

**LIMITES CONSTITUCIONAIS
À INICIATIVA DO JUIZ NO
PROCESSO PENAL
DEMOCRÁTICO**

JULIANA PINHEIRO DAMASCENO E SANTOS

1ª Edição

Câmara Brasileira de Jovens Escritores

Copyright©Juliana Pinheiro Damasceno e Santos

Câmara Brasileira de Jovens Escritores
Rua Marquês de Muritiba 865, sala 201 - Cep 21910-280 - Rio de Janeiro - RJ
Tel.: (21) 3393-2163
www.camarabrasileira.com - cbje@globo.com

Presidente do Conselho Editorial: Gláucia Helena Campos

Conselho Editorial:

Leo Martins,

Leonardo Ach

Milena Ramos

Fernando Dutra,

Vânia Ferreira

Fernanda Redon

Wagner Lázaro,

Rodrigo Tedesco

Bruna Gala

Arthur Henrique Santos

Coordenação editorial: Luiz Carlos Martins

Editor: Georges Martins

Editor de arte: Alexandre Campos

Produção: Carina Rodrigues

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S729L

Santos, Juliana Pinheiro Damasceno e
Limites constitucionais à iniciativa do juiz no processo
penal democrático. / Juliana Pinheiro Damasceno e Santos—
—1.ed. – Rio de Janeiro : Câmara Brasileira de Jovens
Escritores, 2011.
144p. 21cm

ISBN 978-85-7810-860-1

1. Processo penal. 2. – Juiz criminal – Limites
Constitucionais. 3. Tutela jurisdicional – Processo penal.
4. Ativismo judicial – processo penal brasileiro. I. Título.

CDD 345

Bibliotecária: Eliane M. S. Jovanovich CRB 9/1250

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por
qualquer meio e para qualquer fim, sem a autorização
prévia, por escrito, do autor.

Obra protegida pela Lei de Direitos Autorais

JULIANA PINHEIRO DAMASCENO E SANTOS

**LIMITES CONSTITUCIONAIS
À INICIATIVA DO JUIZ NO
PROCESSO PENAL
DEMOCRÁTICO**

Março de 2011

Rio de Janeiro - Brasil

Dedicado, em gratidão, ao JUIZ dos Juízes, MESTRE dos mestres, DEUS de infinita generosidade, a quem elevo meu coração e ofereço as minhas fadigas, toda honra e glória, por ser bálsamo e companhia fiel nessa viagem em busca incessante de conhecimento, sabedoria e Justiça, por ser luz, força motriz e combustível do que sou.

Aos meus pais, LAÉCIO e ELEINE, primeiros mestres, pelo berço generoso, pelo amor que vivifica, por serem meu chão, meu lastro, meus astros, e aos meus irmãos amados, LUCIANO e LUCAS, com quem sempre posso contar, por entenderem a minha condição de andarilha de um caminho sem fim, dentro da imensidão do Direito, em busca dos vastos céus do conhecimento, de melhores paragens, de mais elevadas alturas.

A WASHINGTON LUIZ DA TRINDADE, minha reverência profunda, pela integridade férrea que o faz patrimônio moral e intelectual da Bahia, pelo refinamento da sua cultura, pelo coração aberto ao conhecimento, por tê-lo compartilhado comigo, generosamente, porque mesmo sendo grande está sempre interessado em estimular as buscas pelo crescimento dos pequeninos.

"El buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor."
Exposición de motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

Sumário

Introdução	15
------------------	----

Capítulo1. Limites constitucionais à iniciativa probatória do juiz criminal	23
--	-----------

1.1 Algumas reflexões preliminares sobre os modelos teóricos que informam o sistema processual penal democrático	32
1.1.1 O modelo acusatório	38
1.1.2 O modelo inquisitivo	40
1.1.3 Modelo misto?	42
1.2 O “espírito” do Código de Processo Penal de 1941 e a necessidade de uma releitura sobre a iniciativa (ex officio) do juiz criminal a partir da Constituição Federal da República de 1988	45
1.3 Notas sobre a redação dada ao art. 156, I, do CPP pela Lei 11.690/2008: a exacerbação dos poderes probatórios do juiz e sua inconstitucionalidade à luz do modelo acusatório	51
1.4 Breves reflexões sobre a iniciativa probatória do juiz prevista no art. 156, II, do CPP	58
1.5 Limites à iniciativa probatória do juiz criminal na experiência brasileira	68
1.5.1 Sobre a posição do juiz na produção da prova no processo penal garantista	70
1.5.2 Acórdãos paradigmáticos	75

Capítulo 2. Ativismo judicial no processo penal brasileiro	81
---	-----------

2.1 Considerações sobre a inviabilidade de uma teoria geral do processo	82
2.2 Ligeiras digressões sobre o ativismo judicial no processo civil	87

2.3	Decretação de prisão preventiva ex officio pelo juiz criminal, durante o inquérito policial, prevista no art. 311 do CPP: hipótese de revogação por ausência de recepção pela Constituição Federal de 1988	92
2.4	Um pouco de casuística ilustrativa de ativismo judicial na seara penal ..	96
2.5	O Supremo Tribunal Federal e a sua imposição de limites ao ativismo no processo penal	105
2.6	Brevíssima notícia sobre a reforma do Código de Processo Penal e as limitações ao ativismo judicante	111
2.6.1	Princípio acusatório	113
2.6.2	Juiz das garantias	115
2.6.3	Provas	116
2.6.4	Medidas cautelares	116
Capítulo 3. Desafios do processo penal contemporâneo: entre a efetividade da tutela jurisdicional e as garantias do cidadão no Estado Democrático de Direito		
119		
3.1	Concretização do princípio constitucional da igualdade no processo como emanção de uma democracia substancial	119
3.2	Em defesa de uma perspectiva radicada na promoção dos direitos fundamentais	123
Conclusão	129
Referências	137

Prefácio

O estudo de um sistema envolve compreensão de suas conexões. No direito processual penal brasileiro, o sistema é constituído por enunciados normativos que, paradoxalmente, não guardam sistematização. O entendimento da relação entre o texto do Código de Processo Penal e o texto da Constituição do Brasil depende, por essa razão, de interpretação comprometida com fundamentos democráticos.

Isso porque podem ser identificados dois modelos de processo penal que se opõem: um modelo constitucional de cunho acusatório e um modelo de processo penal com disposições preponderantemente inquisitivas, com inspiração fascista no Código *Rocco* italiano. Ao lado de sua redação originária, o Código de Processo Penal sofreu seguidas alterações por reformas processuais penais, que significaram, por vezes, avanços e, por outras, retrocessos.

Com distinta sensibilidade, Juliana Pinheiro Damasceno e Santos enfrenta a polêmica questão dos “Limites constitucionais à iniciativa do juiz no processo penal democrático”, debatendo sobre o ativismo judicial, a decretação de prisão de ofício e a sua (in)adequação ao sistema acusatório traçado a partir do modelo constitucional de processo penal.

Enfatizando a estrutura esboçada no art. 156, do Código de Processo Penal, confronta o ativismo com a necessária imparcialidade do juiz na condução do processo criminal condenatório, sem perder de vista o debate que envolve o Projeto de Código de Processo Penal em tramitação nas Casas do Congresso Nacional, mormente a figura do juiz

das garantias. O ponto central é o tema de predileção dos processualistas: a gestão de prova.

A produção probatória é estudada pela doutrina de forma a colocar o magistrado como sujeito processual superior às partes e como destinatário direto da prova produzida. O conceito de prova como todo elemento destinado a lhe formar a convicção já denuncia o poder discricionário e a carga de subjetividade correlata que filia o legislador a um paradigma solipsista: o valor da prova depende do interesse que o magistrado atribui aos meios de prova que são produzidos no processo.

Embora se afirme a dialética do processo penal como caráter participativo do processo, o que se vê, na pragmática, é a subsistência da iniciativa probatória do juiz na condução do processo, como nota distintiva do que se convencionou chamar de ativismo judicial, debatido por Juliana Damasceno com o olhar crítico que se exige da doutrina contemporânea do processo penal brasileiro.

Nessa linha, a autora chama a atenção da comunidade jurídica para os perigos da exacerbação dos poderes instrutórios do juiz no que diz respeito à produção da prova para a satisfação da pretensa verdade real, em prejuízo das garantias individuais e do sistema acusatório preconizado pela Constituição do Brasil.

Com notável experiência na advocacia criminal, com anos de magistério e com graduação e pós-graduações que resultaram em pesquisas aprofundadas, Juliana Damasceno entrega ao público jurídico, livro com conteúdo denso e que será referência obrigatória para todos aqueles que desejarem se aprofundar na temática da iniciativa probatória *ex officio* do juiz no processo criminal.

O cuidado e a seriedade intelectual permeiam todo o trabalho de Juliana, fruto de suas reflexões no Mestrado que concluiu na Universidade Federal da Bahia e com o amadurecimento prévio em duas especializações (Pós-Graduação), uma, em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia e, outra, em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Acadêmica destacada no Mestrado, Juliana se notabiliza pela inquietação de seu pensamento e pela criatividade de seus escritos. A luz a acompanha desde a Graduação, quando foi aluna laureada do Curso de Direito da Universidade Federal da Bahia.

No magistério, a carreira da autora já desponta com o título de Professora substituta de Direito Penal da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (semestres letivos referentes aos anos 2010.1 e 2010.2), havendo o Departamento de Direito Público dessa Faculdade requerido a prorrogação do seu contrato de trabalho temporário para o primeiro semestre de 2011. É ainda Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL) e professora convidada da Pós-graduação em Ciências Criminais do Curso JusPODIVM.

A autora completa sua autoridade para se inserir como autora penalista e processual penalista com um rol de publicações de artigos e capítulos de livros, além de trabalhos publicados em anais de congressos, eventos e jornais. Com formação humana e dotada da virtude de cultivar amizade, que temos desde o Mestrado que cursamos juntos na Casa de Rui Barbosa, Juliana nos brinda com um texto que ao lado de perfeito nos aspectos metodológicos, hermenêuticos e jurídicos, soa aos nossos ouvidos como uma poesia que se lê numa bela alma feminina.

JULIANA PINHEIRO DAMASCENO E SANTOS

Desejo a todos que retirem o proveito que tive o privilégio de auferir, nas aulas em Salvador, pela voz da autora.

Maceió, 30 de janeiro de 2011.

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar

Mestre em Direito (UFBA). Juiz Federal Substituto (Alagoas).
Professor da Faculdade Tiradentes (Fits) e do Centro de Estudos
Superiores de Maceió (CESMAC).

Introdução

A inspiração que animou as reflexões sobre os limites constitucionais à iniciativa do juiz criminal no âmbito de um processo penal democrático de feição acusatória surgiu da invulgar frequência com que tem sido proclamada a urgência da efetividade da tutela jurisdicional penal. No afã de concretizá-la, por vezes, esquece-se que a sua busca não pode estar desconectada do mais profundo respeito aos princípios processuais democráticos e das garantias fundamentais do cidadão, que servem à sua legitimidade.

Sob a lente da Constituição Federal da República de 1988, não é possível enxergar o processo penal senão como um veículo de consolidação do regime democrático e, por óbvio, como chave mestra que dá acesso à justiça, garantindo-a.

A progressiva conscientização acerca da dimensão constitucional da ciência processual afigura-se, na contemporaneidade, como um dos seus fatos mais relevantes do mundo jurídico, como advertiu Carlo Taormina, no livro *Giudice Naturale e Processo Penale*: “Può affermarsi, senza timore de essere smentiti, che il fatto più rilevante della scienza processuale contemporanea sis costituito de uma decisa presa de coscienza della sua dimensione costituzionale”.¹

Hodiernamente, muito tem atraído a atenção pública, em virtude da redemocratização do País, o redimensionamento da legislação processual penal pátria aos horizontes da *Lex Mater*. Ao abrir das portas de um novo milênio, o juiz penal, garantidor das liberdades democráticas, não pode se furtar, também, da sua missão garantidora da segurança social,

¹ TAORMINA, Carlo. *Giudice Naturale e Processo Penale*. Roma: Bulzoni, 1972. p. 7.

todavia sem demasia intervencionista, comprometedora da imparcialidade que deve orientar a judicatura.

Também é certo que as palavras “garantias”, “garantidor”, “garantismo” e “garantista” têm sido empregadas abusivamente, em discursos panfletários e, portanto, deletérios. Justifica-se, todavia, a defesa de um processo penal “garantista” em razão, fundamentalmente, da riqueza valorativa que o seu conteúdo encerra, isto é, a preservação do plexo de direitos públicos subjetivos constitucionais do imputado

São obviedades flagrantes. Mas precisam ser reafirmadas porque, no Brasil, ainda não se logrou atingir – longe disso – uma organização social edificada sobre bases justas e igualitárias, que tenha a real possibilidade de afirmar o valor do ser humano, notadamente na administração da justiça penal.

O preço da desejável efetividade da tutela jurisdicional penal não pode ser o estrangulamento de garantias processuais, a degradação dos direitos fundamentais do acusado, sendo de rechaçar quaisquer manifestações judiciais, que revelem inclinação inquisitorial incompatíveis com o sistema acusatório e com o devido processo legal, eloquentemente consagrados pela ordem constitucional estabelecida em 1988.

O processo penal é, portanto, instrumento de proteção do cidadão contra o arbítrio punitivo estatal.

À admoestação bíblica sobre a necessidade de “pesos e medidas justos”, isto é, “Não cometereis injustiça no juízo, nem na vara, nem no peso, nem na medida. Balanças justas, pesos justos, efa justo e justo him tereis”,² acrescente-se, enfaticamente, a necessidade de um processo penal justo, efetivo e democrático, que se afere, por exemplo, pela análise

² BÍBLIA. Português. *A Bíblia sagrada*. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada no Brasil. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993. p. 125. Lv 19, 35-36.

do tipo de atuação do juiz na causa quanto à produção probatória, por exemplo.

Não é medida de justiça a postura nitidamente inquisitória do magistrado que determina a produção de prova de ofício para suprir inércia ministerial ou decreta prisão preventiva sem provocação do órgão da acusação. Não pode o juiz substituir a atividade do Ministério Público, desequilibrando a balança da relação processual, que se pretende, igualmente, justa.

Apesar da laicização historicamente experimentada pelo Direito, encontram-se em certas máximas religiosas alguns *topoi* para argumentação. Também, não é só na lei moral que “o juízo temerário é proibido”, estendendo-se, pois, ao mundo do Direito. Parafraseando a admoestação bíblica “Não julgueis, para não sejais julgados. Pois, com o critério com que julgardes, sereis julgados; e, com a medida com que tiverdes medido, vos medirão também”,³ tem-se, com inteira cabida, a repreensão a eventuais posturas inquisitoriais do juiz no bojo do processo penal: Não produzireis provas de ofício para não serdes julgados Juízes Inquisidores; pois com o critério inquisitivo com que julgardes, e com a iniciativa probatória com que tiverdes condenado vos condenarão também.

No Direito, o magistrado é o sujeito processual que é chamado a julgar, por imperativo da profissão, e a ele não é dado eximir-se de fazê-lo. Não lhe é possível sonegar jurisdição. O juiz não pode se livrar do julgamento, eis que é o seu dever legal. Não pode o juiz não julgar por não saber como decidir. A expressão jurídica latina *Mibi non liquet* ou, simplesmente, *non liquet*, pode ser traduzida como “Estou em dúvida, a coisa não está bem esclarecida, há mister mais

³ Idem, *ibidem*, p. 9. Mt 7, 2.

informações”.⁴ No atual estágio da ciência processual penal, proíbe-se ao juiz pronunciar o *non liquet*.

Diante de algum estado de dúvida ou perplexidade em face da matéria probatória alusiva à imputação delitiva posta à formação do seu convencimento, indagar-se-á se o juiz possui poderes probatórios ilimitados para alcançar a pretendida “verdade real”.

De todo modo, a verdade possível é a processualmente reconhecida e, por óbvia, a verdade jurídica.

Como é cediço, há as regras de distribuição do ônus da prova. No sistema acusatório e, também, em virtude do princípio da presunção de inocência, o ônus probatório é exclusivamente do Ministério Público ou do querelante, que deve comprovar a materialidade do crime e sua autoria. Ou seja, a acusação deve trazer aos autos os elementos de convicção que fundamentem a pretensão acusatória. A parte acusadora, responsável por provocar o exercício da jurisdição (*Nemo in iudicio tradetur sine accusatione*), no processo acusatório, distingue-se da pessoa do juiz.

A redação original do Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 03.10.1941), publicado no *Diário Oficial da União* de 13.10.1941, possibilitava a “iniciativa acusatória” ao próprio magistrado, ao permitir-lhe amplos – e questionáveis – poderes de iniciativa probatória, bem como a decretação de prisão preventiva de ofício.

O texto primevo do art. 156, por exemplo, asseverava que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante”.

⁴ SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novissimo diccionario latino-portuguez*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, p. 683.

A primeira parte do dispositivo “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” firmava a pedra angular do sistema acusatório, que é a nítida divisão das funções dos sujeitos processuais e a distribuição do ônus probatório.

Logo em seguida, todavia, o legislador admitia, sem fixar limites, que o próprio órgão da jurisdição tomasse providências de ofício, autorizadas supostamente em homenagem à busca da “verdade real” tão decantada no processo penal de feição inquisitiva: “o juiz poderá, no curso da instrução, ou, antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante”.

Se tal dispositivo da lei processual já merecia reflexões sobre sua possível incompatibilidade com a nova ordem democrática, com maior razão deverá ser posta em discussão a norma jurídica estabelecida a partir da nova redação dada pela Lei 11.690, de 09.06.2008, ao art. 156, I, da Lei de Ritos: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício”: ⁵ I – “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”.⁶

Também, merecerá referência a disposição do mesmo artigo, constante em seu inciso II: “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”⁷.

As questões nodais postas em debate serão apreciadas a partir das seguintes indagações: O juiz criminal tem legitimidade para determinar de ofício a produção de provas sobre os pressupostos fáticos da imputação delitiva? Quando

⁵ Nova redação dada pela Lei 1.690, de 09.06.2008 – *DOU* 10.06.2008.

⁶ Incluído pela Lei 11.690, de 09.06.2008 – *DOU* 10.06.2008.

⁷ Incluído pela Lei 11.690, de 09.06.2008 – *DOU* 10.06.2008.

o magistrado sai da sua postura inércia, determinando a realização de diligências, que repercutirão no resultado da sentença penal, afronta o sistema processual acusatório, proclamado na Constituição? Tal postura fere o princípio da imparcialidade? Diante de eventual dúvida que surja quando da formação do seu convencimento, estará o julgador impossibilitado de superá-la a partir do uso do poder probatório complementar, devendo, de pronto, invocar o *in dubio pro reo*? É compatível com o sistema processual acusatório a decretação de prisão preventiva de ofício?

Quer-se, portanto, averiguar a posição do juiz criminal quanto à iniciativa probatória. Sob o ponto de vista sistemático, parece mais correto, inicialmente, fazer referência aos modelos teóricos que informam o sistema processual penal, isto é, o sistema acusatório, inquisitivo e questionar a (im)possibilidade lógico-jurídica de um modelo misto, delineando-se, a partir daí, alguns traços da experiência brasileira em relação à matéria.

Demais disso, serão feitas considerações sobre o ativismo judicial no processo penal, questionando se se afigura como avanço ou involução autoritária. Será cotejado tal fenômeno no âmbito do processo civil, quando, oportunamente, se tratará da (in)viabilidade de uma teoria geral do processo.

Para lograr uma compreensão mais profunda da matéria, aborda-se, também, a decretação de prisão preventiva *ex officio* pelo juiz criminal, durante o inquérito policial, prevista no art. 311 do CPP, defendendo que se trata de hipótese de revogação por ausência de recepção pela Constituição Federal de 1988. Analisa-se a matéria à luz de exemplos da casuística penal e de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que concretizam o princípio acusatório.

Igualmente, lança-se à reflexão breve notícia sobre a reforma do Código de Processo Penal, tão somente, no que diz respeito aos pontos essenciais em que o Projeto de Lei do Senado 156 tem algo a contribuir acerca das questões da dogmática processual penal contemporânea aqui enfrentadas.

Por fim, serão apontados os desafios do processo penal contemporâneo, entre a efetividade da tutela jurisdicional e o respeito às garantias do cidadão no Estado Democrático de Direito, nomeadamente no que toca à concretização do princípio da igualdade enquanto emanção de uma democracia substancial e da defesa intransigente dos direitos fundamentais.

1 Limites constitucionais à iniciativa probatória do juiz criminal

Ao longo deste capítulo, como se verá, serão apresentados os principais elementos conceituais para compreender os limites ao poder probatório do juiz criminal. O redirecionamento dos horizontes processuais à Constituição Federal da República de 1988, espaço garantidor de uma nação inteira, é a empreitada científica premente.

Toda a legislação processual penal pátria deve ser interpretada conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porque é o fundamento de validade e de legitimidade de todo o sistema jurídico.

Uma das grandes missões do jurista contemporâneo é, precisamente, enxergar os princípios constitucionais penais e processuais como pretensões subjetivas irrecusáveis. Entende-se, portanto, que o Direito Processual Penal deve encontrar na Constituição os valores imprescindíveis à sua realização.

O repositório de direitos fundamentais situa-se na Lei Fundamental do País, constituindo-se, pois, critério de interpretação do Direito.

A iniciativa probatória do juiz criminal encontra limites inultrapassáveis no texto constitucional pátrio, que consagra o modelo teórico acusatório.

Em tal opção epistemológica do juízo, a verdade (processual) almejada é concebida como produto de uma controvérsia entre as partes contrapostas da relação processual e não resultado da iniciativa do juiz em matéria probatória.

Luigi Ferrojoli adota tal concepção a partir dos seguintes argumentos:

[...] a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou forma, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro. A principal garantia de sua consecução é consequentemente confiada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo, portadoras de pontos de vistas contrastantes porque titulares de interesses opostos. No conflito, ademais, o primeiro movimento compete à acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo nosso axioma A9 *nulla accusatio sine probatione*.⁸

Deve-se estar atento, sobretudo, à conclusão de Ferrajoli acerca dos limites à iniciativa do juiz criminal em matéria probatória no contexto do sistema acusatório:

Por outro lado a rígida separação dos papéis entre os atores do processo, que como se viu nos parágrafos 10.7 e 39.3 forma a primeira característica do sistema acusatório, impede que tal ônus possa ser assumido por sujeitos que não da acusação: não pelo imputado, a quem compete o contraposto direito de contestação, e de modo algum pelo juiz, que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsificações exibidas. Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos que caracteriza ao contrário o processo misto, em que o Ministério Público forma a prova e decide acerca da liberdade pessoal do imputado e ao juiz, por sua vez, tem poderes de iniciativa em matéria probatória e desenvolve de fato a investigação com o auxílio da acusação.⁹

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 488.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 488.

Segundo o texto constitucional brasileiro, o Ministério Público é o sujeito processual encarregado da acusação dado que é o titular privativo da ação penal pública.

Como não se ignora, em um processo penal democrático, em relação à produção da matéria probatória, o magistrado deve ser um “terceiro” distante em relação às partes do conflito. A separação entre juízo e acusação é a mais comezinha das garantias inerentes ao sistema processual acusatório, não somente no Brasil.

