. 1967.
- PRADEL, Jean Ortolan. Penas (Sanções), Jurisdição e Processo Penal francês durante a segunda metade do século XIX. 2º Volume de 1875 (40ª edição).
- MATOS, João de Carvalho. Prática e Teoria do Direito Processual Penal, 9º ed. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2011.
- MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Editora: Bookseller, 1987.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo, Atlas, 2005.
- ROXIN, Claus (Derecho procesal penal, Trad. Da 25 ed. Alemã – Straf – verfahrensrecht – por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, 1º reimpr).
- AROCA, Juan Montero. El derecho procesal en el siglo XX. Editorial: Tirant lo Blanch, 2000.
- DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. O Processo Penal em Face da Constituição. Editora: Lumen Juris, 2004.
- VILAS BOAS, Marcos Antonio. Processo Penal Completo. Editora: Saraiva, 2001.
- BULOW, Oskar von. Die Lehre von den Prozeßbeinreden und die Prozeßvoraussetzungen, 1868.
- QUEIROZ, Paulo. Boletim dos Procuradores da República (nº 75).
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. Curso temático de direito processual penal. Editora: Juruá, 2010.
- FILHO, Vicente Greco. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Civil. Editora: Saraiva, 1987.

ELETRÔNICOS

CRUZ, Eloa. Caso Tayná: polícia confirma estupro seguido de morte. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/caso-tayna-policia-confirma-estupro-seguido-de-morte-8fsmu87wji1snxvtdbxjyyj4e>> Acesso em: 20/10/2015.

CORREA, Fabricio da Mata. As Mazelas do processo Penal – 4ª parte. Disponível em: < <http://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941675/as-mazelas-do-processo-penal-4-parte>> Acesso em: 20/10/2015.

JAKOBS, Günther. O Direito Penal do Inimigo. Disponível em: < <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4658>> Acesso em: 20/10/2015.

Inquérito sobre a morte de Tayná tem prazo prorrogado pela sexta vez. Disponível em: < <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2014/03/inquerito-sobre-morte-de-tayna-tem-prazo-prorrogado-pela-sexta-vez.html> > Acesso em: 20/10/2015.