A esse respeito, importante mencionar, a ilustrativa lição de Luigi Ferrajoli sobre a noção legal do processo penal no direito processual italiano:

A terceira garantia orgânica expressa pela nossa definição legal é a *separação entre o juiz da acusação (nullum iudicium sine accusatione)* introduzida pelo novo Código, e a configuração do Ministério Público como sujeito exclusivo da acusação e no seu todo exclusivamente acusatório, vinculado à lei (art. 112) e independente (art. 107, parágrafo 4.º: ‘O Ministério Público goza das garantias estabelecidas pelas normas que disciplinam a ordem judicial’). Daí deriva a posição do juiz como um terceiro em relação às partes, e sua *imparcialidade* com respeito matéria contenciosa [...]. O quarto princípio incluído na nossa definição é a garantia processual da *presunção de inocência do imputado* até que prova contrária justifique a condenação (art. 27, *caput*, da Constituição: ‘o imputado não é considerado senão após condenação definitiva’). [...] Disso segue o corolário de que *o ônus da prova pertence à acusação (nulla accusatio sine probatione)*: isto é, aquela regra fundamental do jogo processual segundo a qual a formulação de uma acusação gera o ônus de prová-la, e não é o imputado que deve provar ser inocente, mas a acusação que deve prová-lo culpado. O último princípio contido na nossa definição legal do processo penal é aquele do contraditório por meio do qual se realiza a estrita submissão à jurisdição do processo. Ele corresponde, essencialmente, como se disse no parágrafo 41.4, ao método

de formação das provas e de verificação da verdade, fundado não no juízo potestativo, mas num conflito disciplinado e ritual entre as partes contrapostas: a acusação, expressão do interesse punitivo do Estado, e a defesa, expressão do interesse do imputado de ver-se livre de acusações infundadas e permanecer impune à aplicação de uma pena arbitrária.¹⁰

Observe-se, ainda, a advertência feita por Ferrajoli sobre a “relevante conquista” representada pelo novo Código italiano, ao tratar da redefinição dos papéis no processo penal:

De um lado a luta contra o crime e o empenho de investigação sob a responsabilidade da polícia e do Ministério Público; do outro, a posição do juiz como terceiro, e a sua imparcialidade na produção da prova e verificação dos fatos”.¹¹

No Brasil, a “relevante conquista” está materializada no texto constitucional.

Eugênio Paccelli de Oliveira, ao explicitar o significado da base principiológica do Direito Processual Penal, resume:

Então, que o Direito Processual Penal não pode mais ser aplicado com a estrutura do ainda vigente Código de Processo Penal parece não haver dúvidas. As mudanças, inúmeras, trazidas pela Constituição da República, anunciam novos tempos para o trato da matéria, não só por força de uma interpretação explícita de normas constitucionais em sentido contrário ao Código, mas, sobretudo, pelo grau de maturidade cultural alcançado pelo Estado brasileiro pós-constituente.¹²

Rememora, igualmente, Guilherme de Souza Nucci que:

¹⁰ Idem. p. 589.

¹¹ Idem. p. 592.

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 37.

No Estado Democrático de Direito, torna-se conforto para o indivíduo a certeza de que haverá a hegemônica irradiação da Constituição Federal, imantando todo o sistema ordinário, assim considerado o conjunto de normas infraconstitucionais¹³.

Merece alusão, na mesma linha intelectual, o esclarecimento de Luigi Ferrajoli acerca do garantismo, interpretado a partir de um sentido filosófico-político:

Precisamente, ele consiste, de um lado, na negação de um valor intrínseco do direito somente porque vigente, e do poder somente porque efetivo, e no primado axiológico relativamente a eles do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado à sua crítica e transformação; e, por outro, na concessão utilitarista e instrumental do Estado, finalizado apenas à satisfação das expectativas ou direitos fundamentais.¹⁴

Por esse raciocínio, nem sempre as normas processuais “vigentes” possuem um valor ético intrínseco “somente porque vigentes”. As normas processuais infraconstitucionais precisam ser interpretadas, sistematicamente, à luz da Constituição para assegurar a desejável confiabilidade do juízo e racionalidade na intervenção punitiva.

A liberdade judiciária, em uma democracia substancial, também, submete-se aos limites constitucionais, explícitos ou velados.

O discurso pela constitucionalização do Direito Processual pátrio, em grande parte, é uma forma definitiva de negar as experiências autoritárias do passado recente, de proibir, no tempo presente, a sua reprodução de

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: RT, 2010. p. 77.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 708-709.

disfarçadas formas e, também, de almejar um futuro longe dos traumas pretéritos.

Reconhecendo tal realidade, assevera Gustavo Zagrebelsky:

La constitucionalización de nuestro tiempo convive con el pasado – renunciando a su repetición en algunos casos, como lo demuestran las cláusulas de inmodificabilidad de la constitución alemana, destinadas a decir “nunca más” a experiencias como la vivida bajo el régimen nazi -, pero se constituye sobre todo como una aspiración de futuro, es decir, como una especie de “utopía concreta” para usar el concepto recordado por Jürgen Habermas”.¹⁵

A lição deve começar a ser cumprida dentro da casa da Justiça. Ou seja, o Poder Judiciário é o responsável primeiro pela realização dos direitos fundamentais.

O que está dito na Constituição Federal não é uma mera aspiração nobre, nem se trata de uma promessa ingênua. O que está afirmado no texto constitucional, bem como o que se extrai do contexto do sistema garantista pátrio é para ser concretizado.

Assinala, com justeza, Norberto Bobbio: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto justificá-los, mas protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.¹⁶

Uma forma civilizada de alcançar a proteção pretendida é através de um processo penal, verdadeiramente, comprometido com os valores constitucionais.

Francesco Pagano lembra que as “nações bárbaras” não conheceram o processo e a passagem à civilidade é medida pela “maneira de julgar”. Observe-se, ainda, a advertência feita por Pagano, para quem:

¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 10

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

Um modo grosseiro de julgar é índice de uma sociedade que culta ainda não é. O regular e legítimo processo é o produto de uma legislação sábia, da cultura nacional e do governo moderado. Um processo que dá espaço a dilações e cavilações, que abandona as rédeas ao arbítrio do juiz ao mesmo tempo em que parece freá-lo é o indubitável sinal da iminente decadência de uma nação corrompida. O procedimento arbitrário sem formalidades e sem processo é o indicador e o instrumento ao mesmo tempo de um fatal e ilimitado despotismo.¹⁷

Segundo o magistério de Noberto Bobbio, que reflete, no particular, a opinião de muitos doutrinadores sobre as dificuldades sentidas quanto à proteção dos direitos humanos, “descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhe a proteção efetiva”.¹⁸

Quando o juiz criminal figura no processo penal, a serviço da acusação, substituindo a função ministerial no tocante à atividade probatória ou comprometido com o “combate à criminalidade”, não é possível falar em verdadeira democracia processual, pois a necessária imparcialidade para o julgamento pressupõe o seu desapixonamento em relação à causa, revelado, sobretudo, por seu distanciamento quanto à produção da matéria contenciosa. O papel do juiz criminal consiste em examinar o que as partes aportam aos autos e decidir sobre sua verdade.

¹⁷ Cf. PAGANO, Francesco M. *Considerazioni sul processo criminale*. apud FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 539.

¹⁸ BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 63.

Em um Estado Democrático de Direito não se tolera a confusão dos papéis processuais de acusar e julgar. O princípio acusatório é um postulado constitucional, cuja observância é imperiosa. Toda a aplicação judicial do Direito Penal, também, está subordinada ao respeito aos direitos fundamentais do acusado e, obviamente, não está imune à análise de sua compatibilidade com os valores constitucionais. O apelo, nessa linha de inteligência, foi feito veementemente por Luis Pietro Sanchís:

Llegados a este punto, estamos en condiciones de aventurar algunas conclusiones sobre el estado de la cuestión. La primera esta que el ejercicio del *ius puniendi* no representa un espacio exento al control de constitucionalidad a través del juicio de ponderación, y ello por dos razones; porque toda pena debe considerarse como una afectación de derechos fundamentales, y toda afectación de esta clase lleva una carga de justificación; y porque el propio tipo penal, en la medida en que sea o puede concebirse como un límite al ejercicio de derechos, constituye también una forma de afectación de los mismos y por idénticas razones ha de adecuarse a la exigencia de justificación. De manera que la conexión entre derecho penal y derechos fundamentales es doble: en virtud de la pena y en virtud de la conducta tipificada, que limita o circunscribe la esfera del legítimo ejercicio de los derechos. La segunda conclusión es que, con una sola excepción, el control de constitucionalidad se formula hoy en términos de extraordinaria cautela.¹⁹

Se a historicidade próprio do conhecimento afasta respostas com pretensão de definitividade, ao menos é possível tentar diminuir a distância entre as normas, os fatos e os valores no ordenamento jurídico nacional.

¹⁹ PIETRO SANCHÍS, Luis. El Neoconstitucionalismo de Los Derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo*: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 229.

Para tanto, o conhecimento do fenômeno do direito processual penal demanda uma visão integrada entre a sua dogmática e os valores constitucionais. Tal saber deve ser revelado nas decisões judiciais, em matéria criminal, que não podem representar meras manifestações de autoridade.

Dessa forma, ensaia-se uma compreensão menos imperfeita em torno da matéria da iniciativa probatória do juiz no processo penal e das numerosas “falácias férteis” de que fala George Soros. Para além de reconhecer que o princípio da incerteza humana, por vezes, coloca um obstáculo para o estudo científico do comportamento humano, assinala:

Considero a separação entre o pensamento e a realidade uma falácia fértil. Não é a única. Falácias férteis são abundantes na história. São férteis porque prosperam e produzem resultados positivos antes que suas deficiências sejam descobertas; são falácias porque nossa compreensão da realidade é essencialmente imperfeita.²⁰

Portanto, a fragmentação do conhecimento não é suficiente para resolução dos problemas jurídico-penais. A dogmática processual penal deve ser iluminada pelas valorações político-criminais constantes na Constituição do País.

Com isso, busca-se a racionalidade, a justiça e a legitimidade na intervenção punitiva, para que haja a concretização de um sistema garantista e, logo, comprometido com o valor da dignidade humana. Para tanto, faz-se imprescindível que o direito posto no Código de Processo

²⁰ SOROS, Georges. *A era da insegurança: as conseqüências da guerra contra o terrorismo*. Tradução de Lucia Boldrini. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 23.

Penal vigente seja iluminado pelos princípios de garantia dos cidadãos, próprios do ambiente democrático.

1.1 Algumas reflexões preliminares sobre os modelos teóricos que informam o sistema processual penal democrático

Antes da análise específica de algumas normas do Código de Processo Penal Pátrio, é interessante notar que o Código Processual Penal Tipo para Iberoamérica consagra o modelo de processo acusatório como paradigma para América Latina. Refere que confiar a investigação e o poder de requisição ao Ministério Público fortalece o sistema acusatório do procedimento penal. Por sua vez, o controle do exercício desse poder e, obviamente, deve ser conferido ao juiz.

Representa, indubitavelmente, considerável avanço em relação ao cenário latino-americano, ao reconhecer expressamente a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do Estado, em países de democracia ainda tosca e incipiente.

Com inteira cabida ao que será defendido neste livro, veja-se a célebre oração constante na Exposição de Motivos do “*Código Procesal penal modelo para iberoamérica*” no sentido de que “*el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor*”.²¹

O processo de democratização na América latina é bastante recente (partir dos últimos anos da década de 70), não tendo alcançado, ainda, a plena maturidade. Assim, as

²¹ ARGENTINA. *Código Procesal penal modelo para iberoamérica: historia, antecedentes, exposicion de motivos y texto del proyecto*. Argentina: Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 1989.

construções teóricas no sentido de afirmação do sistema acusatório e, portanto, de negação da figura do juiz inquisidor devem ser acolhidas.

Tendo em linha de princípio tal perspectiva, é importante que as reformas em matéria processual penal estejam comprometidas com o princípio acusatório. O esforço no sentido de (re)legitimação da persecução penal à luz de uma nova razão é premente. Esta deverá está afinada com valores culturais do Estado Democrático de Direito, fiéis às garantias constitucionais e à observância da Convenção Americana dos Direitos Humanos, o que enseja, necessariamente, uma ruptura com os princípios inerentes ao sistema inquisitório e os seus resquícios.

Como é de todos sabido, como consequência da vigência plena do sistema acusatório, a matéria probatória deve ser aportada aos autos por órgão distinto do julgador.

O princípio acusatório consagra uma evolução jurídica progressiva no processo penal, não apenas no que diz respeito às exigências de que apenas a acusação, atribuída a um órgão distinto do juiz (Ministério Público ou querelante), possa trazer elementos probatórios para ensejar uma sentença penal condenatória, mas, também, a fixação de condições materiais que reduzam as possibilidades de contaminação do magistrado pela investigação de cunho inquisitivo. Julgar é função inteiramente distinta da investigação.

O sistema acusatório possibilita a máxima independência e imparcialidade judicial. A acusação formal a cargo de pessoa ou órgão distinto do órgão jurisdicional representa uma grande aquisição cultural que implica a impossibilidade sistemática de confundir as funções de acusar e julgar, mesmo naqueles países em que por razões de defesa social e da própria configuração legislativa imponham restrições a um modelo acusatório puro.

De qualquer sorte, não se pode olvidar que os novos ventos trazidos pela Constituição cidadã inflaram as velas rumo à ruptura com o obsoletismo inquisitorial e resquícios de retrocesso cultural do Código Processual Penal pátrio. A opção por uma dogmática processual penal garantista minimiza os riscos indesejáveis porque atenta à máxima efetividade dos direitos fundamentais.

No entendimento perflhado por Artemio Moreno, em dissertação intitulada *Concepción Moderna del Proceso Penal*, defendida em 17.03.1944, na Sociedade Argentina de Criminología, do princípio da jurisdição se extrai um direito de atuação específico que o processo elabora e individualiza.

Para Moreno, é por obra desse poder decisório que “el principio jurisdiccional puede aceptar, haciendo suyas, en todo o en parte, las exigencias de la pretensión punitiva, como puede aceptar, haciendo suyas, en todo o en parte, las formulaciones de la garantía”. Arremata, ainda, o autor que o magistrado “puede, en *ultima ratio*, rechazar totalmente aquellas exigencias, como puede rechazar estas formulaciones, lo que prueba que es, no solo un derecho de actuación distinta, sino un derecho de actuación soberana”.²²

No Brasil, em razão de inúmeras limitações constitucionais não há precisamente em um direito de ação soberana que exclua as fórmulas garantistas.

A compreensão sistemática da matéria e a conseqüente análise da opção assumida pelo legislador brasileiro só serão possíveis depois de uma análise, ainda que perfunctória, dos modelos de sistema acusatório, inquisitivo e misto.

Serão feitos breves comentários destinados à clarificação de tais modelos, em que se evidenciará quão importante é a eleição sistemática de um deles para desenhar os contornos da atuação do magistrado quanto à sua instrução probatória.

²² MORENO, Artemio. *Concepción moderna del proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 29.

Claus-Wilhelm Canaris fixa o conceito de sistema jurídico, com referência às ideias de adequação valorativa e unidade interior do direito, definindo-o como “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”.²³

Explica, ainda, ser imaginável uma ordem de valores, de conceitos teleológicos ou de institutos jurídicos. Canaris defende que o direito apresenta certos pontos de vista unitários como a repetição, a medida ou a própria estabilidade das relações, que o formam. A ideia de sistema proposta por Claus-Wilhelm Canaris, portanto, está referenciada pela formulação kantiana, de que o “sistema é a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vistas unitários”.²⁴

Assim, tal conceito de sistema desempenha uma tarefa particular, nessa seara, imprescindível à compreensão das regras e princípios de direito, ao exprimir “um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível” e por não permitir “uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas”.²⁵

A desconfiança contra os sistemáticos representada por Nietzsche em sua conhecida sentença, segundo a qual caracteriza a aspiração pelo sistema como uma “falta na consecução do direito” e uma “doença no caráter” de alguns filósofos, será aqui apenas corroborada no que toca ao sistema inquisitivo: “eu desconfio de todos os sistemáticos e saio de seu caminho”.²⁶

Indubitavelmente, a matéria tem desafiado processualistas, mormente porque é o âmbito propício para travar debates acerca das enormes diferenças que os sistemas processuais guardam entre si, no que diz respeito ao papel do juiz quando da produção probatória.

²³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 280.

²⁴ Cf. Idem, *ibidem*, p. 9-10.

²⁵ Idem, p. 12-13.

²⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *Fragmentos Finais*. Brasília: Editora UNB, 2002. p.74 e 77.

Há situações introduzidas no sistema normativo pelo legislador processual em que, velada ou explicitamente, contrariam a opção garantidora do legislador constitucional, como se verifica na nova redação dada pela Lei 11.690/2008 ao art. 156 do CPP, notadamente em relação ao seu inciso I.

O risco que se corre com as previsões contidas nos incisos I e II do art. 156 do CPP é que o magistrado seja acometido de um “quadro mental paranoico”.²⁷

A imagem é do processualista Franco Cordero, para quem o estilo inquisitivo sobrevaloriza a imputação em detrimento da prova, configurando o primado das hipóteses sobre os fatos e a conversão do processo em psicoscopia, fixando um rito fatigante e sem forma rígida. Assevera Cordero que:

[...] la solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoici. Chiamiamoli primato dell'ipotesi sui fatti: chi indaga ne segue una, tavolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili nè questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'há intavolato, punta sulla sua ipotesi.²⁸

Isto porque, em vez de o juiz “se convencer através da prova carreada para os autos, inversamente a prova servia para demonstrar o acerto da imputação formulada pelo juiz inquisidor”.²⁹

Significativa é a lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, para quem nesse momento é o processo penal que acerta as contas com o obscuro, visto que a escolha inquisitorial do magistrado seria determinada pela imagem tomada como

²⁷ Imagem do processualista italiano Franco Cordero.

²⁸ CORDERO, Franco. *Guida allá procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 51.

²⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 24.

possível, como real, como verdade. “Decide-se antes (o que é normal no humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha.”³⁰

Por força dos problemas suscitados pela matéria, é adequado abordá-la, a partir de ligeiríssimas menções aos princípios configuradores do sistema processual, que guardam íntima relação com os fatores políticos e sociais reinantes em cada momento histórico.

De todo modo, deverão ser rechaçadas as concepções notadamente autoritárias que desconsideram que é o formalismo processual um dos modos civilizados de dar face humana à vida gregária.

É imprescindível, portanto, que o labor teórico e hermenêutico esteja comprometido em fazer a melhor leitura possível dos dispositivos legais que constituem o sistema processual, maximizando as possibilidades interpretativas que prestigiem o sistema acusatório.

Não se pode ignorar a advertência feita por Binder, quando rememorava a seus alunos que o seu livro *Introdução ao direito processual penal* era, em síntese, um livro de introdução aos mecanismos que os seres humanos se utilizam para prender os seus semelhantes dentro de jaulas. Menciona o autor que poderia apresentar a obra falando da justiça, da jurisdição, dos grandes princípios constitucionais, “das enormes metáforas que os juristas inventaram para acreditar que no final de tudo não está o cárcere”, mas não queria assim fazê-lo, dado que estava consciente de que “no final disto tudo está o cárcere, e o cárcere é uma jaula para prender humanos”.³¹

³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao verdade, dúvida e certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: ANUÁRIO IBERO-AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, 2001/2002, p. 186.

³¹ BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 21.

Em virtude dos limites e fins propostos por esse livro, lança-se a advertência da inviabilidade de rememorar a evolução histórica dos três sistemas fundamentais do processo penal: o acusatório, o inquisitivo e o misto. Serão feitas, tão somente, referências aos traços fundamentais desses modelos.

1.1.1 O modelo acusatório

O sistema ou modelo acusatório é o que melhor tutela os direitos fundamentais do acusado.

O caráter democrático do processo acusatório, decorrente da dialeticidade que lhe subjaz, permite, a um só tempo, a harmonização de bens constitucionais, isto é, a proteção do indivíduo perante o Estado, a partir do direito de defesa, e a proteção da sociedade, a partir da persecução criminal pública, a cargo de um acusador (distinto da figura do juiz), que deverá sustentar racionalmente a culpa do acusado e provar os fatos constitutivos de sua pretensão.

Superada a fase primitiva em que era direito do particular ofendido ou do seu grupo castigar o ofensor e, portanto, fazer justiça com as próprias mãos, a sociedade alcançou há muito uma primeira vitória rumo à publicização e, bem assim, à legitimação do Direito Penal.

Quando o Estado, historicamente, tomou para si o monopólio da jurisdição criminal, tornando o castigo público, pretendeu fazer adormecer o sentimento primitivo de vingança particular, até mesmo obrigando o ofendido ou seu representante a obedecer formalidades para o exercício do direito de ação. Como bem já se assinalou, “Así nace el proceso, convirtiéndose en un debate simulado lo que ha sido antes un combate efectivo”³².

³² GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; QUEMADA Vicente Herce. *Derecho procesal penal*. 8. ed. Madrid, 1975. p. 98.

Para José Amalgro Nosete, o perfil do modelo acusatório, em sua forma mais pura, tal como se conheceu na República Helênica ou nos últimos tempos da República Romana, resulta de uma combinação dos seguintes princípios:

necesidad de una acusación propuesta y sostenida por persona distinta del Juez, publicidad, consiguiente oralidad, igualdad absoluta de derechos entre acusador e imputado, exclusión de cualquier ingerencia del Juez en la búsqueda de pruebas, tanto de cargo, como de descargo, aportación de las pruebas, por parte de acusador y de acusado, y libertad personal del acusado hasta que se obtenga un pronunciamiento judicial firme de condena.³³

Respondendo às suas condições históricas, o processo penal acusatório tem por características fundamentais, segundo informam Orbaneja e Quemada, que o juiz não proceda por iniciativa própria (*ex officio*), não podendo ele colocar o procedimento em marcha, tampouco investigar dentro do processo. Seu papel consiste em examinar o que as partes aportam aos autos e decidir sobre sua verdade. O juiz apenas dirige o combate e anuncia o resultado. Por conseguinte, o processo acusatório é contraditório, oral e público.³⁴

Neste modelo, há uma rígida separação das funções de acusação, defesa e julgamento. São inconfundíveis tais funções. Acusador e acusado são partes contrapostas. O juiz está suprapartes, em posição de equidistância. Caracteriza-se, pois, pelo posicionamento passivo do magistrado (*nemo iudex sine actore e nullum iudicium sine accusatione*), tanto no que diz respeito à iniciativa da ação quanto à gestão probatória.

O sistema acusatório está intimamente afinado com os regimes democráticos. Está harmonizado com as estruturas

³³ NOSETE, José Amalgro. *Sobre la naturaleza del proceso penal*. Sevilla: Separata de Anales de la Universidad Hispalense. Derecho, 1968. v. 28, p. 6.

³⁴ NOSETE, José Amalgro. *Sobre la naturaleza del proceso penal*, cit., p. 99.

políticas que possibilitam uma ampla intervenção do cidadão na vida pública e reconhecem uma proteção qualificada das pessoas e de seus direitos em suas relações sociais e, em último caso, com o Estado. O caráter público é consequência do seu aspecto democrático, enquanto a justiça se administra na presença do povo, e sob seu controle.³⁵

1.1.2 O modelo inquisitivo

Em linha diametralmente oposta ao modelo acusatório está o sistema ou modelo inquisitivo. Pode-se afirmar que no sistema inquisitório o réu figura mais como um objeto do processo (destituído de direitos) do que sujeito processual. Concentram-se na figura do julgador as funções de acusação, defesa e julgamento. No exercício da judicatura criminal, o órgão julgador possui amplos poderes probatórios e age de ofício.

Segundo informa Nosete, foi o modelo prevalente na época de Diocleciano, dos Imperadores do Oriente e no Direito Canônico. O perfil de tal sistema foi apresentado em seus traços definitoriais pela intervenção *ex officio* do juiz, pelo segredo do procedimento em relação não só ao cidadão, como também ao próprio imputado, em razão de os trâmites procedimentais e a defesa serem totalmente escritos, pela disparidade de poderes entre o juiz acusador e o acusado, plena liberdade do juiz na busca das provas, negação de direitos ao imputado, para promover a produção de provas e até a prisão preventiva dele.³⁶

No modelo inquisitivo, há uma tendência natural à concentração de poderes (acusar e julgar) na figura do julgador,

³⁵ Idem, *Ibidem*, p. 8.

³⁶ NOSETE, José Almagro. *Sobre la naturaleza del proceso penal*, cit., p. 8.

ficando o imputado “à mercê do Juiz acusador ou na melhor das hipóteses se fia no seu paternalismo”.³⁷

O processo inquisitivo remonta ao direito canônico da Idade Média. Não se lhe pode atribuir a criação de um modelo original. Na verdade, a Igreja recolheu elementos das instituições laicas, arrumando-os a partir de uma perspectiva renovada. Há notícias de que a Igreja teria sido o primeiro poder a passar do processo acusatório para o inquisitivo.

Merecem transcrição as seguintes explicações históricas, sobre os poderes instrutórios do julgador:

Pero junto ao *modus ordinarius*, que era el de la acusación, había casos, como le delito flagrante (*delictum manifestum, o notorium*) en que podía el juez perseguir de oficio. Aquí está el germen del procedimiento *per inquisitionem* que empieza a desarrollarse a partir del siglo IX, con ocasión sobre todo de las causas sinodales que termina por ser aprobado y confirmado, bajo Inocencio III, en el cuarto Concilio lateranense de 1215. La *inquisitio* permitía al juez, sin necesidad de acusador, abrir el procedimiento contra la persona difamada, convocar y oír a los testigos y dictar una condena. En un principio, debía haber una *infamatio* contra el que se quería perseguir: *inquisitionem debet, clamosa insinuatio proevenire*. Para fijar este punto el juez procede a una instrucción (pesquisa secreta), llamada *inquisitio famae*. El *inquisitus* era citado y tenía la obligación de comparecer. Se le comunicaban los cargos o puntos de acusación (*capitula*), los nombres de los testigos y el contenido de sus declaraciones. Podía prestar todas las excepciones y defensas que estimase útiles.³⁸

Foucault alerta que no sistema inquisitório o magistrado “constituía, sozinho, e com pleno poder, uma verdade da qual investia o acusado”.³⁹

³⁷ Tradução livre da autora, do original: “el acusado se deja a merced del Juez acusador o en la mejor de las hipótesis se confía a su paternalismo.” Idem, ibidem, p. 7

³⁸ Cf. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; QUEMADA Vicente Herce. *Derecho procesal penal*, cit., p. 100.

³⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 36.

Analisando-se o tema a partir de uma perspectiva política, indubitavelmente o sistema processual inquisitivo se harmoniza com os regimes autoritários, notadamente com aqueles que em nome da defesa social, ou do patrocínio de interesses obscuros do próprio Estado, são sacrificados os interesses individuais.

1.1.3 Modelo misto?

Quem defende a existência de um terceiro modelo processual refere que ele pode ser qualificado como misto.⁴⁰

Isto porque, como o processo inquisitivo, a investigação e a persecução penal representam uma função pública, que não é abandonada pelo poder organizado à iniciativa dos particulares; como o processo acusatório, não se trata de uma função do juiz. O Estado ao julgar não investiga nem persegue pois se transformaria em parte, e com isso perderia a objetividade de seu julgamento. O julgador não procede de ofício porque o processo – e, por meio dele, a imposição da pena – está condicionado à acusação. Contudo, o Estado não se desinteressa da função de julgar, visto que a confere a outro órgão estatal, diverso do judicial.

Veja-se, a propósito, a defesa de princípios imperantes no sistema misto, nas conclusões de Giovanni Leone: a) o processo não pode nascer sem uma acusação, mas esta só pode provir de um órgão estatal. Do processo acusatório deriva a necessidade da separação entre juiz e acusador (daí resulta o princípio *ne procedat iudex ex officio*). Deriva do processo inquisitório a atribuição do poder de acusar a um órgão estatal (ministério público); b) o processo, ordinariamente, se divide em duas fases correspondentes a

⁴⁰ Também é conhecido como sistema acusatório formal.

sistemas opostos: instrução, inspirada no processo inquisitório (escrito e secreto), e juízo, inspirado, por sua vez, no processo acusatório (contraditório, oralidade e publicidade); c) a seleção das provas, a aquisição e a crítica delas estão à livre faculdade do juiz: cuida-se de campo inquisitório.⁴¹

Resta acrescentar que, adotando-se como premissa a ideia de sistema propugnada por Canaris, que remonta à formulação kantiana, não é possível falar em sistema misto. Faltar-lhe-ia o princípio unificador.

Para Kant, o sistema é a unidade de conhecimentos diversos ou, por melhor dizer, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários. O sistema está assentado em uma ideia fundante e está orientado por princípios unificadores. O sistema é, na formulação kantiana, a unidade de conhecimentos diversas sob uma ideia.⁴²

Os dispositivos legais não constituem um mero “agregado” ilógico. Refere Kant:

De *wissen* (saber) provém *Wissenschaft* (ciência), que deve ser entendida como conjunto de um conhecimento como sistema (*system*), em oposição ao conhecimento comum (*gemeinein erkenntniss*), conjunto de um conhecimento como mero agregado (*aggregate*). O sistema que repousa sobre a ideia de um todo que precede as partes é o oposto do conhecimento comum, mero agregado de conhecimentos cujas partes precedem o todo.⁴³

Assim, deve-se compreender que as normas processuais penais, por exemplo, estão inseridas em um sistema de caráter

⁴¹ LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Traducido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. p. 23 e 26-27.

⁴² KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

⁴³ KANT, Immanuel. *Manual dos Cursos de Lógica Geral*. Tradução de Fausto Castillo. 2 ed. Campinas-SP: Editora da Unicamp, 2003. p. 147.

acusatório e dele decorrem princípios unificadores, sem as quais não se estabelece uma ciência do processo penal.

Seria impossível a conciliação entre princípios opostos. No sistema acusatório vige o princípio dispositivo; no inquisitório, impera o princípio inquisitivo (a gestão da prova se encontra nas mãos do juiz). Os referidos sistemas processuais são informados diferenciados critérios de gestão probatória.

Nesse sentido, do ponto de vista axiológico e teleológico não se pode falar em sistema misto pois seria uma aberração lógica. Com isso afasta-se a existência de um processo misto (reformado ou napoleônico), surgido, em 1808, com o *Code d' Instruction criminelle*, herança de Napoleão.

Franco Cordero sustenta a impossibilidade de conciliação entre os sistemas opostos: “L'idea del processo a due tempi-inquisitorio il primo e acusatório il secondo-ripugna alla ragione, per quanto possa sedurre i ricercatori del compromesso per vocazione”.⁴⁴

Saló de Carvalho frisa a “total impossibilidade lógico-científica de existência de um sistema jurídico misto, seja ele processual penal, material penal ou penalógico”. Justifica tal posicionamento, referindo que as características dos sistemas, assim como dos paradigmas (Khun) e dos tipos ideais (Weber), é sua identificação a partir de alguns rígidos princípios unificadores, assinalando ser impossível fusão sistemática ou paradigmática. Conclui, por exemplo, que um modelo é garantista ou antigarantista; o sistema processual é acusatório ou inquisitivo; podendo existir no interior do modelo garantista

⁴⁴ CORDERO, Franco apud COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de. O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo. *Anais do evento comemorativo de Sesquicentário do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro: IAB, 1994. p. 41.

⁴⁵ Cf. CARVALHO, Saló de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: ——— (Org.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 7-500.

(acusatório) práticas, alguns institutos ou regras antiguarantistas, (inquisitoriais) – o que não descaracterizaria a matriz original.⁴⁵

Demais disso, também, Jacinto Coutinho adverte que não é possível falar em um princípio misto, o que, por óbvio, desconfiguraria o sistema: “Assim para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestadas ao outro”.⁴⁶

1.2 O “espírito” do Código de Processo Penal de 1941 e a necessidade de uma releitura sobre a iniciativa (*ex officio*) do juiz criminal a partir da Constituição Federal da República de 1988

Carlos Ayarragaray disse com razão que a “América fue tierra de libertades, y como a tal llegaron de rondón los principios de prepotencia y demasía estatales”.⁴⁷

Como não se ignora, o Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-lei 3.689, de 03.10.1941), vigente desde 1.º.01.1942, deita suas raízes no período da ditadura do Estado Novo, sendo de assinalar que sua promulgação se deu sob a égide da Carta Política de 1937 (Era Vargas), que foi responsável pelo restabelecimento do regime de unidade processual no Brasil.

Isto porque desde a Constituição republicana o sistema processual penal pátrio estava fragmentado, sendo da responsabilidade de cada Estado da Federação a competência constitucional para legislar sobre matéria processual, civil e

⁴⁶ Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais* (04), Porto Alegre: ITEC, ano 02, 2000. jan.-mar. p. 5.

⁴⁷ AYARRAGARAY, Carlos A. *El destino del derecho procesal al término de la guerra*. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor, 1945. p. 15.

penal, e sobre organização judiciária, acentuando-se a variedade de sistemas e as dificuldades na aplicação da lei penal.

Francisco Campos, ao tratar do “espírito do Código de Processo Penal”, disse que “este se inclinou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual”, arrematando que, “Se ele não transige com as sistemáticas restrições ao Poder Público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra direitos e garantias individuais”.⁴⁸

Não obstante a referida afirmação de Francisco Campos, não se pode negar a contingência histórica na qual nasceu o referido Estatuto Processual Penal, que permitiu a recepção do velho espírito da época, em diversas normas processuais de feição inquisitorial ou mesmo de duvidoso teor garantista.

Apesar de a Exposição de Motivos do CPP vigente esclarecer que o projeto atende ao princípio *ne procedat judex ex officio*, que reclama a separação entre o juiz e o órgão da acusação, consagra diversos dispositivos⁴⁹, paradoxalmente, marcados por traços inquisitórios.

Veja-se, por exemplo, a redação original do art. 531 do CPP que admitia que o processo de contravenção fosse iniciado mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício, bem como o art. 311 do CPP que permite a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal.

⁴⁸ BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. Organização Luiz Flávio Gomes. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2008. p. 350

⁴⁹ A brevíssima alusão a tais dispositivos tem por objetivo apenas ilustrar a incongruência entre a afirmação constante na Exposição de Motivos no sentido de que o projeto atende ao princípio *ne procedat judex ex officio* e o que se vê ao longo do Estatuto Processual Penal. Em virtude do corte epistemológico feito pela autora, não se comentará, artigo por artigo. Optou-se, por analisar, com maior, profundidade,

Seguramente, tais artigos não foram recepcionados pela Constituição Federal da República de 1988.

Outros dispositivos processuais permitem a atuação de ofício do juiz criminal, como o art. 127 do CPP que autoriza o juiz, de ofício, a determinar o sequestro de bens, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa; a busca, também, poderá ser determinada de ofício, segundo dispõe o art. 242 do CPP e o art. 209 do CPP autoriza o magistrado a ouvir testemunhas, além das indicadas pelas partes. Como se verá, há limites constitucionais inultrapassáveis à iniciativa (*ex officio*) do juiz criminal.

Na hipótese da *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do CPP, o juiz está autorizado a atribuir definição jurídica diversa ao fato descrito na denúncia ou queixa, ainda, que como resultado, tenha de aplicar pena mais grave. Apesar de o magistrado ter a missão de zelar pela correta aplicação da lei penal, é conveniente, de modo a resguardar o devido processo legal, que antes de fazê-lo (o que já é questionável dada a titularidade da ação penal), que oportunize prévia manifestação da defesa quanto a alteração da classificação delitiva.

Demais disso, o art. 384 do CPP (*mutatio libelli*), antes da Lei 11.719/1980, tratava-se de uma das mais eloquentes manifestações inquisitoriais do CPP, ao permitir que o juiz criminal pudesse dar nova definição jurídica do fato, em decorrência de prova nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, isto é, poderia o próprio magistrado modificar a acusação.

Tratava-se, portanto, de verdadeira iniciativa acusatória do juiz. A redação atual, ainda, traz o ranço inquisitório, todavia, ao menos, agora, o novo crime, independentemente da pena aplicada, só poderá ser julgado se for feito o aditamento da acusação pelo Ministério Público.

O processo de redemocratização vivenciado pelo País convoca a profundas e estruturais reformulações no sistema processual brasileiro, impondo-se o desapego às velhas formulações inquisitivas,⁵⁰ que entravam a vivência dos direitos e garantias individuais básicos e são sinônimos de retrocesso político, cultural e jurídico.

Merece referência a crítica incisiva feita por Frederico Marques acerca da promulgação do Código de Processo Penal e de sua insuficiência ante as necessidades da Justiça Criminal.

⁵⁰ Observe-se, ademais, que já na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, datada de 08.09.1941, percebiam-se, nitidamente, certas inclinações autoritárias: “É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção de flagrante delito, para o efeito de prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade para ser um dever imposto ao juiz, adquire suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. Tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição de mandato não obstará a prisão [...] É revogado o formalismo complexo da extradição interestadual de criminosos. [...] O procedimento *ex officio* só é mantido em relação às contravenções [...]; Se o Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará a remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. [...] Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte na produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a ação a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*. [...] O interesse da administração não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciem sua relação com este. [...] Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado. [...] O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um *quantum* de pena injustificadamente diminuta, só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena”. BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal, cit., p. 341-350.

Adverte que a crise tremenda que atravessava a Justiça Criminal nos Estados brasileiros resultava também de tal trabalho legislativo “tão defeituoso e arcaico”. Assim como se passou na Itália fascista, os legisladores brasileiros esqueceram o papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, ainda no seu sentir, em matéria de nulidades, por exemplo “sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica”.⁵¹

O Código de Processo Penal vigente foi redigido para um mundo que já deixou de existir há muito tempo.

É possível e necessária a busca da efetividade da tutela jurisdicional no modelo acusatório, em que haja uma distinção clara e precisa das funções de acusar, defender e julgar. O processo penal é o instrumento para tal concretização. Todavia, como já antes dito, a mudança meramente legislativa, por si só, não é capaz de viabilizar uma mudança cultural.

Aliás, por vezes, a crítica é levemente dirigida à dogmática processual quando, na verdade, o problema é dos profissionais inábeis para operar o sistema. Uma coisa é o Direito Penal, outra bem distinta é a atuação arbitrária da polícia. Uma coisa é o Direito Processual Penal, outra bem diversa é o (dis)funcionamento do Poder Judiciário em certos rincões do País.

Do que até aqui se disse, confirma-se a impressão de Ayarragaray, para quem nenhuma lei, assim como nenhum procedimento, pode se impor à nação por si só. Um e outro dependem da maneira de sentir e de se comportar do povo, conforme o ambiente coletivo:

⁵¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 108.

Desgraciados de los pueblos que prescinden de este punto de vista. Y éste justamente ha sido el propósito de fondo perseguido por los Estados autoritarios que modificaran la realidad según su íntimo sentir, que afloro prepotente, avasallador, omnímodo e indiscutido⁵².

Ainda, segundo Ayarragaray, para eles o Estado é o todo; o indivíduo, o nada; e na tragédia que se desenvolve o mundo existiriam dois protagonistas: o Estado e o indivíduo. Tal seriam, justamente, o mundo e, também, o drama do processo. Contudo, entende o autor que, examinando um pouco mais a questão, se verá que o drama não está no Estado, antes no indivíduo, visto que é a ele que compete corrigir as orientações escravizadoras. Isto porque “el Estado asfixia y usurpa derechos legítimos, sin importársele del derecho individual. Es el momento culminante de vencerse ayer la avalancha niveladora del Estado frente al individuo”.⁵³

Não se podem negar as influências inelutáveis trazidas pelas ideias marcadamente de cunho autoritário e centralizadoras dos regimes totalitários da Europa ao ordenamento jurídico nacional. A transposição de modelos culturais inadapáveis à realidade nacional não é novidade nessas plagas. É incrível como o Brasil se apega a certas novidades alienígenas, que não lograram reconhecimento ou prestígio sequer em sua pátria.

Essa percepção da premente necessidade de uma processualística efetiva está matrimoniada com a sua releitura a partir do sistema constitucional que abriga valorações axiológico-teleológicas das quais não se pode desvencilhar.

⁵² AYARRAGARAY, Carlos A. *El destino del derecho procesal*, cit.

⁵³ AYARRAGARAY, Carlos A. *El destino del derecho procesal*, cit.

No âmbito processual penal, a forma, o conteúdo, limites e diretrizes da atuação do magistrado, órgão da soberania nacional, estão traçados constitucionalmente.

Eis a lição de Mauro Cappelletti, extraída de obra, com sugestivo título de *La Giurisdizione Costituzionale della Libertà*: “a conformidade da lei com a constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos”.⁵⁴

Em conclusão sintética, o processo penal é uma das expressões culturais de um povo, ou, por melhor dizer, do Estado.

1.3 Notas sobre a redação dada ao art. 156, I, do CPP pela Lei 11.690/2008: a exacerbação dos poderes probatórios do juiz e sua inconstitucionalidade à luz do modelo acusatório

A Constituição Federal da República de 1988 estabeleceu um modelo racional de garantias em favor do acusado em matéria criminal. Essas garantias são limitadoras do arbítrio punitivo estatal, notadamente porque o réu, do ponto de vista sistemático, não é despojado da sua dignidade quando responde à acusação.

O lugar da resposta, todavia, há de ser democrático e a democracia processual se afirma pela consagração formal do modelo acusatório e se afere pela concretização de suas regras procedimentais garantistas. O processo penal é, sob tal prisma, um instrumento de realização dos direitos fundamentais do acusado.

É de rigor registrar, mais uma vez, que no sistema acusatório o juiz é órgão distinto do acusador e do defensor. Ele está acima das partes, mas não está livre de limitação ao

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale della libertà*, 1955, p. 136-137.

exercício de suas funções. Em regra, não lhe cabe o ônus probatório, ou por melhor dizer, o juiz no modelo acusatório não tem poderes sobre a gestão probatória. Ele ocupa posição equidistante entre as partes ativa e passiva do processo.

Antes da reforma processual levada a efeito pela Lei 11.690/2008, o art. 156 do CPP brasileiro dispunha que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante”.

Assim, o legislador consagrava a possibilidade de o magistrado determinar produção de prova, de ofício, no curso da instrução processual. Também o art. 209, em harmonia com o espírito de tal dispositivo assevera: “o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.

Os referidos poderes instrutórios do juiz criminal eram justificados na Exposição de Motivos do decreto-lei, em razão do abandono do sistema da certeza legal, atribuindo-se, então, ao magistrado a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença:

Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte na produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a ação a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*⁵⁵.

⁵⁵ BRASIL. Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 352-353.

A busca de uma pretensa “verdade real” que, historicamente, esteve atrelada ao sistema inquisitório serviu de inspiração ao legislador pátrio. Essa iniciativa oficial, todavia, já merecia ferrenhas críticas da doutrina pelo comprometimento de sua imparcialidade, sem a qual não é possível falar em devido processo legal, marco ideológico-político do processo penal democrático.

Segundo Geraldo Prado, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.⁵⁶

Doravante, faz-se imprescindível analisar a nova redação dada ao art. 156 do CPP pela Lei 11.690/2008, merecedora de crítica por exacerbar, inconstitucionalmente, os poderes do juiz no processo penal. Dispõe o art. 156 que:

Aprova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Em sua primeira parte, o referido dispositivo afirma que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Cuida-se de assertiva basilar do sistema acusatório e da divisão das funções quanto às regras do ônus probatório.

Poderia o legislador ter parado por aí, porque estaria respeitando as altas tradições democráticas. Sucede que

⁵⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 136-137

andou mal o legislador ao revelar o obscurantismo de sua tradição inquisitória ao admitir que “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas [...]”. A inconstitucionalidade do referido inciso I do art. 156 é clarividente.

Não se pode acometer aos juízes o poder de investigação, o que pode resvalar para inaceitáveis comprometimentos com teses acusatórias, que está latente nesse dispositivo.

Com acerto prelecionava Aury Lopes Júnior ao tratar, antes da reforma processual de 2008, dentro de outras normas processuais, do art. 156:

Nos centraremos na problemática figura do juiz com poderes instrutórios/investigatórios cujo núcleo está não só no famigerado art. 156 do CPP mas também na possibilidade de o juiz, de ofício, decretar a prisão preventiva art. 311 do CPP, determinar o sequestro dos bens, art. 127 do CPP, decretar a busca e apreensão, art. 242 do CPP; ouvir outras testemunhas, além das arroladas pelas partes, art. 209 do CPP; invocar o MP, no caso de *mutatio libelli* (art. 384), para que providencie o aditamento (para ele condenar é óbvio...); o juiz inquisidor (versão policialasca até) previsto na Lei n.º 9.034 etc.⁵⁷

Ao juiz criminal não pode ser atribuída função institucional de investigação dado o princípio acusatório, bem como em virtude da proibição de o juiz agir de ofício (*ne procedat iudex ex officio*), notadamente diante de a iniciativa acusatória, por expressa determinação constitucional, pertencer ao Ministério Público.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86

Em face dessa inafastável realidade, Eugênio Paccelli de Oliveira entende ser “inconstitucional a mais não poder a nova regra do art. 156, I, do CPP”, assinalando, ademais, com justeza, que:

Por isso, nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado, para fins de preservação do material a ser colhido em fase de investigação criminal. Nem prisão de ofício e nem qualquer outra medida acautelatória, até porque o que deve ser acautelado, em tais situações, é a investigação e dela não há de cuidar e nem por ela responder o órgão da jurisdição.⁵⁸

Andrey Borges de Mendonça considera inconstitucional a determinação *ex officio* de produção antecipada de prova, fundamentando nos seguintes termos:

[...] Por outro lado, claramente inconstitucional a autorização conferida ao juiz para determinar, de ofício, a produção antecipada de provas *antes* do início da ação penal. Realmente, nesta situação ainda não há sequer ação penal instaurada nem mesmo acusação formal veiculada. Portanto, não pode o magistrado violar a sua inércia, atuando como verdadeiro juiz inquisidor.⁵⁹

Não cabe, pois, ao juiz o papel de protetor da investigação. No caso do art. 156, I, do CPP, não foi sequer instaurada a ação penal e, portanto, não havendo, ainda, a provocação da jurisdição criminal, não há que falar em ingerência para coleta antecipada de provas pelo juiz na fase investigatória. Até porque seria ostensivo o comprometimento da imparcialidade do órgão jurisdicional.

⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10 ed. Atualizado de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 288-299.

⁵⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008. p. 164.

A citada norma processual, ao atribuir ao juiz o poder de coletar provas, usurpa a função institucional do Ministério Público de produzir prova para viabilizar a propositura da ação penal pública, cuja titularidade é exclusivamente sua em virtude da previsão constitucional do art. 129, inciso I. Transforma, portanto, o juiz em investigador, o que viola frontalmente, entre as normas constitucionais, a garantia do devido processo legal (art. 5.º, LV, da CF/1988).

No inquérito policial, o papel do juiz é apenas ser garantidor dos direitos fundamentais do acusado, sendo sua função, por exemplo, assegurar as liberdades públicas quando forem injusta e ilegalmente confiscadas. Limita-se, pois, sua interferência na fase inquisitorial ao controle da legalidade das prisões cautelares, da busca e apreensão e das interceptações telefônicas requeridas pelas partes.

Na verdade, está, desse modo, a garantir a concretização da ordem constitucional, que firma no seu art. 5.º, III, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (e, portanto, do investigado), além de assegurar, entre tantas outras garantias, o respeito à liberdade individual (art. 5.º, LXI, LXVI e LXVIII), à inviolabilidade da casa do indivíduo (art. 5.º, XI), à inviolabilidade das comunicações telefônicas, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses legais para fins de investigação criminal e instrução processual (art. 5.º, XII), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5.º, X).

Marcellus Polastri Lima, por sua vez, entende que foi adotado no Brasil, como dogma constitucional, o sistema acusatório puro. A seu ver, então, qualquer ingerência do magistrado na coleta de provas na fase investigatória importa em inequívoca inconstitucionalidade. Até porque, foi

assegurado ao Ministério Público a função de controle da fase investigatória e o seu diligenciamento e, bem assim, a iniciativa da ação penal pública.⁶⁰ Esclarece, por isso mesmo, que o juiz não pode agir de ofício na fase de investigação, como parece demonstrar o multicitado art. 156, I, do CPP, pois seria inconstitucional, dado que em tal fase só poderia agir provocado pelas partes.

Demais disso, ensina que o “princípio da auto-responsabilidade das partes” deflui do ônus da prova, arrematando, em síntese, que “cada parte poderá assumir as consequências de sua inatividade, erros e negligência, em do poder de demonstrar em juízo a prova ou comprovação do ato que lhe interesse”.⁶¹

Seria o caso de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade do art. 156, I, do CPP, se seguisse a mesma linha de entendimento esposada quando julgou procedente, em parte, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.570-2, proposta pelo Procurador-Geral da República, para declarar, parcialmente, a inconstitucionalidade do art. 3.º da Lei 9.034, de 03.05.1995.

Motivou a referida ação direta de inconstitucionalidade a busca e apreensão e de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo juiz.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o sistema acusatório puro está expressamente catalogado na Constituição da República e tem como uma de suas características a atribuição da atividade investigatória preparatória à polícia judiciária e ao Ministério Público. Nesse sentido, a realização de diligência pessoalmente pelo magistrado importaria em um

⁶⁰ LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 21

⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 370.

comprometimento ao princípio da imparcialidade e a consequente inobservância do devido processo legal. O juiz estaria, nesse caso, assumindo as funções de investigador e inquisidor, o que não é possível à luz dos valores constitucionais. A figura do “juiz de instrução” importaria, ademais, em uma mitigação das atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, arts. 129, I e VIII e § 2.º, e 144, § 1.º, I e IV, § 4.º).⁶²

1.4 Breves reflexões sobre a iniciativa probatória do juiz prevista no art. 156, II, do CPP

Faz-se imprescindível, ademais, tecer algumas considerações sobre o art. 156, II, agora com a redação dada pela Lei 11.690/2008. Diz a norma processual, em comento, que poderá o magistrado “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

É conveniente indagar sobre a iniciativa probatória, enfatizada pela Lei 11.690/2008, nesse dispositivo ao juiz criminal. O problema é, justamente, precisar os limites das diligências pessoalmente determinadas pelo magistrado para “dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

A propósito da matéria, Eugênio Pacelli de Oliveira entende que o simples fato de o juiz possuir iniciativa probatória não descaracteriza o modelo acusatório. Refere que, embora seja possível desenvolver atividade probatória para dirimir “dúvida razoável”, não é admissível, em nenhum

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1570-2. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, Ementário n.º 2169-1, *Diário de Justiça* de 22.10.2004.

caso, a adoção de posição “supletiva” ou “subsidiária” da atuação ministerial. Isto porque, além de violação ao sistema acusatório, isto importaria em desrespeito ao princípio da igualdade de armas (*par conditio*), pois o Estado estaria atuando em posição de desigual vantagem. Pacelli, todavia, arguindo razões principiológicas (princípio da inocência, o sistema de garantias individuais, a *par conditio* etc.), entende ser possível, sem maiores restrições, a iniciativa probatória do juiz, quando servir a esclarecimentos ou integração de provas produzidas pela defesa.⁶³

Eugênio Pacelli distingue, assim, a “iniciativa probatória” da “iniciativa acusatória”, repudiando esta última, haja vista que não cabe ao juiz “desigualar as forças produtoras da prova no processo”. Destarte, se o Ministério Público não tiver requerido a produção de um exame de corpo de delito em um crime que deixa vestígios, o juiz não poderia fazê-lo em nome da verdade real, pois estaria atuando em substituição à acusação, ao passo que provas não requeridas pela defesa poderão ser requeridas pelo juiz, de ofício, diante da possibilidade de demonstração da inocência do réu em homenagem à realização efetiva da igualdade de armas, que se pretende material, e não meramente formal.⁶⁴

Se é certo que o sistema privilegia o princípio da liberdade, também o é que outra forma de preservar a ampla defesa do réu no processo penal não é necessariamente a intervenção do juiz criminal em seu favor no sistema acusatório puro.

Reconhecendo-se o fato de o réu estar indefeso pela falta de defesa técnica efetiva, figurando, pois, em manifesta posição de inferioridade em relação ao órgão acusador, cabe

⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, cit., p. 380-381.

⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 389-390.

ao magistrado, sob pena de reconhecimento posterior de nulidade processual, a substituição do defensor público ou do advogado desidioso no exercício de suas funções.

Marcellus Palastrí Lima defende que o ativismo judicial na produção probatória não afronta o sistema acusatório, embora se trate de um “matiz inquisitivo”. Adverte, ademais, a tendência, quer no Brasil ou na Europa continental, de o juiz, uma vez instaurado o processo, poder ser “supletivamente ativo” de modo a evitar um processo baseado na verdade formal e o cometimento de injustiças. Exemplifica com o denominado “sistema acusatório de averiguação ou investigativo processual”, praticado na Alemanha.⁶⁵

Quando se pretende um puro processo penal de partes, ele surge, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, “como uma discussão, uma luta ou um duelo que entre o acusador e o defensor se estabelece, perante o olhar imparcial do juiz”.⁶⁶

O juiz não pode se comprometer psicologicamente com qualquer das versões (acusatória ou defensiva) lançadas pelas partes, o que naturalmente ocorre quando parte em busca de provas, pois ao “apaixonar-se” perde a imparcialidade do olhar. Como costuma acontecer com a paixão amorosa que, quase sempre, turva a visão do real.

Assim, sintetiza, com acerto, James Goldschmidt:

O melhor meio para averiguar a verdade e verificar a justiça é deixar a invocação do juiz e o recolhimento do material processual àqueles que perseguem interesses opostos e sustentam opiniões divergentes; mas desincumbindo-se dessa tarefa aquele que tem de decidir o assunto e garantindo, desse modo, a sua imparcialidade.⁶⁷

⁶⁵ LIMA, Marcellus Palastrí. *Manual de processo penal*, cit., p. 19.

⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 246-247.

⁶⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 73.

Como já dito, em um processo penal de partes, o interesse público da persecução criminal é do acusador público ou o particular, a quem cabe demonstrar com elementos de certeza plena que o réu praticou cabalmente uma conduta típica, antijurídica e culpável. Isto porque, diante das deficiências, insuficiências do conjunto probatório trazido aos autos pela acusação, em favor do réu milita a presunção constitucional de inocência ou de não culpabilidade.

Para a prolação de uma sentença condenatória exige-se, portanto, um alto grau de certeza acerca da prova da materialidade delitiva e da autoria do crime. Justamente por isso o juiz deverá absolver o réu se “não existir prova suficiente para a condenação” (art. 386, VII, do CPP) ou se “não existir prova de ter o réu concorrido para infração” (art. 386, V, do CPP).

Ademais, ao art. 386 do CPP, VI, foi acrescentada pela Lei 11.690/2008 uma hipótese de absolvição fundamentada na dúvida sobre a existência de causas excludentes de antijuridicidade e isenção de pena: “existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1.º do art. 28, todos do CP), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”.

A opção política do legislador nesses casos homenageia as liberdades públicas.

O juiz não está adstrito à busca de uma verdade material ou real inatingível ou, ao menos, inalcançável, dadas as limitações demasiadamente humanas. Quando esta é obsessivamente desejada, exsurgem-se, em geral, totalitarismos judicantes de toda ordem.

O juiz criminal, portanto, está adstrito à verdade processual, ou seja, àquela refletida nas provas que foram produzidas pelas partes, carreadas aos autos e por isso mesmo atingível, devendo justificar o seu convencimento *iuxta alligata atque probata*.

A reconstrução histórica do crime será sempre limitada às versões mediatizadas pela linguagem, trazidas ao debate judicial pelas partes. É humanamente impossível que a síntese, materializada na sentença penal, das teses antitéticas possa ser sempre espelho da verdade histórica.

Se o sistema admitisse a investigação oficiosa da verdade dos fatos, na seara penal, perderia toda a razão de ser da repartição do ônus da prova, que não pode ser entendida senão como sustentáculo do princípio dispositivo. O “ativismo judicial” quanto à produção de provas não se justifica no modelo acusatório.

É certo que o juiz não está amordaçado, nem paralisada está a sua função judicante diante da dúvida. Pois a dúvida só pode existir diante de provas já produzidas. As incertezas não surgem do nada. O nada nada gera. O juiz pode apenas, por meio de uma “hermenêutica dos fatos”, encontrar meios de sair do estado de dúvida sobre a prova já produzida. Redigase, ademais, se nada foi produzido pelas partes, não cabe ao magistrado suprir as deficiências da partes a pretexto da busca da verdade real.

No capítulo I, do Título VIII, da redação final do Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, apresentada pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal (anexo ao parecer n. 1.636, de 2010), situa-se o art. 165, que trata da matéria atualmente disciplinada no art. 156 do CPP.

A redação está afinada com o princípio acusatório e reflete, nesse particular aspecto, o entendimento esposado neste livro: “Art. 165. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4.º”.

O juiz só está autorizado a esclarecer dúvida, portanto, exclusivamente sobre a prova devidamente carreada aos autos pelas partes e não substituir-se às suas atividades. Não se trata de reduzir a função jurisdicional, mas de velar pelo seu distanciamento e pela preservação de suas funções típicas.

O Código Tipo estabelece disposições profundamente democráticas e que servem à melhor realização da justiça. No livro primeiro, por exemplo, o art. 2 trata do “Juiz imparcial”, enquanto o art. 2 dispõe sobre o “Tratamento do acusado como inocente”, concluindo que “*La duda favorece al imputado*”. Veja-se:

2. Juez imparcial. El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales independientes de los poderes del Estado, sólo sometidos a la ley. La ejecución penal estará a cargo de un tribunal judicial.[...]

3. Tratamiento del imputado como inocente. El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades. Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que este Código autoriza; tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. La duda favorece al imputado.⁶⁸

Observe-se, agora, o que consta na Exposição de Motivos do Anteprojeto de reforma do Código de Processo penal brasileiro:

⁶⁸CODIGO Procesal Penal Modelo para Iberoamerica. Disponível em: www.cejamericas/nexos/62/es/imagenes/textocodigoprocesalpenal.pdf. Acesso em: 05.02.2011.

A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão *transindividual*, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. [...] A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional.⁶⁹

É certo, também, que “Las modificaciones jurídicas, como las procesales, no son remedios milagrosos para el país y para la justicia, porque de por sí las leyes nada componen, ni son el sálvalo todo. Es el espíritu de los hombres el que les da vida y posibilidad de vivir”.⁷⁰

Para além disso, sendo insuperável o estado de incerteza que domina o espírito do julgador, diante da prova não produzida, deve o juiz criminal ter em linha de princípio o *in dubio pro reo*, que, além de ser um *topoi*, um lugar-comum da argumentação em favor do réu, legitimado a partir da “opinião de todos, da maioria, ou dos mais sábios”, isto é, no *common sense*, também, foi estabelecido pela dogmática processual penal. Além de se tratar da execução compreensiva de valorações já postas no sistema jurídico, eis que decorrência

⁶⁹ BRASIL. Senado. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal/ Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. p. 16.

⁷⁰ AYARRAGARAY, Carlos A. *El destino del derecho procesal al término de la guerra*. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor, 1945. p.32

lógica da regra prevista nos arts. 156, primeira parte, e 386, VII, do CPP.

Assim, diante da incerteza sobre a verdade dos fatos relevantes para condenar ou absolver, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro reo*:

La falta de la prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia (Gomes Orbaneja). Por tanto, en el caso de duda o de incertidumbre, ha de resolverse a favor del acusado. Y como ya dice la mayoría de la doctrina (Gutierrez de Cabiedes, Ortells, Vegas...) ello debe ser así, tanto si que la duda o incertidumbre afecta a hechos constitutivos (por ejemplo hay dudas sobre la participación del acusado en el homicidio), como si refiere a hechos impeditivos o extintivos (por ejemplo, incertidumbre sobre la concurrencia o no de la eximente de legítima defensa en el homicidio cometido por el acusado-debe haber auténtica duda o incertidumbre, no siendo suficiente la alegación del hecho impeditivo o extintivo por parte del acusado).⁷¹

Na mesma linha de inteligência, Nestor Távora e Rosmar Antonni ensinam:

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incisos II, V e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição.⁷²

⁷¹ TOME GARCÍA, José. *Derecho procesal penal*. Madrid: Ramón Areces, 2002. p 463.

⁷² ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 3 ed. rev. atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. p. 325.

Além disso, há outro tópico digno de consideração: *quod non est in actis, non est in mundo*, ou seja, “o que não está nos autos, não está no mundo”. Deve, assim, o juiz decidir a causa de julgar conforme o estado do processo, de acordo com o que foi alegado e provado, uma vez que aquilo que não estiver nos autos não deverá ter existência para o julgado.

De igual modo, impende consignar a máxima *ne procedat judex ex officio*. Não compete ao juiz, em um sistema acusatório, investigar de ofício a verdade sobre as hipóteses ventiladas no processo criminal pelas partes. Não cabe pois ao magistrado recolher por ele mesmo o material que servirá à formação de seu convencimento sobre a existência ou não do crime.

O brocardo *ne procedat judex ex officio*, lugar-comum da interpretação jurídica, proíbe ao magistrado proceder de ofício, isto é, tomar a iniciativa nos atos processuais.

No modelo inquisitório, o magistrado tem o poder (dever) de proceder de ofício, notadamente em relação à coleta de provas, na sua juntada ao processo e posterior valoração. A categoria da “verdade real” coaduna-se com o sistema inquisitivo. Os prejuízos decorrentes desse sistema decorrem da perda da imparcialidade judicial, como já mencionado. O inquisidor acusa e julga. O acusado é despojado de sua condição de sujeito de direitos e passa ser um mero objeto de investigação na paranoica busca da verdade real.

Tal disputa desigual não se compatibiliza com o sistema constitucional brasileiro, apesar dos vestígios inquisitoriais presentes na legislação infraconstitucional, que devem ser depurados.

Se ao magistrado fosse permitido colher a prova que irá subsidiar a sua sentença ou deflagrar o processo contra o réu, a segurança jurídica restaria, seguramente, comprometida pois naturalmente criaria uma vinculação indesejável com a

prova por ele produzida, podendo padecer de uma estreiteza mental que o impediria de julgar equilibradamente o caso.

O ranço autoritário ainda presente na redação de alguns artigos do Código de Processo Penal brasileiro muito contribui, lamentavelmente, para a solidificação de farta jurisprudência⁷³ que reconhece a possibilidade de diligências serem determinadas oficiosamente pelo magistrado.

Quando a Constituição Federal da República de 1988 explicitamente estabeleceu, no art. 129, VIII, a atribuição do Ministério Público para requisitar diligências investigatórias, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, por via reflexa, impossibilitou a determinação de diligências de ofício pelo magistrado para coleta de

⁷³ Vejam-se, a propósito, os julgados que dão conta do fascínio exercido pela busca de uma suposta verdade real: “É pacífico na doutrina e na jurisprudência que o juiz criminal, hodiernamente, não é figura estática no duelo judiciário, cabendo-lhe o dever de pesquisar a verdade, se não estiver satisfeito com as provas produzidas pelas partes. E o art. 502 do CPP autoriza o magistrado a converter o julgamento em diligência para suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade”. TACRIM-SP. Correição Parcial Rel. Manoel Pedro. *RT* 456/429. “No uso de seus poderes de instrução, cabe ao juiz segundo lhe pareça conveniente ao esclarecimento da verdade, de ofício ou a pedido da parte.” TACRIM-SP. Apelação. Rel. Nogueira Camargo. *JUTACRIM-SP* 54/234. “A conversão do julgamento em diligências para a ouvida da testemunha da qual a acusação desistirá constitui faculdade expressamente deferida ao juiz pela legislação processual penal e, portanto, quando utilizado, não acarreta nulidade, nem cerceamento.” TACRIM-SP. Apelação. Rel. Haroldo Luz. *Rolo flash* 922/296. “O processo penal, ao contrário do civil, não transige com a busca da verdade real. O juiz pode determinar a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução.” STJ. *RT* 683/361-2. “O despacho determinando diligências na forma do art. 502 do CPP é interlocutório, que a lei não obriga seja conhecido das partes.” TJDF. Apelação 1.476. Rel. Cândido Colombo. *DJU* 05.08.1974, p. 3900. “No processo penal, em que sobreleva a sistema de apuração da verdade substancial, de que é corolário o princípio da investigação, tem o juiz a faculdade de ouvir outras testemunhas além das arroladas pelas partes, podendo inquiri-las mesmo encerrado o sumário e oferecidas as alegações finais.” STJ. Recurso Especial. Rel. Vicente Leal. *DJU* 09.12.1996. *RT* 739/570. “O requerimento de conversão do julgamento em diligência pelo representante do Ministério Público após a fase do art. 499 do CPP é em tese inadmissível. Porém, se o magistrado acolhe e encampa como seu o pedido, determinado a produção de prova como sendo do interesse do Juízo, não há que se falar em nulidade, pois na busca da verdade real e presente o critério da livre convicção, o juiz dispõe de faculdade instrutória.” TACRIM-SP. Habeas Corpus. Rel. Gonzaga Francheschini. *RT* 633/296.

provas, visto que nenhuma extensão de tais poderes lhe foi conferida, constitucionalmente.

Defende-se *ad nauseam* a premente necessidade de fazer um redimensionamento da legislação processual brasileira, inclusive do art. 156 do CPP, às fronteiras da Constituição Federal de 1988, bem como às garantias judiciais previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), principalmente aquela que prevê o direito de o acusado ser ouvido por um juiz imparcial e independente (art. 8.º, 1 da CADH) e, bem assim, o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa (art. 8.º, 2, da CADH). São importantes documentos que dão conta de todo o espaço democrático de uma nação inteira.

1.5 Limites à iniciativa probatória do juiz criminal na experiência brasileira

A iniciativa probatória do órgão judicial na experiência brasileira vulnera o princípio acusatório, ensejando uma ruptura valorativa no sistema processual. Consoante já evidenciado, à saciedade, a estrutura nuclear do sistema acusatório reside na gestão da prova, que está a cargo restritivamente da acusação e da defesa.

Partilha-se do entendimento expresso por Luigi Ferrajoli, para quem na tradição liberal democrática o direito e o processo penal são instrumentos ou condições de democracia apenas na medida em que sirvam para minimizar a violência punitiva do Estado e constitua para tanto – antes que um conjunto de preceitos destinados aos cidadãos e limitadores de sua liberdade – um conjunto de preceitos destinados aos poderes públicos e de limitações impostas ao seu poder punitivo, equivale a dizer, um conjunto de garantias

fundamentais do cidadão perante o arbítrio e o abuso da força por parte do Estado.⁷⁴

A iniciativa instrutória do juiz penal é defendida por Ada Pellegrini Grinover, visto que para ela a visão do Estado Social não comportaria a posição passiva e conformista do juiz, referenciado por princípios essencialmente individualistas. Fundamenta dizendo que a pacificação social almejada pela jurisdição estaria em risco se o juiz permanecesse inerte.⁷⁵

Apesar de Grinover defender o uso dos poderes instrutórios do juiz, reconhece haver balizas intransponíveis à iniciativa oficial, asseverando que tais poderes encontram seus limites na rigorosa observância do contraditório, na obrigatoriedade de motivação das decisões e na exclusão das provas ilícitas e ilegítimas, isto é, nos limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.⁷⁶

Nestor Távora e Rosmar Antonni, com justeza, chamam atenção ao fato de que:

Não se deve descurar, entretanto, que a busca da verdade, processual ou material, assumindo esse ponto aproximativo, não pode levar o magistrado a refugar o seu papel constitucional, travestindo-se em juiz inquisidor e perdendo a necessária imparcialidade para apreciar o feito. O ténue limite entre a busca da verdade e a fronteira de resguardo ao sistema acusatório e a repartição de poderes deve ser reavivado, a fim de evitar arbitrios e impedir que a prova produzida pelo juiz que perdeu os limites da fronteira, venha transmutar-se em prova ilícita.⁷⁷

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Justicia penal y democracia*. El contexto extra-procesal. Palestra apresentada em Buenos Aires e publicada na *Revista Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 4, p. 3, 1998.

⁷⁵ Para uma exposição detalhada desta matéria, vide GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, São Paulo, n. 68, p. 13-25, jan.-jul. 1999.

⁷⁶ Idem, *ibidem*.

⁷⁷ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 3 ed. rev. atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. p. 327.

As opções hermenêuticas que apontam os limites à instrução probatória de ofício pelo magistrado constituem opção política pelo respeito às tradições democráticas e, por conseguinte, ao plexo de garantias fundamentais do particular diante do arbítrio punitivo, da proibição do abuso de força, praticado em nome do Estado por seus órgãos.

A democracia do Brasil ainda não foi, substancialmente, consolidada. Formalmente, a democracia está matrimoniada com o país, mas na prática raramente se concretiza a democratização de oportunidades. Não poderia ser diferente no processo penal. A cultura processual brasileira conta um pouco da história de sua (in)civilidade.

A democracia substancial ainda é sonho a ser realizado. O processo de redemocratização do País ainda está em curso, pois há pouquíssimo tempo se livrou dos autoritarismos ditatoriais. Por conta das tristes reminiscências históricas, não se transige com o sistema inquisitivo. Impossível, pois, atribuir, velada ou explicitamente, ao juiz a função de inquisidor.

1.5.1 Sobre a posição do juiz na produção da prova no processo penal garantista

Evidentemente, a Constituição Federal da República consagrou o sistema acusatório, responsável pela gestão do processo penal, justamente por estar comprometida com a edificação de uma sociedade democrática, respeitadora dos direitos fundamentais, com o mais absoluto respeito à dignidade do réu, que não é “res” nem “rei”.

A posição do juiz na relação processual é órgão *super partes*.⁷⁸

⁷⁸ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 211.

No processo penal de partes, não se pode fugir da definição de Búlgaro, para quem *iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*.

Os princípios do devido processo legal (art. 5.º, LIV) – *due process of law* –, da ampla defesa (art. 5.º, LV, LVI e LXII), do tratamento paritário das partes (art. 5.º, *caput* e I), da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV), da presunção de inocência (art. 5.º, LVII), a garantia do acesso à justiça (art. 5.º, LXXIV) e do juiz natural, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, LVI), a publicidade dos atos processuais e a motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e outros princípios processuais previstos no art. 5.º da *norma normarum*, além da disciplina do art. 129, I e VIII (São funções institucionais do Ministério Público I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei e VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais), informam a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988.

A separação das atividades de acusar e julgar – *nullum iudicium sine accusatione* – é a pedra angular do sistema acusatório, de feição garantista. Ao Ministério Público, nas ações penais públicas, ou ao querelante, nas ações penais privadas, compete desincumbir-se do ônus probatório.

Explica Luigi Ferrajoli que é inadmissível a confusão de papéis entre os sujeitos processuais: “Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes”.⁷⁹

Sobre os papéis desempenhados pela acusação, defesa e julgador é que se exprimem os diversos estilos processuais, como assevera Ferrajoli:

⁷⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 489-490.

desde o estilo acusatório em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa, ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas⁸⁰.

Não é papel do magistrado a busca da suposta “verdade real”. Muito dessa oficiosidade desmesurada na produção de prova, que diuturnamente se percebe na práxis penal, expressa a busca de algo impossível à mísera condição humana. A verdade denota uma ideia de totalidade, inalcançável à sua apreensão.

Há tanto tempo já vaticinava Carnelutti: “O todo é demais para nós”. A verdade real é mito, senão metáfora!

Continuar insistindo na crença de uma verdade material é permitir que se perpetuem desmandos inquisitoriais, de feição notadamente antiguarantista. A verdade que vige no processo penal é a judicial. A precariedade que caracteriza o humano não permite a garantia, não obstante a reconstrução histórica do crime, de que se alcançará a verdade verdadeira. Não é possível, pois, apreendê-la nesses moldes.

Reconhecida a impossibilidade de atingir a verdade, no lugar dela Carnelutti propõe que se busque e investigue a certeza no processo:

Em síntese, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos a tentar compreender, por que Cristo disse: “Eu sou a verdade”. Portanto, a minha estrada, começada por

⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 489-490

atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da verdade pela da certeza.⁸¹

Sobre tal assertiva, comenta Dussel: “No fundo é bom que se diga desde logo, não vai mudar muito; mas vai, definitivamente, colocar o espelho diante daqueles que nele devem enxergar-se”.⁸²

As partes produzem as provas. O papel do juiz é julgar. É uma obviedade alarmante, mas ainda incompreendida. No sistema processual acusatório, o papel do juiz é de equidistância.

Na mesma senda, Amilton Bueno ensina: “Assim, não se vislumbra, seja no plano da legalidade, seja no do sistema democrático, seja no da ética fundamento para que o judiciário esteja a serviço de produção de provas – sejam quais forem – pela acusação”.⁸³

Sob a rubrica “Ética Judicial” do Estatuto do Juiz Iberoamericano, está situado o art. 40 que dispõe sobre os limites impostos à magistratura na averiguação da verdade: “Art. 40. Limites na averiguação da verdade. Os juízes deverão servir-se apenas dos meios legítimos que o ordenamento põe à sua disposição para buscar a verdade dos fatos nos casos sob sua responsabilidade.”⁸⁴

Observe-se que as limitações às iniciativas do juiz criminal são decorrência lógica do sistema processual acusatório e, também, resultam de exigências éticas concretas.

⁸¹ CARNELUTTI apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Mirando. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. *Revista de Estudos Criminais*, n. 14, p. 79.

⁸² DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação*. São Paulo: Loyola-Unipeb, 1986. p. 196-197 e 199.

⁸³ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003. p. 150.

⁸⁴ ATIENZA, Manuel. *Código Ibero-americano de ética judicial*. Brasília: CJF, 2008. p. 57.

Na apresentação do Código Iberoamericano de Ética Judicial, refere-se que na Exposição de motivos figuram diversas considerações no sentido de justificar a sua adoção. Entre as razões previstas no diploma aludido estão as seguintes:

[...] 2. Uma vez que o Direito incorpora deveres para o juiz em relação às condutas mais significativas para a vida social, a ética pretende que o juiz assuma a consciência de sua obrigatoriedade, mas, além disso, requer um compromisso superior no que se refere à excelência e à conseguinte rejeição da “mediocridade” judicial.

3. A adoção de um Código de Ética Judicial pode implicar à sociedade uma mensagem acerca do nível de consciência da crise de legitimidade de que a autoridade política, em geral, e a judicial, em particular, padecem no espaço ibero-americano. Daí a decisão de procurar recuperar a confiança cidadã por meio desse compromisso voluntário com a excelência no serviço.

4. A incumbência de que o juiz, ao assumir voluntariamente sua função, aceitou não somente os benefícios a ela atribuídos, mas também as exigências que supõem e que resultam superiores às de um cidadão comum. Daí o fato de que se peça ao juiz para que ele não apenas “seja”, mas também “pareça” correto na prestação de seu serviço, afastando qualquer desconfiança razoável que possa ser suscitada na sociedade que lhe conferiu o poder jurisdicional.[...]

7. As diversas profissões têm o seu exercício tradicionalmente balizado pela importância da idoneidade ética daqueles que as desempenham. No caso do juiz, esse fato ganha maior importância dado o poder discricionário que o Direito vigente lhe proporciona em algumas ocasiões.[...]

11. O Código pode significar um estímulo para fortalecer a vontade de cumprimento de deveres por parte de alguns juizes não inclinados a isso.

12. O Código consagra pautas éticas objetivas, o que é importante para que os serventuários e os indivíduos em geral possam identificar quem são os bons e os maus juizes (e os mediocres) e exigir as responsabilidades cabíveis. [...]⁸⁵

⁸⁵ ATIENZA, Manuel. *Código Ibero-americano de ética judicial*. Brasília: CJP, 2008. p. 10.

Nas palavras de Jacinto Miranda Coutinho, o novo juiz deve estar ciente das “armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe”, sobretudo “no processo penal não pode estar alheio à realidade; precisa dar uma chance (questionando pelo seu desejo) a si próprio, tentando realizar-se, e a partir daí aos réus, no julgamento dos casos penais. Acordar para tal visão é encontrar-se com seu novo papel”.⁸⁶

1.5.2 Acórdãos paradigmáticos

O que foi sinalizado, abstratamente, ganhará concretude por meio de uma análise fenomenológica e exemplificativa dos acórdãos paradigmáticos de relatoria, da lavra do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Amilton Bueno de Carvalho.

A eleição de tais acórdãos se deu em razão da defesa da consolidação de um processo penal democrático, que passa necessariamente pela adoção de sistema acusatório. Evidentemente, o local onde os intérpretes se posicionam no “mundo da vida” e o espaço onde se movem refletem na visão sobre o assunto. O olhar constrói. Não se trata, todavia, de visão obnubilada pelas marcas da profissão, até porque as posições são transitórias e o compromisso com a ciência jurídica estará sempre presente.

Muito mais importante é a defesa da ampliação do direito à liberdade e a concretização da denominada dogmática penal garantista, desenvolvida em teoria e na prática de uma hermenêutica, igualmente garantista. Se o discurso se distanciasse da aplicação do direito, teríamos hipocrisia e dela se deve fugir.

⁸⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). *Crítica à teoria geral do processo penal*, cit., p. 49.

Para Amilton Bueno de Carvalho, enxergar a lei penal a partir do ponto de vista do mais fraco demanda uma dúplice diretiva: “na direção punitiva/perseguidora a interpretação deve ter força centrípeta, isto é, a imantação é para o núcleo do texto, restritivamente (o menor sofrimento possível ao acusado, diria Ferrajoli)” e, “no entanto, quando para beneficiar o débil no direito penal entendo que a interpretação deve ter força centrífuga: dirigida para fora, na direção libertária”.⁸⁷

Não se deve afastar, pois, dessa compreensão de que a força hermenêutica deve ser aplicada no mais profundo respeito aos direitos do réu, a parte mais frágil da relação processual penal.

Merecem referência trechos de alguns acórdãos, com inteira cabida à matéria em comento:

Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos constitucionais sustentadores do Sistema Processual Penal Acusatório. A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob o amparo da busca da verdade real, é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa [...] Ordem concedida, por unanimidade.⁸⁸

O trecho transcrito do acórdão coaduna-se, justamente, com a defesa feita, ao longo da exposição. É evidente a incompatibilidade da produção de prova de ofício pelo magistrado e o sistema acusatório. O juiz não pode se mover, no tocante à produção da matéria probatória contenciosa, sem que tenha sido provocado pelas partes, valendo os brocardos *Nemo iudex sine actore* e *Ne procedat iudex ex officio*.

⁸⁷ Cf. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*, cit., p. 200.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5.ª Câmara Criminal, *Habeas Corpus* 70003938974, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 24.04.2002.

A democracia processual exige o respeito ao princípio da inércia como corolário do princípio do devido processo legal. Quando estiver em jogo a produção de provas, não se deve acometer o impulso processual ao magistrado. Imparcialidade e equidistância são imprescindíveis à jurisdição penal, para que não perca a objetividade e independência que legitimarão a decisão condenatória ou absolutória, ao fim da instrução criminal.

O perigo é que o ativismo judicial traga inelutáveis prejuízos à defesa, desequilibrando as regras do jogo/jugo processual. É da essência do sistema acusatório que o *onus probandi* pertença às partes.

Em um outro acórdão de relatoria da lavra de Amilton Bueno de Carvalho, firma-se o entendimento de que o órgão acusador, sendo parte, não pode exigir que o próprio Poder Judiciário requisite diligências, se o próprio Ministério Público pode fazê-lo:

O mito que o processo penal mira a verdade real está superado. A busca é outra: julgamento justo ao acusado (lições de Aduino Suanes e Luigi Ferrajoli). O papel do Juiz Criminal é de equidistância: a aproximação entre o acusador e o julgador é própria do medieval inquisitório. Correição parcial im procedente.⁸⁹

Causa repugnância a figura do juiz inquisidor no sistema acusatório. O magistrado é aquele que é chamado a julgar por imperativo profissional. Não lhe cabe padecer de crises de identidade. Acusação e juízo não se confundem na perseguição. Compete ao Ministério Público enquanto parte diligenciar e produzir as provas que servirão de lastro à sua tese acusatória.

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5.^a Câmara Criminal, Correição Parcial 70002028041, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 20.12.2000.

Refere o mencionado relator do acórdão que não se admite que o Ministério Público se valha do Poder Judiciário “como se fosse seu oficial de diligências”:

O Ministério Público, em seu esplendor, não pode se sujeitar a pedidos menores. Deve, por ele mesmo – repito, grande que é – requisitar o que entender necessário. Aliás, sabe-se do esforço da instituição em suprir seus agentes com instrumental necessário (e indispensável na direção democrática) à sua independência!⁹⁰

Não pode, nessa seara, o juiz suprir as deficiências e insuficiências de atuação ministerial. Juízes há que, embaixo da toga, vestem a camisa do Ministério Público. Permitir furos sistemáticos para que o juiz trabalhe a serviço da acusação é aceitar que magistrados, que ainda não se sentem confortáveis na pele de órgão julgador, dispam-se da toga para realizar seus fetiches punitivistas. Não seria ético, tampouco democrático.

Superado está o mito da busca da verdade real.

Demais disso, em outro acórdão, Amilton Bueno de Carvalho reconhece que o art. 384 do CPP, ao tornar o juiz inquisidor, ataca a Constituição: “Prova oral policial – por medieval – não pode autorizar a condenação, pena de agressão à democracia processual. Negaram provimento ao apelo do Ministério Público e decretaram nulidade parcial do ato decisório”.⁹¹

Neste acórdão, a Corte explicita o entendimento no sentido de serem inconstitucionais as providências do *caput* do art. 384 do CPP por transformarem o juiz em acusador.

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5.ª Câmara Criminal, Correição Parcial 70002028041, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 20.12.2000.

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5.ª Câmara Criminal, Apelação Crime 70000936716, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 10.05.2000.

Refere, ainda, que, na doutrina, o Desembargador Aramis Nassif segue a mesma linha de entendimento acerca da *mutatio libeli*, defendendo “a grave inconstitucionalidade do art. 384, CPP”. O relator da apelação criminal entende ser nula a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, no que tange à providência aludida.⁹²

O processo deveria ter sido julgado no estado em que se encontrava em face da inércia ministerial em não oferecer o aditamento. Como é o *Parquet* quem ambiciona a condenação, deverá tomar as providências para demonstrar cabalmente, em juízo, a materialidade e autoria delitiva.

Conclui o relator que “a condenação estaria amparada, então, em elementos coligidos na fase negra – a inquisitorial, o que não se admite num sistema acusatório razoavelmente democrático: eis seu valor é igual a zero”.⁹³ Os desembargadores acordaram em, assim, determinar o retorno dos autos ao primeiro grau, ante a decretação de nulidade do despacho que determinou providência do art. 384 do CPP, para que o juiz julgasse o processo no estado em que se encontra em relação ao apelado.

Cabe ao Ministério Público, como órgão acusador, provar e afastar as dúvidas que, eventualmente, surjam ao longo da instrução criminal e que afetem a hipótese contida na denúncia. Quando não conseguir se desincumbir do seu ônus probatório, e, portanto, inexistindo provas suficientemente claras para autorizar a decisão condenatória, impõe-se a absolvição do réu, quer pela fragilidade probatória, quer por sua ausência.

⁹² Cf. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*, cit., p. 161-162.

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5.^a Câmara Criminal, Apelação Crime 70000936716, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 10.05.2000.

2 Ativismo judicial no processo penal brasileiro

Neste capítulo, serão tecidos comentários sobre o ativismo judicial no processo penal, questionando se se afigura como avanço ou involução autoritária. Será cotejado tal fenômeno no âmbito do processo civil, quando, também, se tratará da inviabilidade de uma teoria geral do processo. Conclui-se que no processo civil é possível aceitar uma posição mais ativa do juiz no campo probatório, enquanto na seara processual penal o ativismo judicial oficioso não é tolerável pelas razões que serão declinadas.

Para lograr uma compreensão mais ampla sobre os limites constitucionais à iniciativa do juiz no processo penal democrático, aborda-se, ainda, a decretação de prisão preventiva *ex officio* pelo juiz criminal, durante o inquérito policial, prevista no art. 311 do CPP, defendendo que se afigura como hipótese de revogação por ausência de recepção pela Constituição Federal de 1988. Analisa-se a matéria à luz de exemplos da casuística penal e de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que concretizam o princípio acusatório.

Demais disso, lança-se à reflexão breve notícia sobre a reforma do Código de Processo Penal, apenas, no que diz respeito aos pontos essenciais em que o Projeto de Lei do Senado 156 tem algo a contribuir acerca das questões da dogmática processual penal contemporânea aqui enfrentadas.

2.1 Considerações sobre a inviabilidade de uma teoria geral do processo

Faz-se imprescindível uma breve digressão para tratar, ainda que sucintamente, sobre a inviabilidade de uma teoria geral do processo e, assim, justificar a linha de pensamento defendida neste trabalho.

Ada Pellegrini Grinover refere que, assim como a jurisdição é una, enquanto expressão do poder estatal (igualmente uno), o direito processual também o é, enquanto sistema de princípios e normas e garantias constitucionais para o exercício da jurisdição. Para ela, “a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar”. Aduz, inclusive, que no âmbito do direito comparado já é possível invocar casos de regulamentação unitária de ambos, como são exemplos o *Codex iures canonici*, de 1917; Código Processual sueco, de 1942; Código do Panamá e o Código de Honduras.⁹⁴

Outros argumentos frequentemente arguidos pelos defensores de uma teoria geral do processo seria o fato de a Constituição, quando da fixação da competência legislativa da União e Estados, ter utilizado a expressão direito processual civil e direito processual penal. De mais a mais, “os principais conceitos atinentes ao direito processual, como os de jurisdição, ação, defesa e processo, são comuns aqueles ramos distintos, autorizando assim a elaboração científica de uma teoria geral do processo”.⁹⁵

A brevíssima alusão ao tema visa apenas justificar a linha argumentativa que se desenvolveu ao longo deste livro,

⁹⁴ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 48.

⁹⁵ Idem, *ibidem*.

eis que os limites à sua realização não possibilitam uma visão mais detalhada. É inviável e indesejável a consideração unitária do processo penal e do processo civil, dado que, muito além de meras exigências pragmáticas, cuida-se de fenômenos distintos, cujas especificidades são nítidas, não se amoldando a uma redução simplificadora.

Até mesmo a formação dos magistrados criminais e civilistas deveria ser diferenciada, desde a fase seletiva do concurso público até os cursos de formação profissional.

A colocação funcional de um juiz criminal em um processo não é a mesma de um juiz cível; nem poderia sê-lo, visto que a natureza da pretensão sobre o qual incidirá o seu julgamento é inteiramente diversa.

No processo penal tem-se a pretensão punitiva estatal que pode resultar no drástico e degradante sancionamento com a pena privativa de liberdade (intervenção jurídica máxima na esfera de liberdade do cidadão).

Se é certo que o Estado tem o direito de punir o condenado, também é que tal punição só se justifica se restar garantida, ao longo da instrução processual, a eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado. Sobre o processo civil, por seu turno, “é o que não é penal e por meio do qual se resolvem conflitos regulados não só pelo direito privado, como também pelo direito constitucional, administrativo, tributário, trabalhista etc.”.⁹⁶

O conteúdo axiológico das normas processuais civis, portanto, reflete situações inteiramente diversas, que constroem microssistemas com peculiaridades tais que negam a unidade fundamental do direito processual.

⁹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 49.

Diga-se, *en passant*, que no direito processual penal também há a trilogia estrutural: ação, jurisdição e processo. Toda ela iluminada por uma principiologia: princípios relativos à jurisdição (imparcialidade, juiz natural, indeclinabilidade e inércia), princípios relativos à ação (oficialidade e obrigatoriedade) e princípios relativos ao processo (contraditório, verdade material, livre convencimento).⁹⁷

Além da transcendental relevância para compreensão da matéria, tais princípios gerais, em sua grande maioria, estão explicitados na Constituição Federal da República, que é o fundamento de validade das normas processuais, quer penais, quer civis. Todavia, o labor hermenêutico concretizará tais princípios a partir de uma leitura diferenciada, dependente do espaço em que se move o magistrado. A natureza dos conflitos postos em juízo é inteiramente diversa.

Como adverte Eugênio Paccelli de Oliveira:

Por mais surpreendente que possa parecer, no processo civil pode-se perfeitamente aceitar uma posição mais atuante do juiz no campo probatório, tendo em vista que ali, em tese, desenvolvem-se disputas entre partes em condições mais próximas de igualdade. Entretanto, mesmo ali, tratando-se de determinadas relações jurídicas em que a própria lei reconhece a posição de desigualdade com referência a uma delas, como ocorre nos processos relativos à tutela de interesses difusos e coletivos (consumidor, sobretudo), a solução vem na própria legislação, com inversão do ônus probatório, por exemplo.⁹⁸

⁹⁷ Para uma visão aprofundada da matéria, sugere-se ao leitor à proveitosa leitura de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Texto apresentado na comissão de estudos criada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Instituto Max Planck, de Freiburg, Alemanha, no projeto “A justiça como garantia dos direitos humanos na América Latina”, em maio de 1998.

⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover reconhece, não obstante sua defesa da unidade fundamental do direito processual, a diferença entre eles. No processo civil, segundo Grinover, há fatos incontroversos, sobre os quais se admite a prova, resumindo-se a controvérsia a uma questão de direito; contudo, no processo penal tradicional, não é possível haver convergência das partes sobre os fatos. Destarte, explica a autora que, ainda estando juiz penal diante de fatos incontroversos, sempre deve pesquisar, pois, ao determinar a produção da prova, o conduzirá ao “conhecimento dos fatos da maneira mais próxima possível à certeza”.⁹⁹

Assiste razão à Ada Pellegrini Grinover quando afirma não há nenhuma razão para continuar distinguindo “verdade real” e “verdade formal”, entendendo-se a primeira como própria do processo penal e a segunda, típica do processo civil. Grinover assegura, também, que o conceito de verdade não é ontológico ou absoluto. Mesmo porque, tanto no processo penal como no processo civil, o juiz só pode partir em busca de uma verdade processual, “que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza”. Conclui a processualista que, “para que chegue a esse estágio, deverá ser dotado de iniciativa instrutória”.¹⁰⁰ Todavia, não se pode concordar com a conclusão da autora, pois não decorre logicamente do desenvolvimento de sua premissa. É que, no fundo, ela continua trabalhando com a categoria da verdade real.

É especificamente no ponto da iniciativa instrutória oficial que mais se torna questionável o papel ativo do juiz.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2002/maio/1005/ARTIGOS/A05.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2007.

¹⁰⁰ Idem, ibidem.

Em processo civil, o ativismo judicial não é de maneira nenhuma prejudicial às partes. O juiz “não pode por isso ser obrigado a satisfazer-se com a atividade das partes, mesmo no processo civil dispositivo”.¹⁰¹

Em defesa de uma “visão publicista do processo” e da “sensibilidade para com a sua função social”, Grinover entende que a iniciativa probatória do juiz não embaça a sua imparcialidade, apenas assegura o verdadeiro equilíbrio processual e proporciona a apuração mais completa dos fatos. No seu entendimento, embora a verdade seja um conceito absoluto e dificilmente atingível, o juiz deve diligenciar para alcançar o maior grau de probabilidade possível, aduzindo, então, que, quanto maior sua iniciativa probatória, mais perto da certeza o juiz chegará. Sintetiza o pensamento: “Ao juiz não importa que saia vencedor o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão”.¹⁰²

Arremata a autora que: “Pacificar com justiça é a finalidade social da jurisdição” e, justamente, por essa razão, “quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da paz social”.¹⁰³

O centro neural da questão é que a missão de “pacificar com justiça”, na seara da prática forense penal, é frequentemente identificado como sinônimo de “perseguir com injustiça”. E o resultado do ativismo judicial será nefasto se antigarantista. É certo que o homem é o destinatário final da aplicação do direito, mas a condenação penal é, indubitavelmente, mais degradante do que qualquer outra por suprimir, em geral, o bem jurídico supremo da liberdade.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2002/maio/1005/ARTIGOS/A05.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2007.

Partilha-se da compreensão do tema lançado por Clara Maria Roman Borges, para quem os elementos que estruturam a teoria geral do processo penal diferenciam-se, essencialmente, daqueles que estruturam a teoria geral do processo civil, uma vez que os princípios unificadores de tais teorias são diversos.¹⁰⁴

2.2 Ligeiras digressões sobre o ativismo judicial no processo civil

A tradição do direito romano consagrou a fórmula *da mihi factum, dabo tibi ius*. Dá-me o fato e dar-te-ei o direito, pois *jura novit curia*. Suscitado o fato jurídico do qual decorre o direito, caberia ao órgão julgador a sua aplicação pois “o juiz conhece o direito”, vedando-se ao juízo a iniciativa da demanda judicial e a fixação dos seus termos porquanto comprometedora da sua imparcialidade.

A visão marcadamente liberal do processo civil, ainda não comprometida com a publicização do processo, durante muito tempo conferiu às partes poderes extensos quanto à iniciativa do processo, fixação do seu objeto, desenvolvimento e instrução probatória. A extensão dos poderes do juiz era limitada, restringida ao mínimo. O órgão judicial deveria satisfazer-se com a matéria fática trazida pelas partes, que dominavam o litígio. A finalidade precípua do processo era a realização de direitos privados, que justificava o princípio dispositivo pelo alheamento estatal à controvérsia.

O processo civil socialista conheceu, na contramão dessas ideias, em nome da busca da verdade real, a primazia quase que absoluta do princípio da oficialidade, na

¹⁰⁴ BORGES, Clara Maria Roman. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 75.

investigação probatória (e o conseqüente alheamento ao princípio dispositivo). O direito civil fora absorvido pelo direito público.

Em estudo sobre o formalismo e o órgão judicial, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira informou que a radicalização de tal matéria pode ensejar exagerada publicização do processo, culminando até absorção da justiça na administração, como foi sugerido doutrinariamente na Alemanha nazista, com atribuição ilimitada de poderes ao juiz na investigação da prova e conseqüente enfraquecimento da garantia e segurança dos direitos individuais.¹⁰⁵

Ainda rememorou o referido autor que a reforma prussiana de Frederico, o Grande, determinou a ampla investigação oficiosa dos fatos pelo juiz em qualquer tipo de processo, mas na linha do autoritarismo prussiano, retirando-lhe a liberdade para apreciação da prova colhida.¹⁰⁶ A inspiração é nitidamente inquisitória (§§ 6.º e 7.º da Introdução à Ordenança Judicial Geral), o juiz estava autorizado a agir de ofício para proceder à investigação fática a fim de chegar pretensiosamente à verdade absoluta, a qualquer preço. A bandeira da mencionada reforma do Judiciário era “a procura da verdade pelo caminho mais próximo e seguro”, isto é, “colocar o juiz em situação de procurar a sua própria verdade”.

O papel do julgador em matéria probatória está intimamente atrelado ao princípio inquisitivo ou dispositivo.

No afã de dar conta da sede de efetividade na aplicação do direito, Franz Klein materializou sua ideação no projeto da ZPO austríaca de 1895, que vigorou a partir de 1898. Para o pensador, “a tarefa do juiz para pronunciar a verdade é a de

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 136.

¹⁰⁶ *Idem*, *ibidem*.

investigar conforme a verdade. Pois uma imagem verdadeira e correta é a principal condição de uma sentença justa”. Prelecionava, ainda, que o processo apenas seria racional e conforme a moderna concepção estatal, se a tutela jurídica fosse conferida não só com a sentença, mas desde o primeiro passo do procedimento, com outorga de efetiva assistência estatal. O que para ele não representaria nenhuma utopia, sendo necessário somente “deixar livre a força vinculante do juiz” e colocá-la, assim como a dos demais órgãos estatais, a serviço do direito, do bem comum e da paz social.¹⁰⁷

O publicista alemão, depois de enaltecer o valor social do processo, defende que o juiz deve ser convocado a ter uma participação mais intensa no processo, sobretudo no que tange à investigação fática. Muito além da direção formal do processo, dever-se-ia atribuir-lhe a sua condução efetiva para extirpá-lo, com a maior brevidade possível, eis que representa um “mal social” (Sozial Ubel). O processo civil, enxergado como “fenômeno social de massa”, segundo lição de Klein, estaria vocacionado à promoção do “bem-estar coletivo”. Com ironia sutil, dizia que seria um erro pensar que a inatividade do juiz e a atividade exclusiva das partes constituiriam no processo a última conclusão da sapiência humana.¹⁰⁸

Carlos Alvaro explica em que consistia essa defesa do ativismo judicial no processo. Refere que a preocupação de Klein estava centrada na necessidade de erigir um modelo de processo civil em que se vivenciasse uma igualdade material e não meramente formal. Ou seja, era imperioso criar um processo civil no qual a “parte menos hábil, menos culta,

¹⁰⁷ KLEIN, apud OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 51.

¹⁰⁸ KLEIN, apud Idem, *ibidem*.

menos rica”, que não dispusesse de condições, por exemplo, de pagar um defensor eficiente e capaz, estivesse em pé de igualdade material e não apenas formal em relação ao adversário. Para tanto, seria mister o fortalecimento dos poderes do órgão judicial, de modo que se lhe impusesse não apenas a faculdade, mas o dever de advertir os litigantes das irregularidades e incompletudes de seus pedidos e alegações. O ativismo judicial demanda do órgão julgador o exercício de uma “verdadeira função supletiva e auxiliar”, “ultrapassando a posição de mero árbitro fiscalizador da observância das “regras do jogo” para alcançar o *status* ativo participante, com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante”.¹⁰⁹

A preocupação que anima Klein é louvável. Em processo civil, o pensamento reveste-se de legitimidade e os argumentos não ferem a lógica do razoável. Mesmo assim, não se desconhece a ampla margem à atuação discricionária e, portanto, à imprevisibilidade da atuação do órgão judicial em detrimento do princípio da segurança jurídica.

Também é possível que culmine com a formação de regras casuisticamente criadas pelo magistrado, em desrespeito ao formalismo, que garante a determinação, previsibilidade do procedimento e controle de excessos quando da realização do direito processual. Esse é o risco que se corre. Todavia, não há o que temer quando não se precisa desconfiar da magistratura.

Neste caso, o ativismo judicial serviria para materializar o princípio da paridade de armas no processo concreto.

A propósito do tema, merecem transcrição trechos do Relatório sobre ativismo judicial, oferecido no IX Congresso

¹⁰⁹ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 137.

Mundial de Direito Judiciário, realizado em Coimbra, de 25 a 31 de agosto de 1991, p. 484-486 dos anais:

a) declina o sistema inquisitório do tipo socialista, enquanto aumenta de maneira contínua o poder do juiz (na direção do processo, no seu ordenamento e no domínio das provas); b) é confirmado, por quase todos os relatores nacionais, o crescimento do ativismo do juiz em seu sistema processual nacional, com manutenção do princípio dispositivo; c) verifica-se uma aproximação do sistema anglo-americano e europeu no domínio da "*richterliche Rechtsfortbildung*", e o mesmo fenômeno ocorre no âmbito do processo; d) o ativismo do juiz exhibe-se perfeitamente conciliável com o ativismo das partes, conscientes e cooperadoras.¹¹⁰

Sucedede que adaptar a ideia do ativismo judicial para o processo penal sob esses argumentos esconderia o canto da sereia. Pois em matéria penal, seguramente, pela experiência brasileira, aceitar a exacerbação dos poderes instrutórios do magistrado, no que toca à produção da prova, implicaria o atropelo de garantias individuais, mormente as inerentes ao sistema acusatório. É que no processo penal ainda se crê na ilusão da verdade real. Em nome dessa busca infinita e vã é que surge espaço para o arbítrio estatal dentro do processo.

Não se quer aprisionar a magistratura nos grilhões de um formalismo excessivo acrítico e vazio. Longe disso. A magistratura é órgão da soberania estatal, expressão máxima da democracia de um País. “É a figura central do procedimento, ou o sujeito *più eminente* da relação processual, conforme se exprime Manzini”.¹¹¹ Contudo, por toda principiologia penal e suas altas tradições, é inadequada, por ferir a lógica do sistema, a investigação oficial pelo órgão judicial, bem como a decretação de prisão preventiva *ex officio* pelo juiz criminal.

¹¹⁰ In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 138.

¹¹¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, cit., v. 2, p. 23.

2.3 Decretação de prisão preventiva *ex officio* pelo juiz criminal, durante o inquérito policial, prevista no art. 311 do CPP: hipótese de revogação por ausência de recepção pela Constituição Federal de 1988

O art. 311 do Código de Processo Penal pátrio (CPP) dispõe que: “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”.

Embora o CPP ainda preveja, formalmente, a possibilidade de decretação de prisão preventiva, de ofício, pelo juiz criminal, em fase inquisitorial ou durante a instrução criminal, entende-se que tal norma é materialmente incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que adota o sistema acusatório, caracterizado, essencialmente, pela distinção entre papéis processuais de acusar e julgar, bem como pela imparcialidade do julgador.

A norma contida no art. 311 do CPP constitui, na verdade, exemplo paradigmático de caso de revogação por ausência de recepção pela nova ordem constitucional.

Não apenas esta, mas todas as regras que admitem a iniciativa *ex officio* do juiz contra o investigado criminalmente não foram recepcionadas pela nova Constituição. As normas infraconstitucionais, editadas em momento anterior ao da vigência da Constituição Federal de 1988, foram revogadas no momento da promulgação do texto constitucional. A correta técnica de controle de legitimidade para tais espécies jurídicas é o sistema difuso, ou, até mesmo, o sistema concentrado, mas apenas por meio da ação de descumprimento de preceito fundamental, pois a ação direta

de inconstitucionalidade, em virtude do princípio da contemporaneidade, não é instrumento idôneo para examinar a legitimidade constitucional de ato normativo editado antes da vigência da nova ordem constitucional, sob cujo amparo foi instaurado o controle normativo abstrato.

Diante de todo o exposto sobre o sistema acusatório, verifica-se, portanto, a incompatibilidade vertical da referida regra que permite a decretação de prisão preventiva *ex officio* pelo magistrado, prevista no art. 311 do CPP em face da Constituição Federal de 1988.

A propósito da matéria, rememore-se que a ação penal pública é privativa do Ministério Público (art. 129, I da CF/1988), reflexo do sistema acusatório.

O *parquet* é quem está, obviamente, legitimado constitucionalmente à persecução criminal em juízo e, portanto, não pode o magistrado criminal, durante a fase inquisitorial, decretar prisão preventiva sem ter sido anteriormente provocado pelo responsável pela investigação, pois tal postura, para além de violar o princípio *ne procedat ex officio*, importaria na quebra da sua imparcialidade para o julgamento da causa.

Ressalte-se, inclusive, que, depois do advento do novo texto constitucional, o legislador ordinário, ao publicar a Lei 7.960/1989, de 21.12.1989, que dispõe sobre a prisão temporária para fins de investigação, não contempla a possibilidade da sua decretação de ofício pelo juiz. O art. 2.º do referido diploma normativo refere que: “A prisão temporária será pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”. Demais disso, em seu § 1.º tem-se que, “na hipótese de representação da autoridade policial, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público”.

Se a referida prisão está marcada pela nota da instrumentalidade, visto que serve apenas para tutelar a investigação criminal, acertadamente optou o legislador por não permitir a decretação de ofício da prisão preventiva pelo juiz. Ou seja, nesse particular aspecto, a referida lei especial está bem mais afinada aos valores inerentes ao sistema acusatório do que o dispositivo do Código de Processo Penal em comento.

Marcellus Polastri Lima preleciona com inteira cabida à questão: “Destarte, temos para nós que o art. 311 do CPP não foi integralmente recebido pela Constituição Federal, não podendo mais o juiz decretar a prisão de ofício durante a fase investigatória [...]”.¹¹²

Cuida-se, em apertada síntese, como assevera Romeu Pires de Barro Campos, do “fenômeno jurídico processual que Carnelluti denominou de jurisdição sem ação, quando a lei admite a decretação e uma medida pelo juiz de ofício”.¹¹³

Assim, também, posiciona-se sobre a matéria Eugênio Pacelli de Oliveira:

O que nos parece longe de dúvidas é que a referida normatização constitucional afastou o juiz das funções investigatórias, de modo a preservar ao máximo a imparcialidade. [...] Ora, se assim é, parece irrecusável a conclusão no sentido de que o juiz deve manter-se afastado da fase investigatória, evitando-se, sempre que possível, o seu (dele, juiz) contato com o material probatório; afinal, referido material destina-se ao Ministério Público.¹¹⁴

¹¹² LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 607.

¹¹³ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 205.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 535-536.

Arremata o autor: “a prisão preventiva, na fase de investigação, somente pode ser decretada a requerimento dos responsáveis pela investigação e legitimados a persecução em juízo”.¹¹⁵

Aury Lopes Júnior, por sua vez, sintetiza, ao analisar matéria correlata à que ora se discute, invocando as lições de Franco Cordero:

Ensina Cordero que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao *primato dell'ipotesi sui fatti*, gerador de *quadri mentali paranoidi*. Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada).¹¹⁶

Muitas vezes denunciaram, em discurso crítico, as muitas regras do direito positivo pátrio que violam o sistema acusatório, posicionando-se contrariamente à sua disciplina. Merece especial referência a argumentação de Elmir Duclerc:

Seja como for, mais uma vez, estamos diante de regras que ferem o sistema acusatório de processo penal, pois se é certo que a prisão preventiva tem natureza de medida cautelar, então no momento em que manda prender de ofício, ou através de representação da autoridade policial (com ou sem anuência do MP), o órgão do Poder Judiciário (juiz ou desembargador relator) exerce jurisdição sem ação, age, portanto, inquisitorialmente, como se acumulasse a um só tempo, as funções de requerer e deferir a medida, acusar e julgar o acusado.¹¹⁷

¹¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 537.

¹¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. rev. e atual. 2.ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1, p. 79.

¹¹⁷ DUCLERC, Elmir. *Curso Básico de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. v. 2, p. 190.

Diante de todo o exposto, o juiz criminal só pode legitimamente desenvolver sua atividade tipicamente jurisdicional depois do exercício da ação penal. O art. 311 do CPP, como se vê, não foi totalmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Em um processo penal de bases democráticas, é juridicamente impossível, portanto, a prisão preventiva decretada de ofício no curso do inquérito policial, isto é, antes de ter sido oferecida a denúncia pelo titular da ação penal pública ou ajuizada a queixa-crime pelo querelante nas hipóteses cabíveis.

2.4 Um pouco de casuística ilustrativa de ativismo judicial na seara penal

Há precedentes jurisprudenciais pátrios, nos quais se concede a ordem de *habeas corpus* em situações em que houve decretação de prisão de ofício por juiz criminal.

A Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, confirmou decisão liminar nos autos do *Habeas Corpus* 70016461592 e deferiu a ordem definitiva em caso penal, oriundo da Comarca de Itaquí, no qual, mesmo diante da ausência de requerimento ministerial, o magistrado *a quo* decretou a segregação cautelar de ofício.

No voto da lavra do Desembargador Nereu José Giacomolli, além de outras razões jurídicas invocadas, asseverou-se que a decretação de ofício de segregação cautelar é totalmente descabida, pois tal prática foi rejeitada pela Constituição de 1988, que adota o sistema acusatório. Aduziu-se, ainda, que a acusação, nos termos do art. 129 do Constituição, está totalmente a cargo do Ministério

Público e, portanto, constitui-se em ilegalidade a decretação de prisão de ofício.¹¹⁸

Em decisão da lavra da desembargadora da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Sandra de Santis, sem sede de *habeas corpus* (processo 122144), deferiu-se liminar, segundo aduz a própria relatora, para assegurar a obediência da ordem constitucional vigente, por absoluta ilegalidade do ato do magistrado *a quo* que decretou prisão preventiva de ofício. A desembargadora relatora entendeu que houve violação ao princípio da inércia da jurisdição. Asseverou que por conta disto não examinaria os demais fundamentos da impetração e determinaria o deferimento da liminar. Referiu, ainda, que em casos semelhantes o próprio Ministério Público tem impetrado, junto àquela Corte, *habeas corpus* em favor dos pacientes.¹¹⁹

Ao fundamentar a decisão concessiva da liminar, argumentou-se, ainda, que no sistema acusatório, adotado pelo texto constitucional de 1988, o juiz foi afastado da persecução penal, conforme art. 129, inciso I, que impede sua atuação *sponte propria*, ressaltando-se, todavia, tal possibilidade no curso do processo judicial em busca da verdade real. Ademais, asseverou-se que o Código de Processo Penal, editado em 1941, “época em que o panorama político era pouco propício ao processo penal democrático e garantidor dos direitos individuais e liberdades públicas”, deve ser hoje interpretado em conformidade com Constituição vigente para concluir que o art. 311 do CPP não foi totalmente recepcionado, o que rechaça a possibilidade de prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz no curso do inquérito policial (antes do oferecimento da denúncia).¹²⁰

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 7.ª Câmara Criminal, *Habeas Corpus* 70016461592, Rel. Des. Nereu Giacomolli, DJ 3433, 11.09.2006-4.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 1.ª Turma Criminal, *Habeas Corpus* (processo n. 122144), Rel. Des. Sandra de Santis, j. 15.10.2007.

¹²⁰ Idem, *ibidem*.

A decretação de prisão preventiva *ex officio* por juiz criminal, em fase inquisitorial, configura, portanto, um procedimento nitidamente inquisitivo, em ostensivo prejuízo aos direitos fundamentais do investigado e, também, incompatível com o sistema acusatório, consagrado dentro dos marcos regulatórios de um processo penal democrático.

Como o juiz deve estar afastado da fase de investigação pré-processual, segundo o modelo acusatório, não pode sair da sua posição suprapartes, para decretar segregação cautelar, sem que tenha havido requerimento do Ministério Público ou tampouco representação da autoridade policial.

Se o próprio *dominus litis*, em um caso concreto, no exercício da sua função institucional, em fase de investigação policial, não considera viável a prisão cautelar, não oferece imediatamente a denúncia diante do quadro fático, antes disso pugna pelo relaxamento de prisão em flagrante porque entende ser necessário diligenciar para que se proceda à juntada do laudo pericial aos autos, e, ainda assim, o magistrado singular decreta prisão preventiva de ofício, tem-se uma decisão francamente incompatível com o sistema processual acusatório. Isto porque, como antes dito, o art. 311 do CPP, que prevê a possibilidade de decretação de ofício em sede inquisitorial, não foi, nesta parte, recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Com base em tal fundamentação e em outras razões fáticas e jurídicas, impetrou-se em 16.12.2010, no Tribunal de Justiça da Bahia, o *Habeas Corpus* 0017029-05.2010.805.0000-0, que tramitou na Segunda Câmara Criminal, sob a relatoria do Desembargador Carlos Roberto Santos Araújo, sob o argumento da ilegalidade do decreto de prisão preventiva. A medida liminar foi deferida para relaxar a prisão do paciente.

O desembargador relator, em decisão monocrática, reconheceu, naquele caso, a presença do inegável

constrangimento ilegal em virtude de violação ao devido processo legal. Isto porque, segundo assevera o desembargador, se o Ministério Público não possuía elementos para oferecimento da denúncia e, além disso, os autos tinham sido devolvidos para novas diligências, não poderia ser o paciente privado de sua liberdade, sobretudo em crime sem maior potencial ofensivo, antes disso, deveria ter sido liberado já naquela oportunidade.¹²¹

¹²¹ A decisão está vazada nos seguintes termos: “Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela ilustre advogada Juliana Pinheiro Damasceno e Santos, em favor de Renilson da Silva Santos, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara Crime da Comarca de Euclides da Cunha-BA. Diz que o paciente foi preso em flagrantes, no dia 12 de outubro de 2010, por suposta violação aos arts. 147 do CP e 14 da Lei n. 10.826/2003; acrescenta que a prisão preventiva foi decretada, de ofício, sem os requisitos legais e sem fundamentação jurídica idônea; alega que o Ministério Público não formulou pedido de prisão preventiva, e, ao revés, requereu o relaxamento da custódia; argumenta que o paciente está preso ilegalmente, há mais de dois meses e, até agora, não foi denunciado, configurando excesso de prazo, que autoriza, por si só, o relaxamento imediato da prisão; registra que o paciente está preso sem ter conhecimento formal e substancial da acusação, já que ainda não foi pessoalmente citado da existência de imputação criminal feita pelo Ministério Público, o que viola os princípios do contraditório e da ampla defesa; sustenta a inconstitucionalidade da decretação de prisão preventiva de ofício, na fase inquisitorial, ausentes motivos idôneos a sustentar a prisão porquanto as circunstâncias pessoais do paciente são favoráveis. Juntou documentos de fls. 31/91. Brevemente relatado, passo à análise do pedido de liminar. A devolução do inquérito policial para realização de diligências, estando o réu preso, configura constrangimento ilegal passível de correção pela via heroica. O art. 16 do Código de Processo Penal afirma que, em regra, o Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial. Tal providência só se justifica quando imprescindível ao oferecimento da denúncia. De outro lado, segundo o art. 46/CPP a devolução do inquérito só se dará se o indiciado estiver solto. O ilustre Magistrado acolheu o requerimento e devolveu os autos para novas diligências: deveria ter liberado o paciente, vez que se o Ministério Público não tinha elementos para oferecer denúncia, não se lhe poderia privar da liberdade, sobretudo em crime sem maior potencial ofensivo. Desse modo, não há negar o constrangimento ilegal passível de correção pela via do *habeas corpus*, dada a violação ao devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV). Assim, defiro a liminar pleiteada para relaxar a prisão do paciente. Expeça-se alvará de soltura, se por al não estiver preso. Requistem-se informações ao distinto Magistrado. Após, se em termos, dê-se vista à d. Procuradoria de Justiça. Publique-se. Intimem-se. Salvador, 16 de dezembro de 2010. Des. Carlos Roberto Santos Araújo Relator”. BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia, Decisão monocrática, *Habeas Corpus* 0017029-05.2010.805.0000-0, Impetrante: Juliana Pinheiro Damasceno e Santos. Impetrado: Juízo de Direito da vara do crime, do júri, das execuções penais e da infância e juventude da comarca de Euclides da Cunha-BA. Paciente: Renilson da Silva Santos. Rel. Des. Carlos Roberto Santos Araújo, j. 17.12.2010. *DJE* 379, 17.12.2010. cad. 1, p. 521).

No julgamento do mérito do referido *habeas corpus*, logrou-se a manifestação do órgão colegiado sobre a questão constitucional discutida no seu bojo acerca da iniciativa do juízo para decretar segregação cautelar de investigado em sede policial, sem que tenha havido a provocação da parte acusadora nesse sentido.

A impetrante da referida ação constitucional de *habeas corpus* havia requerido, em petição escrita e, também, no momento da sustentação oral, a manifestação expressa da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia sobre a não recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 da multicitada norma constante no art. 311 do Código de Processo Penal brasileiro que prevê, formalmente, a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz em sede inquisitorial, em virtude de afrontar escancaradamente o sistema acusatório.

O pedido estava fundamentado na argumentação desenvolvida ao longo deste trabalho. Sustentou-se que o art. 311 do CPP não foi totalmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e, portanto, era juridicamente impossível, em um processo penal de bases democráticas, a prisão preventiva decretada *ex officio* no curso de inquérito policial.

Argumentou-se que o art. 311 do CPP é exemplo paradigmático de revogação por ausência de recepção pela nova ordem constitucional instaurada em 1988. Isto porque, se a ação penal pública é, por imposição constitucional, privativa do Ministério Público (art. 129, I da CF/1988), a legitimidade do *Parquet* à persecução criminal traz como consectário lógico dessa atribuição que o juízo acerca da conveniência e da oportunidade da prisão preventiva seja feito por seus presentantes, quando, obviamente, estiverem presentes os seus requisitos legais autorizadores, o que, frisou-se, não ser o caso daquele *habeas corpus*.

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia reconheceu, à unanimidade, os limites constitucionais à iniciativa do juiz no processo penal democrático, em acórdão que representa um avanço rumo à consolidação dos princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil. O órgão judicante decidiu, acertadamente, que a segregação cautelar, de ofício, na fase inquisitorial, fere o sistema acusatório e reconheceu, expressamente, que a expressão “de ofício” contida no art. 311 do Código de Processo Penal não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

No julgamento do *Habeas Corpus* 0017029-05.2010.805.0000-0, para além do reconhecimento da inexistência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva naquele caso concreto, decidiu-se que assistia razão à impetrante no tocante à não recepção da norma constante no art. 311 do CPP. O Desembargador Jefferson de Assis Alves e a Desembargadora Nágila Maria Sales Brito, acompanhando o voto da lavra do Desembargador Carlos Roberto Santos Araújo, entenderam, que a partir da Constituição Federal de 1988 não mais é admitida a prisão preventiva de ofício, na fase préprocessual, pois se trata de papel inquisitorial incompatível com a figura do julgador no Estado liberal; demais disso, que o decreto prisional preventivo na fase inquisitorial, sem provocação das partes, afasta o julgador, em princípio, da imparcialidade já que invade a seara alheia (Ministério Público).¹²²

¹²² BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia, 2.^a Câmara Criminal, Habeas Corpus 0017029-05.2010.805.0000-0, Impetrante: Juliana Pinheiro Damasceno e Santos. Impetrado: Juízo de Direito da vara do crime, do júri, das execuções penais e da infância e juventude da comarca de Euclides da Cunha-BA. Paciente: Renilson da Silva Santos. Rel. Desembargador Carlos Roberto Santos Araújo, Desembargador Jefferson Alves de Assis e Desembargadora Nágila Maria Sales Brito, j. 03.03.2011. DJE 435,15.03.2011 cad. 1, p. 220.

Lê-se no voto, expressamente, a título de conclusão, que “Daí a expressão *de ofício* contida no artigo 311 do Código de Processo Penal não ser recepcionada, por não resistir ao filtro constitucional”. Arremata-se com a seguinte fundamentação: “O juiz foi, pois, afastado, da persecução penal no sistema acusatório adotado pela Carta de 1988, conforme o art. 129, inciso I, o qual impede aja *sponte propria*, salvo no curso do processo judicial, na busca da verdade real- art. 156 do CPP” e, ainda, assevera-se que: “Nosso Código de Processo Penal, editado em 1941, época marcada pelo autoritarismo e insensível aos direitos individuais, deve ser hoje interpretado de acordo com a Constituição vigente.”¹²³

No julgamento do *Habeas Corpus* 0017705-94.2010.4.01.0000/BA, impetrado perante o Tribunal Regional da 1.^a Região pelo Procurador da República Eduardo Ribeiro Gomes El Hage, a Terceira Turma Criminal concedeu a ordem, à unanimidade, em caso penal em que se questionava decreto de prisão preventiva prolatado com base em representação formulada diretamente pela polícia federal.

Observe-se que, neste caso, apesar de o Ministério Público Federal não ter vislumbrado os requisitos necessários para propositura da denúncia e de ter, inclusive, durante a fase inquisitorial, se manifestado pela promoção de seu arquivamento em face da inexistência de crime, a autoridade coatora decretou a prisão preventiva.

No voto-condutor, o Desembargador Federal Carlos Olavo sintetiza a análise do caso com raciocínio assemelhado às advertências feitas ao longo deste trabalho. Para o

¹²³ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia, 2.^a Câmara Criminal, Habeas Corpus 0017029-05.2010.805.0000-0, Impetrante: Juliana Pinheiro Damasceno e Santos. Impetrado: Juízo de Direito da vara do crime, do júri, das execuções penais e da infância e juventude da comarca de Euclides da Cunha-BA. Paciente: Renilson da Silva Santos. Rel. Desembargador Carlos Roberto Santos Araújo, Desembargador Jefferson Alves de Assis e Desembargadora Nágila Maria Sales Brito, j. 03.03.2011. DJE 435,15.03.2011 cad. 1, p. 220.

Desembargador, diante da insistência do Ministério Público na inexistência de crime, “para que não ocorra uma inversão de atribuições e competências constitucionalmente delimitados, ao Estado-Juiz nada mais resta do que aguardar provocação, para que possa ‘dizer o direito’, compondo as lides instauradas”.¹²⁴

Em obediência à ordem constitucional instaurada em 1988, que consagra de forma eloquente o Estado Democrático de Direito, e tendo em vista os fundamentos do modelo processual acusatório, é atribuição institucional do Ministério Público, titular da persecução penal, dirigir a investigação criminal, definir as provas relevantes para instruir e formalizar a denúncia ou para fundamentar a promoção de arquivamento, requisitar medidas cautelares assecuratórias,¹²⁵ bem como requerer, no curso do inquérito,

¹²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1.^a Região, 3.^a Turma criminal, *Habeas Corpus* 0017705-94.2010.4.01. 0000 (processo originário 5930620104013301/BA), Impetrante: Procurador da República Eduardo Ribeiro Gomes El Hage; Impetrado: Juízo Federal da Subseção de Ilhéus-BA, Paciente: Rosivaldo Ferreira da Silva e outros), Desembargador Federal Relator Carlos Olavo, Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Presidente da Seção Juiz Tourinho Neto, Brasília, j. 03. 08. 2010.

¹²⁵ Em virtude da afinidade temática ao que se discute neste livro, sugere-se a leitura do voto n. 1008/20102010 (relativo ao procedimento 1.00.001.000095/2010-86), datado de 06.12.2010, proferido pelo Procurador Regional da República Douglas Fischer, membro suplente da 2.^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no qual afirma que a autoridade policial não tem legitimidade para requerer judicialmente medidas assecuratórias, mas tão somente o Ministério Público, titular da ação penal. A Corregedoria-Geral de Polícia Federal (Superintendência Regional de Polícia Federal no Tocantins-TO) formulou consulta sobre a (i) legitimidade para a autoridade policial requerer judicialmente medidas assecuratórias. Assim o fez porque, segundo o entendimento do Procurador da República, que funciona no Município de Palmas/TO, o princípio acusatório impede a atuação da polícia judiciária em juízo. A Superintendência referida afirmou ser possível a autoridade policial pleitear tais medidas assecuratórias aos argumentos lançados, em apertada síntese: possui poderes alusivos a medidas que auxiliam na colheita de elementos comprobatórios de autoria e materialidade delitiva, como busca e apreensão, prisão e sequestro de bens, conforme dispõem os artigos 13, 127, 149, 244 e 311, todos do CPP; os referidos poderes não se exaurem no CPP, existindo outros em legislação especial (art. 2.^o da Lei n. 7.960/89 e art. 3.^o da Lei n. 9.296/96; as medidas assecuratórias não se referem ao início do processo penal, não sendo necessária a capacidade postulatória para pleiteá-las em juízo; as normas processuais invocadas não são inconstitucionais, já que a doutrina e a jurisprudência reconhecem os poderes das autoridades policiais (representação por quebra de sigilo bancário, por interceptação telefônica, prisão etc.), inclusive para colaborar com a defesa, invoca a jurisprudência do STF e dos TRF da 1.^a,

se o caso exigir, a prisão preventiva do investigado, medida rigorosamente instrumental.

Imagine-se quão esdrúxula seria a situação em que um investigado é preso preventivamente de ofício, em fase inquisitorial, e, posteriormente, não se promove a denúncia porque o destinatário das investigações policiais, único responsável pela formação da opinião delitiva, está convencido da atipicidade do fato questionado ou porque já ocorreu alguma causa extintiva de punibilidade.

3.^a e 5.^a Regiões e doutrina de Guilherme de Souza Nucci, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, e finaliza afirmando que o controle externo da Polícia Federal por parte do Ministério Público não pode limitar poderes das autoridades policiais reconhecidos na legislação, até porque é o Ministério Público o destinatário final das investigações feitas pela Polícia. A conclusão do voto da lavra do Procurador Regional da República Douglas Fischer é que os dispositivos legais que versam sobre a postulação pela autoridade policial de medidas cautelares preparatórias da ação penal, editados sob a égide de regramento constitucional anterior, devem ser interpretados em conformidade com as disposições da Constituição Federal da República de 1988 que tratam da função institucional do Ministério Público e impõem o reconhecimento da legitimidade apenas do órgão ministerial. Ao fundamentar o seu voto esclarece que a legitimidade privativa do *Parquet* está assegurada, como decorrência lógica da promoção privativa da ação penal pública, pois, em um sistema acusatório, é inconcebível que a autoridade policial possa pleitear medidas preparatórias constritivas se não titulariza a ação principal. A Subprocuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge, Coordenadora da 2.^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, prolatou, em 17.12.2010, voto complementar ao voto n. 1008/20102010 (relativo ao procedimento 1.00.001.000095/2010-86) no qual afirma que, na ação penal pública, apenas o Ministério Público possui legitimidade, capacidade postulatória e atribuição para postular medidas assecuratórias ou restritivas de direito no processo penal. Refere que não há norma, material ou processual, que conceda tal poder à Polícia Federal. Nesse sentido, assevera que apenas o titular da ação penal tem legitimidade para requerer em juízo a restrição de um direito individual quando necessário para a investigação criminal, bem como para garantir a segurança pública. Enfatiza, ainda, que, apenas o *Parquet* pode requerer em juízo a restrição ao direito de liberdade de quem está sendo investigado ou foi preso em flagrante, para que seja, por exemplo, preso preventivamente, quando presentes as condições previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal. De mais a mais, acrescenta às suas razões que a restrição ao direito à intimidade do suspeito, em relação aos dados bancários, telefônicos ou tributários, igualmente, só pode ser requerida, pelo Ministério Público. Isto porque possui legitimidade, capacidade postulatória e atribuição para aferir se a restrição de direito é, realmente, necessária à persecução penal ou se a prova já colhida é suficiente para lastrear ação penal ou para verifica se há, por exemplo, alguma excludente de culpabilidade que obstaculize a persecução penal. (Cf. voto n. 1008/2010 e voto complementar da lavra da Subprocuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge, relativos ao procedimento 1.00.001.000095/2010-86, em trâmite no Conselho Superior do Ministério Público).

É por tal razão que é defeso ao juiz, sem que tenha havido a prévia provocação da jurisdição penal, decretar prisão de ofício, sobretudo por se tratar de medida extrema que traduz sérias implicações na esfera dos direitos fundamentais do investigado. Se a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público a função institucional de promover a persecução penal, é decorrência lógica dessa atribuição o juízo acerca da necessidade e adequação da segregação cautelar.

No quadro de um processo penal de partes, o juiz criminal não pode agir de ofício na fase pré-processual de persecução criminal, em virtude do princípio dispositivo (*ne procedat iudex ex officio*) e dos demais princípios informadores do modelo teórico acusatório.

2.5 O Supremo Tribunal Federal e a sua imposição de limites ao ativismo no processo penal

Merecem ser lembradas, a propósito do tema, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, que impõem limites ao ativismo judicial no processo penal e, assim, contribuem para robustecer o sistema processual acusatório que, inclusive, diga-se *an passant*, será bastante reforçado com o advento do novo Código de Processo Penal.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 3.º da Lei 9.034, de 03.05.1995, no que se refere aos dados “fiscais” e “eleitorais”. O art. 3.º da “lei do crime organizado”, que “dispõe sobre utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações

praticadas por organizações criminosas”, atribuía competência ao magistrado para realizar, pessoalmente, diligência de inspeção em casos de violação de sigilo preservado pela constituição ou por lei. Veja-se:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 9034/95. Lei Complementar 105/01. Superveniente. Hierarquia Superior. Revogação Implícita. Ação Prejudicada, em Parte “Juiz de Instrução”. Realização de Diligências Pessoalmente. Competência para Investigar. Inobservância do Devido Processo Legal. Imparcialidade do Magistrado. Ofensa. Funções de Investigar e Inquirir. Mitigação das Atribuições do Ministério Público e das Polícias Federal e Civil.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I e VIII e § 2.º; e 144, § 1.º, I e IV, e § 4.º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.¹²⁶

A índole nitidamente inquisitorial do art. 3.º e seus parágrafos,¹²⁷ que atribuem ao juiz criminal funções

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1570, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12.02.2004, *DJ* 22, 10.2004, p. 4, Ementário 2169-01, p. 46, *RDDP* 24, p. 137-146, 2005, *RTJ* 192-03, p. 838.

¹²⁷ Art. 3.º Nas hipóteses do inciso III do art. 2.º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. § 1.º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoa que, pela natureza

flagrantemente investigativas e, portanto, comprometedoras da sua imparcialidade, não poderia subsistir diante do princípio acusatório, até porque também importam em mitigação das atribuições do Ministério Público e das polícias federal e civil.

Diversas disposições constantes na referida lei especial não encontram abrigo no texto constitucional pátrio porque alimentam, equivocadamente, a figura do juiz inquisidor.

Ainda que se considerasse que a intenção que animou o legislador ordinário foi a preservação do sigilo constitucional, é completamente despropositada a atribuição de atos tipicamente inquisitoriais ao juízo decisório. É ao mesmo juiz que colhe, em suas diligências, os documentos que, ao seu sentir, têm relevância probatória (art. 3.º, § 2.º) e, portanto, são necessários para serem juntados aos autos, a quem competirá valorá-lo em posterior ato decisório.

Essa teratologia é, justamente, produto da concentração das funções de investigação e julgamento em um só órgão, o que, por certo, dificulta, quando não inviabiliza a atividade defensiva.

da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos de sigilo. § 2.º O Juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão *ad hoc*. § 3.º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação. § 4.º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto de diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz. § 5.º Em caso de recurso, o auto de diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

O voto representa um avanço rumo à afirmação do princípio da imparcialidade do juiz criminal e à consolidação de um sistema acusatório, todavia, lamentavelmente, ADI foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal procedente “em parte”, afastando-se apenas aplicabilidade do dispositivo no tocante às atuações relativas ao sigilo fiscal e eleitoral por conta de conflito normativo entre a disciplina da lei do crime organizado e da Lei Complementar 105/2001 (hierarquicamente superior à Lei 9.034, de 03.05.1995, bem como a ela posterior).

Há, como se percebe, muito a ser concretizado quanto ao sistema acusatório, inclusive por seu próprio guardião supremo.

Na mesma linha de intelecção, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal repudiou o ativismo judicante, negando a possibilidade de o magistrado determinar diligências investigativas de ofício no inquérito cujo arquivamento fora requerido:

[...] Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido.¹²⁸

A Corte Suprema brasileira também afirmou o princípio acusatório, ao rechaçar o exercício de funções de polícia judiciária pelo tribunal em casos de competência penal originária por prerrogativa de função. Veja-se:

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1.ª Turma, *Habeas Corpus* 82507, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.12.2002, *DJ* 19.12.2002, p. 92, Ementário 2096-04, p. 766.

[...] 1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. 2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste “autoridade investigadora”, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações.[...] ¹²⁹

A Ministra Ellen Gracie indeferiu Petição 3248/DF, na qual o Ministério Público requisitava a instauração de inquérito penal originário perante o Supremo Tribunal Federal para indiciamento de parlamentar federal, pelo suposto cometimento de crime de sonegação fiscal.

Pelo que se verifica na decisão monocrática, percebe-se, nitidamente, uma leitura do texto constitucional orientada a partir do modelo acusatório. Observe-se:

Essa requisição independe de prévia autorização ou permissão jurisdicional. Basta o Ministério Público Federal requisitar, diretamente, aos órgãos policiais competentes. Mas não a esta Corte Suprema. Por ela podem tramitar, entre outras demandas, ação penal contra os membros da Câmara dos Deputados e Senado. [...] Mas o inquérito tramita perante aqueles órgãos policiais e não perante o Supremo Tribunal Federal. Não parece razoável admitir que um ministro do Supremo Tribunal Federal conduza, perante a Corte, um inquérito policial que poderá se transformar em ação penal, de sua relatoria. [...] Disso resulta que não pode ser atendido o pedido de instauração de inquérito policial originário perante esta Corte. E, por via de consequência, a solicitação de indiciamento do parlamentar, ato privativo da autoridade policial. [...] ¹³⁰

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1.ª Turma, RHC 84903, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.11.2004, *DJ* 04.02.2005, p. 27, Ementário 2178-02, p. 267, *RT*, v. 94, n. 835, p. 502-507, 2005, *LEXSTF* v. 27, n. 317, p. 465-476, 2005.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Pet 3248/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.10.2004, *DJ* 23.11.2004, p. 41.

Ainda a propósito da matéria, transcreve-se trecho de voto da lavra do então Ministro Eros Grau, porquanto exemplar no que diz respeito ao comprometimento com uma hermenêutica constitucional, destinada à realização dos valores republicanos e, logo, atenciosa às garantias mínimas do processo penal democrático:

[...] O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I). Ética judicial, neutralidade, independência e imparcialidade do juiz. A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito [...].¹³¹

O papel do juízo no processo penal acusatório é de equidistância. O que se pretende em tal modelo teórico é garantir os mecanismos de aplicação do direito que conduzam ao julgamento justo ao acusado, dentro dos marcos do devido processo legal. A confusão entre a figura do julgador e do acusador e a consequente inversão de papéis, percebida na prática forense criminal, têm sido fonte de inúmeras arbitrariedades praticadas, por vezes, “em nome da Justiça”. Muitos estragos, também, foram causados à humanidade “em nome de Deus”, ao longo da história.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, *Habeas Corpus* 95009, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.11.2008, *DJe*-241, divulg. 18.12.2008, public. 19.12.2008, Ementário 2346-06, p. 1275, *RTJ* 208-02, p. 640.

2.6 Brevíssima notícia sobre a reforma do Código de Processo Penal e as limitações ao ativismo judicante

Embora a discussão sobre a reforma do processo penal¹³² seja bastante sedutora, ela escapa ao objeto do presente estudo. Noticiam-se, então, tão somente, os pontos essenciais em que a reforma processual (Projeto de Lei do Senado 156) tem algo a contribuir acerca das questões da dogmática processual penal contemporânea aqui enfrentadas.

Apontam-se, assim, algumas questões que servem para clarificar de que modo o novo contexto normativo contribuirá para adequar a ciência do processo penal brasileiro à realidade constitucional consagrada do Estado Democrático de Direito. A disciplina normativa contida no Código de Processo Penal de 1941, como antes dito, em grande parte, não está animada pelo espírito republicano nem se amolda ao espaço democrático da Constituição Federal de 1988.

Curiosa e inacreditável é a sugestão constante na sua exposição de motivos do código vigente de que os “favores” concedidos aos réus se afigurariam como um estímulo indireto à expansão da criminalidade:

[...] as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade [...].¹³³

¹³² Em 07.12.2010, em sessão extraordinária, os senadores aprovaram em votação simbólica o relatório do Senador Renato Casagrande (PSB-ES) acerca do projeto reforma do Código de Processo Penal (PLS 156/2009). A proposta segue para a Câmara dos Deputados para votação e, inexistindo alteração, será enviada para sanção presidencial.

¹³³ BRASIL. *Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal*. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 349.

Os supostos “favores” são, na verdade, os direitos e garantias fundamentais do cidadão, cujo imperioso respeito legitima a intervenção mais drástica e invasiva na esfera de vida representada pelo controle penal.

Na exposição de motivos do anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, em perspectiva de análise francamente diversa, na linha das determinações constitucionais que pressupõem os direitos e garantias fundamentais como limites inultrapassáveis ao exercício da função jurisdicional, firma-se a seguinte diretriz epistemológica:

É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático.¹³⁴

Ao longo deste trabalho, como se verá, serão apresentadas categorias dogmáticas a partir de um olhar interessado na estrutura constitucional pátria. Até porque, como bem adverte Eugênio Pacelli de Oliveira, “[...] não é mais possível empreender qualquer pesquisa dogmática apartada do referencial constitucional”.¹³⁵

¹³⁴ BRASIL. Senado. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal/ Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.p 15.

¹³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1.

2.6.1 Princípio acusatório

O princípio acusatório foi positivado no art. 4.º do referido texto normativo: “Art. 4.º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Tem-se aí apenas a consolidação infraconstitucional do modelo processual acusatório já consagrado na Constituição de 1988. Não se trata de enfraquecimento da função jurisdicional. A vedação à iniciativa do juiz na fase de investigação e a proibição de que o Poder Judiciário substitua a atuação probatória do Ministério Público afirmam o princípio da imparcialidade do julgador e resguardam a confiabilidade do sistema processual; também contribuem ao fortalecimento institucional do Ministério Público, mormente no que diz respeito às suas funções investigatórias e responsabilidades processuais.

Afasta-se, assim, definitivamente, a magistratura do exercício de atividades atípicas, que lhe foram conferidas, despropositadamente, no modelo precedente, para preservar ao máximo o distanciamento do julgador.

Como se lê na exposição de motivos do anteprojeto da reforma: “A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada têm que ver com a atividade típica da função jurisdicional”.¹³⁶

¹³⁶ BRASIL. Senado. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal/ Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.p. 16.

Corroborando essa linha de entendimento, preceitua Guilherme de Souza Nucci:

O processo penal brasileiro ainda possui um juiz atuante, durante a instrução, a ponto de lhe ser possível a decretação da prisão cautelar de ofício. Essas distorções presentes no sistema legislativo ordinário precisam ser superadas pela própria consciência do magistrado, encarando sua função com o máximo de rigor no tocante à imparcialidade. Por isso, sem provocação, deve abster-se de tomar qualquer medida coercitiva contra o acusado.¹³⁷

Entre as funções do Poder Público, como não se ignora, a atividade jurisdicional é uma das mais relevantes. Justamente pela transcendental repercussão da decisão judicial em matéria penal que tem, inclusive, o condão restringir as liberdades públicas é que devem ser evitadas as iniciativas judicantes, de ofício.

Nesse sentido, a reforma avança, inegavelmente, sem olvidar, todavia, de que tais limites ao exercício da função jurisdicional não importam em um descompromisso judicial com a aplicação da lei penal, uma que, segundo se afirma na exposição de motivos, “Instaurado o processo, provocada a jurisdição, poderá o juiz, de ofício, adotar até mesmo medidas acautelatórias, quando destinadas a tutelar o regular exercício da função jurisdicional”.¹³⁸

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: RT, 2010. p. 306.

¹³⁸ BRASIL. Senado. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal/ Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.p. 17.

2.6.2 Juiz das garantias

Outra inovação trazida pela reforma que representa mais um mecanismo para a densificação do princípio acusatório é a criação do “juiz de garantias”, inexistente, até então, no direito positivo nacional.

Para além do controle da legalidade da investigação criminal, tal órgão jurisdicional terá a missão de prestar a efetiva tutela dos direitos fundamentais da pessoa investigada: “Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário [...]”.

O juiz que atua na fase da investigação não mais se confundirá com aquele que tem a responsabilidade de julgar o caso, como acontece, atualmente. Transcrevem-se, por oportuno, os seguintes dispositivos: “Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal. § 1.º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo”.

Preceitua, por sua vez, o art. 16 da aludida reforma processual: “Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748”.

Expressam-se na exposição de motivos as duas estratégias desse deslocamento de funções exclusivas para o juiz das garantias, a saber: “a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional”, assim como contribui para “manter o distanciamento do juiz

do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação”.¹³⁹

2.6.3 Provas

Quanto à disciplina da prova, também a redação do art. 165 está mais afinada com a Constituição da República, eis que subtrai do juiz os poderes de iniciativa probatória comprometedores da sua imparcialidade, de modo a valorizar o princípio acusatório e romper com as tendências inquisitivas da atual disciplina legislativa.

O citado artigo está assim redigido: “Art. 165. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes”.

2.6.4 Medidas cautelares

No âmbito das medidas cautelares, também não se deixa oxigênio para a sobrevivência do juiz inquisidor. Evitam-se, também, mais agressões à regra do art. 129, I, da Constituição Federal, que atribui titularidade privativa do Ministério Público para a promoção da ação penal pública e seus consectários lógicos.

Neste ponto, se não é pela própria consciência do magistrado, como pretende Nucci, que seja pela imposição

¹³⁹ BRASIL. Senado. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal/Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.p. 17.

legislativa,¹⁴⁰ a proibição de invasões oficiosas das atribuições ministeriais. É importante que se diga que o problema e as preocupações exaustivamente suscitadas não se trata apenas de fruto de particularismos enfrentados em vivências indesejáveis na prática forense, mas, sobretudo, constituem-se em questão teórica, alvo de pesquisa dogmática, propiciadora, inclusive, da reforma processual em comento.

Uma das principais diretrizes da reforma é situar o processo cautelar nos quadros do modelo acusatório. Igualmente é digno de registro outro trecho da exposição de motivos da reforma processual penal:

Logo, na fase de investigação, não cabe ao juiz, de ofício, inclinar-se por uma ou por outra cautelar. Como ainda não há processo, a Polícia ou o Ministério Público é que devem requerer as medidas que julgarem apropriadas, respeitando-se os papéis de cada instituição. Com a formação do processo, já no âmbito da atuação jurisdicional, aí sim, poderá o juiz decretá-las até mesmo de ofício, pois lhe compete, em última análise, zelar pela efetividade da jurisdição.¹⁴¹

São as regras comezinhas do jogo processual democrático já expostas de forma eloquente na *lex mater*.

Frise-se, ademais, que no curso da aplicação da medida cautelar o juiz terá a possibilidade de reexaminar sua decisão, quando a sua substituição se afigurar adequada, como se dá, por exemplo, na hipótese de descumprimento da cautelar por parte do investigado.

¹⁴⁰ É certo que a mera alteração legislativa sem mudança de consciência ou sem o compromisso com uma hermenêutica verdadeiramente compatível com os valores constitucionais não é suficiente para a consolidação de um processo penal democrático.

¹⁴¹ BRASIL. Senado. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal/ Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.p. 24.

Em homenagem ao princípio da proporcionalidade, positivado entre as diretrizes fundamentais do novo Código de Processo Penal, proíbe-se a aplicação de medida cautelar que, em tese, seja mais gravosa que a pena decorrente de eventual sentença penal condenatória.

Ademais, limita-se a banalização do instituto da prisão provisória visto que a segregação cautelar só poderá ser invocada legitimamente quando outras providências acautelatórias, enumeradas exaustivamente, se apresentarem inadequadas ou insuficientes, tendo em linha de conta o princípio da proibição do excesso.

Ao que se infere das brevíssimas considerações, tem-se, aqui, mais uma contribuição na construção de um processo penal acusatório e garantidor dos direitos fundamentais do acusado.

3 Desafios do processo penal contemporâneo: entre a efetividade da tutela jurisdicional e as garantias do cidadão no Estado Democrático de Direito

O maior desafio do Direito Penal e do Direito Processual Penal, na sociedade contemporânea, é encontrar mecanismos que possibilitem uma maior eficácia (parâmetro empírico) na persecução punitiva da criminalidade e na tutela jurisdicional, sem reduzir o conteúdo valorativo das garantias que foram instituídas pela dogmática jurídica, como um sistema de proteção ao cidadão. Não se podem atropelar, sob nenhum pretexto, os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Se, por um lado, reclama-se eficácia com a pretendida modernização do processo, esta não pode realizar-se à custa da erosão dos padrões valorativos de garantias e, portanto, deve sempre funcionar no mais profundo respeito ao ser humano, sua dignidade e liberdade. O retrocesso lamentável na aceitação ou na incorporação, paulatina, de componentes autoritários no processo penal brasileiro poderá importar em mais desigualdade e injustiça para uma pátria, já se cansada de tais mazelas. Neste capítulo, apresentam-se, portanto, os desafios da ciência processual contemporânea.

3.1 Concretização do princípio constitucional da igualdade no processo como emanção de uma democracia substancial

Com inteira cabida às reflexões aqui propostas, tem-se o entendimento expresso por Wilson Alves de Souza, quando

defende a premente necessidade de sair da democracia formal para se vivenciar uma democracia substancial e demonstra a íntima relação entre o princípio do acesso à justiça e o princípio democrático. O processualista considera que “o conceito ‘democracia’ envolve a democracia política, econômica e social, a partir da ideia de igualdade de oportunidade a todos, e do objetivo constante de uma garantia de vida digna a todos os cidadãos”.¹⁴²

É oportuna, ainda, a referência ao ensinamento do publicista ao asseverar que “aplicado o princípio com a devida correção de rumos não é permitido ao legislador estabelecer desigualdades fora de critérios razoáveis, de maneira que a fórmula correta, no particular, seria “todos são iguais na própria lei”, e não “todos são iguais perante a lei”.¹⁴³

A plena concretização do princípio constitucional da igualdade é uma emanção de uma democracia substancial. Esta democracia substancial, tão decantada no mundo inteiro, passa necessariamente pela democratização do processo. A vivência democrática no âmbito político, econômico e social trará consequências inelutáveis ao respeito às regras da cultura processual, quer civil, quer penal.

Não se logrou ainda a fortuna de experimentar um Brasil, efetivamente, democrático.

Quem se dedica a refletir sobre a situação, anda ansioso pela vivência de uma prática processual, na seara penal, verdadeiramente democrática. Formalmente, o Brasil já está matrimoniado com a democracia, mas, na prática, como já se disse, raramente, se concretiza a democratização de oportunidades, ensejando a ruptura, que traz como resultado

¹⁴² SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. 2006. 427 f. Dissertação (Pós-Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra. p. 89.

¹⁴³ Idem, *ibidem*, p. 90.

a existência de “tantos brasis” Há o país dos miseráveis, analfabetos, sem meio de vida, sem assistência social, muito menos jurídica; quase sempre negros ou brancos de fome, o país dos moradores das invasões e das favelas, dos boias-frias, privados de todas as benesses, amargando as suas dores nos sertões mais longínquos, mas sem terem medo da pobreza extrema, provados pelo sofrimento, imersos num estado de incultura e por isso têm olhos mas não veem, não enxergam a condição desumana em que vivem porque, para eles, sobreviver já é o bastante.¹⁴⁴

Se esses “brasis” já são marcados por tantas e tão grandes contradições, dentro dos quadros de uma democracia substancial, o processo penal brasileiro não pode ser mais um espaço nacional para a negação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Ferrajoli apresenta, com justeza, o garantismo como base da democracia substancial:

[...] E todavia, em um sentido não formal e político, mas substancial e social de “democracia”, o Estado de Direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto. [...] Tudo isto justifica, a meu ver, uma redefinição do conceito de democracia. Chamarei de

¹⁴⁴ Trecho do discurso de formatura proferido pela autora como oradora oficial da turma (2005.2) de bacharéis em Direito da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, em 21.01.2006.

democracia substancial ou social o "Estado de direito" dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e *democracia formal ou política* o "Estado político representativo", isto é, baseado do princípio da maioria como fonte de legalidade. [...]¹⁴⁵

Muito se tem propagado a ampliação dos poderes instrutórios do magistrado, no tocante à produção de prova, como forma de realização do princípio da igualdade. Nesse sentido, entende-se ser permitido ao juiz na tentativa de equilibrar as partes do processo, sem privilegiar nenhuma delas. Assim é que, quando o juiz determinasse realização de provas, não estaria beneficiando nem prejudicando qualquer lado das partes, até porque não poderia saber sequer o resultado obtido com a investigação. Estaria apenas procurando formar a sua convicção e cumprindo seu dever de órgão do Estado.¹⁴⁶

A propósito do papel desempenhado pelo juízo penal, do que até aqui se mencionou, conclui-se que a iniciativa oficiosa no campo da produção de provas e a decretação de prisão preventiva de ofício são tipicamente posturas do sistema inquisitório, que fulminam o princípio da igualdade por ferir a desejável e necessária paridade de armas entre a acusação e defesa, pressuposto essencial do princípio do contraditório e da ampla defesa.

O valor da igualdade dos cidadãos na lei é vilipendiado quando se deixam margens ao exercício de funções acusatórias pelo julgador. Basta lembrar, no Brasil, por exemplo, a disparidade no modo de estruturação e funcionamento entre a Defensoria Pública e o Ministério Público. Não pode o magistrado dar sua contribuição pessoal para que se agigante o fosso entre a acusação e a defesa.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, cit., p. 694-695.

¹⁴⁶ Perfilha tal entendimento BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

Segundo revela Ferrajoli, o distanciamento do juiz referente aos escopos perseguidos pelas partes deve ser tanto pessoal quanto institucional. “O juiz não pode ter qualquer interesse pessoal na solução da causa” (“Ninguém pode ser juiz ou árbitro da própria causa”; “não pode ser juiz a pessoa a qual favoreça a esperança de obter maior utilidade ou satisfação com a vitória de uma das partes em detrimento da outra”, Hobbes). Também, para que seja garantida a imparcialidade, o “juiz não pode ter interesse público ou institucional”, na causa. É necessário que o juiz não tenha um interesse acusatório, e que simultaneamente não exercite as funções de acusação.¹⁴⁷

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli preleciona que as duas partes em causa devem “contender em posição de paridade, de modo que a imparcialidade do juiz não seja de qualquer modo comprometida pelo seu desequilíbrio de poder e não sejam criadas solidariedades ambíguas, uniões ou confusões entre funções judicantes e postulantes”.¹⁴⁸

Com razão Carnelluti quando afirmou que “el juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado y comprometido”.¹⁴⁹

3.2 Em defesa de uma perspectiva radicada na promoção dos direitos fundamentais

Para Calamandrei, “O juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete. Só se esse homem for capaz de

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, cit., p. 465-466.

¹⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 467.

¹⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*, Tradução de Enrique Figueroa Alfonso. México: Episa, 1997. p. 342.

pronunciar a meu favor a palavra da justiça poderei perceber que o direito não é uma sombra vã”.¹⁵⁰

Seria bom se se vivesse em uma atmosfera em que fosse sempre possível se deixar embalar nessa visão impregnada de lirismo. A metáfora de Calamandrei é digna de referência, mas desconsidera as fragilidades e imperfeições humanas, demasiadamente humanas que podem tocar aquele que é chamado a julgar. Só no plano da ideação se pode admitir que a justiça será sempre encarnada, na prática, na figura do juiz.

Agigantar os poderes probatórios nas mãos do magistrado ou não reconhecer limites às suas iniciativas (*ex officio*) pode despertar do sono profundo o juiz inquisidor, bastante nocivo aos interesses sociais e individuais na medida em que se desvia do seu papel de concretização dos direitos fundamentais.

O processo penal deve passar por profundas alterações para atingir a maximização das garantias substanciais e processuais do acusado e a minimização da iniciativa (*ex officio*) do magistrado. Para tanto, faz-se mister a sua constitucionalização e consequente outorga de legitimidade democrática.

Nesse sentido, o papel do juiz no processo penal deve ser atuar como garante da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado.

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário deve legitimar-se na medida em que atua como garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, decorrentes da Constituição Federal da República de 1988 e nos tratados e convenções internacionais, que o País seja signatário.

¹⁵⁰ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 11-12.

Compete-lhe, pois, velar pela garantia da liberdade dos cidadãos, impondo-se a absolvição do acusado quando não existir certeza quanto à responsabilidade penal do acusado, isto é, quando o Ministério Público ou querelante não se desincumbir do ônus probatório da autoria e da materialidade delitiva.

O juiz só poderá valorar legitimamente a prova se se mantiver alheio à atividade probatória.

Aury Lopes Júnior explica que, sempre que são atribuídos poderes instrutórios ao juiz, “destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquenato terzietà = alheamento). É um imenso prejuízo gerado pelos inúmeros pré-juízos que o julgador faz”.¹⁵¹

Em apertada síntese, à guisa de referencial teórico, tem-se o garantismo penal propugnado por Ferrajoli. Especialmente, tratando da matéria, explica:

[...] ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e impessoal valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto; o rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um enxerido, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação.¹⁵²

Durante o desenvolvimento deste livro insiste-se na utilização das palavras “garantias”, “garantismo”, “garantista”. Poder-se-ia perguntar se não se trata de mais um desses modismos ou de reflexo de uma “sensação do momento”. Antes de tudo, deve-se estar atento à assimilação irrefletida

¹⁵¹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, cit., p. 178.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, cit., p. 575.

das doutrinas alienígenas ou dos modelos legislativos estrangeiros como fonte de inspiração do labor teórico nacional, que deve estar comprometido com as peculiaridades histórico-culturais do País. Não é este o veio do trabalho.

A retomada da democratização substancial da Justiça passa pela revisão de valores, representada pela tendência da justiça *garantista* ou do *garantismo penal*.¹⁵³ Seguramente, trata-se de um modelo ideal, impossível de ser atingido plenamente, mas nos serve de “critério de valoração e de correção do direito existente”.¹⁵⁴

A premissa básica é a de que o direito existe para tutelar direitos fundamentais. A ideia encerra uma obviedade incrível, mas se justifica pela crise de efetividade desses direitos humanos positivados nas Constituições democráticas.

Noberto Bobbio, no prefácio da obra *Direito e razão: teoria do garantismo penal* de Ferrajoli, define “as grandes linhas de um modelo geral do garantismo”. Sistematiza a ideia de garantismo, elevando-o a modelo ideal de Estado de Direito, não apenas enquanto Estado liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas como Estado Social, convocado a proteger os direitos sociais. Em segundo lugar, apresentando-o como uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, em contraposição ao juspositivismo dogmático; e, por fim, interpretando-o como uma filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais do cidadão, do reconhecimento e da efetiva proteção (dado que o simples reconhecimento não é suficiente) destes direitos extrai sua

¹⁵³ Ferrajoli é o grande responsável pela estruturação da Teoria do Garantismo Penal, um dos marcos teóricos deste livro.

¹⁵⁴ Cf. BOBBIO, Noberto apud FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, cit., p. 9.

legitimidade e, bem assim, da capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva¹⁵⁵.

A impossibilidade de determinação de ofício no campo probatório na jurisdição penal bem como a decretação de prisão de ofício passa pela leitura dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição da República, sobretudo está atrelado à preservação dos princípios democráticos e garantistas.

¹⁵⁵ BOBBIO, Noberto apud Idem, *ibidem*, p. 9-10.

Conclusão

Depois de serem tangenciadas questões relevantes à compreensão da matéria, impende, agora, a formulação de algumas proposições conclusivas.

O processo de redemocratização vivenciado pelo País com o advento da Constituição Federal de 1988 convoca às profundas e estruturais reformulações no sistema processual brasileiro, impondo-se o desapego às velhas formulações inquisitivas, que entravam a vivência dos direitos fundamentais e são sinônimos de retrocesso político, cultural e jurídico.

A busca pela efetividade da tutela jurisdicional deve ocorrer dentro do modelo acusatório, em que haja uma distinção clara e precisa das funções de acusar, defender e julgar.

O direito processual é um veículo de consolidação do regime democrático e, por óbvio, serve como chave mestra que dá acesso à Justiça, garantindo-a. O processo penal é instrumento de proteção do cidadão contra o arbítrio punitivo estatal.

O preço da desejável efetividade do processo não pode ser o estrangulamento de garantias processuais, da degradação dos direitos do homem, sendo de rechaçar quaisquer manifestações judiciais totalitárias, que revelem inclinação inquisitorial incompatíveis com o sistema acusatório e como devido processo legal.

Há uma necessidade premente de fazer uma releitura do texto do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal da República de 1988, atendendo-se, assim, eficientemente à necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva.

O princípio acusatório consagra uma evolução jurídica progressiva no processo penal, não apenas no que diz respeito às exigências de que apenas a acusação, atribuída a um órgão distinto do juiz (Ministério Público ou querelante), possa trazer elementos probatórios para ensejar uma sentença penal condenatória, mas também a fixação de condições materiais que inviabilizem a contaminação do magistrado pela investigação de cunho inquisitivo.

Há situações introduzidas no sistema normativo pelo legislador processual que, velada ou explicitamente, contrariam a opção garantidora da ordem constitucional, como se verifica no art. 156 do CPP.

É imprescindível, portanto, que o labor teórico e hermenêutico dos profissionais da área jurídica esteja comprometido em fazer a melhor leitura possível dos dispositivos legais que constituem o sistema processual, maximizando as possibilidades interpretativas que prestigiem o sistema acusatório.

O sistema acusatório está intimamente relacionado com os regimes democráticos. Está harmonizado com as estruturas políticas que possibilitam uma ampla intervenção do cidadão na vida pública e reconhecem uma proteção qualificada das pessoas e de seus direitos em suas relações sociais e, em último caso, com o Estado.

O sistema inquisitivo se harmoniza com os regimes autoritários, notadamente, com aqueles que, em nome da defesa social, ou do patrocínio de interesses obscuros, sacrificam os interesses individuais.

Do ponto de vista axiológico e teleológico, não se pode falar em sistema misto pois seria uma aberração lógica.

O *ativismo judicial* quanto à produção de provas não se justifica no modelo acusatório de sistema processual. Se o

sistema admitisse a investigação oficiosa da verdade dos fatos, na seara penal, perderia toda a razão de ser da repartição do ônus da prova, que não pode ser entendida senão como sustentáculo do princípio dispositivo. É nula, portanto, a produção de prova realizada de ofício pelo magistrado, em face de sua ilegitimidade, no modelo acusatório de processo, eis que apenas o Ministério Público (ou o querelante, na ação penal privada) pode ser parte legítima para *persecutio criminis*.

A iniciativa instrutória do órgão judicial vulnera o princípio acusatório, ensejando uma ruptura valorativa no sistema processual. A estrutura nuclear do sistema acusatório, como já antes dito, reside na gestão da prova, que deve está a cargo restritivamente da acusação e da defesa.

Os elementos que estruturam o Processo Penal diferenciam-se, essencialmente, daqueles que estruturam o Processo Civil uma vez que os princípios unificadores de tais teorias são diversos.

O papel do julgador em matéria probatória está intimamente atrelado ao princípio inquisitivo ou dispositivo.

O reconhecimento da exacerbação dos poderes instrutórios do magistrado, no que toca à produção da prova, implicaria o atropelo de garantias individuais, mormente a do sistema acusatório, consagrado pela Constituição Federal da República de 1988 compromissada com a edificação de uma sociedade democrática, respeitadora dos direitos fundamentais e, portanto, com o mais absoluto respeito à dignidade do réu.

Quaisquer que sejam as considerações em derredor da prova no processo penal brasileiro, deve-se ter em linha de conta que em favor do réu milita, *a priori*, a presunção de inocência, constitucionalmente reconhecida no art. 5.º, LVII, da *Lex Mater*, segundo a qual “ninguém será

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Assim, pertence à parte acusadora o *onus probandi* de destruir a presunção constitucional segundo a qual o acusado é inocente. Pode-se até afirmar que o acusado ostenta uma “inocência precária”, dado que é possível que a construção constitucional que o garante seja desfeita dentro do jogo racional que se espera seja o processo. Não é do acusado, pois, o ônus da prova de sua inocência.

Em matéria processual penal, para além da máxima *ne procedat iudex ex officio*, como consectário lógico do princípio da presunção de inocência, há o brocardo latino *in dubio pro reo* que informa a atividade probatória e, igualmente, dirige-se ao julgador.

Não é papel do magistrado a busca da suposta verdade real. Muito dessa oficiosidade desmesurada na produção de prova, perceptível na práxis penal, expressa a busca de algo impossível à mísera condição humana. A verdade denota uma ideia de totalidade, inalcançável à apreensão humana. A verdade real é mito. A verdade que interessa ao processo penal é aquela de natureza exclusivamente jurídica.

Se é assim, e assim deve ser mesmo, o interesse da persecução criminal e o interesse da absolvição devem ser assumidos respectivamente pela parte acusadora (público ou privado) e pela defesa técnica do réu.

Nesse sentido, desenvolvendo-se o raciocínio acusatório, compete ao magistrado zelar pela fiel observância das regras procedimentais e, ao final, entregar a sua prestação jurisdicional. O juiz deve fiscalizar a atividade das partes, mas não investigar, isto é, não deve participar da produção nem da coleta de provas, eis que tal ônus compete exclusivamente

às partes, garantindo-se, assim, a máxima imparcialidade do órgão julgador, cuja função é decidir a causa.

Cabe ao Ministério Público, como órgão acusador, provar e afastar as dúvidas que, eventualmente, surjam ao longo da instrução criminal e que afetem a hipótese acusatória contida na denúncia ou o querelante, na queixa-crime. Quando não conseguir se desincumbir do seu ônus probatório, e, portanto, inexistindo provas suficientemente claras para autorizar a decisão condenatória, impõe-se a absolvição do réu, quer pela fragilidade probatória, quer por sua ausência. Compete ao juiz absolver o réu, com embasamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Malgrado o Código de Processo Penal brasileiro ainda preveja, formalmente, a possibilidade de decretação de prisão preventiva, de ofício, pelo juiz criminal, em fase inquisitorial ou durante a instrução criminal, conclui-se que tal norma é materialmente incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que consagra o processo penal acusatório e democrático, caracterizado, fundamentalmente, pela nítida distinção entre papéis processuais de acusar, defender e julgar, bem como pela imparcialidade do julgador.

A norma contida no art. 311 do CPP constitui exemplo paradigmático de caso de revogação por ausência de recepção pela nova ordem constitucional. Como o juiz criminal deve estar afastado da fase de investigação pré-processual, segundo o modelo acusatório, não pode sair da sua posição suprapartes, para decretar prisão preventiva, sem que tenha havido requerimento do Ministério Público. No processo penal de partes, o juiz criminal não pode agir de ofício na fase pré-processual de persecução criminal, sob pena de violação do princípio dispositivo (*ne procedat judex ex officio*) e do princípio

da imparcialidade e da vulneração das demais diretrizes científicas do modelo teórico acusatório.

Quando o juízo está no processo, a serviço da acusação, ou comprometido com o “combate à criminalidade”, não há mais como falar em democracia processual, pois a isenção para o julgamento do processo pressupõe o seu desapaixonamento em relação à causa. O juiz deve julgar, simplesmente. Não pode se misturar com as partes na arena do conflito, que deverá, por imperativo de profissão, decidir com imparcialidade. A obviedade é alarmante, mas precisa ser reafirmada.

As mudanças políticas e as ideias constitucionais que animaram com um novo espírito o processo penal brasileiro, depois da esperança renovada, deixa no ar um sabor, ao mesmo tempo amargo, pela desilusão já experimentada, no dia-a-dia da realidade forense nacional, pelos entraves criados em parte pela inabilidade técnica de certos operadores jurídicos para conduzir a máquina garantista construída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Bastante significativa é a imagem de Ayarragaray: “Pero yo tengo la convicción de que con ella se fabricó una máquina muy perfecta y no hay maquinista que la pueda dirigir”.¹⁵⁶

A consolidação dos valores sistêmicos, nomeadamente aqueles relativos ao modelo acusatório garantista, passa necessariamente pelo distanciamento do juiz criminal da produção dos elementos de convicção sobre a autoria e materialidade delitiva que nortearão o julgamento da causa, equivale a dizer, pela impossibilidade de se lhe atribuírem poderes sobre a gestão de prova. A função típica de julgar é que deve ser preservada. Não importam, pois, as aludidas

¹⁵⁶ AYARRAGARAY, Carlos A. *El destino del derecho procesal...*, cit., p. 32.

limitações constitucionais à iniciativa (*ex officio*) do juiz em amordaçamento do Poder Judiciário, antes disso resulta da reafirmação desse poder como garantidor supremo das altas tradições democráticas que lhe foram confiadas.

Referências

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 3 ed. rev. atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

ARGENTINA. *Código Procesal penal modelo para iberoamérica: historia, antecedentes, exposicion de motivos y texto del proyecto*. Argentina: Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 1989.

ATIENZA, Manuel. *Código Ibero-americano de ética judicial*. Brasília: CJF, 2008.

AYARRAGARAY, Carlos A. *El destino del derecho procesal al término de la guerra*. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor, 1945.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BASTOS, Marcelo Bessa. *Sistema acusatório e suas implicações no processo penal: da investigação à sentença*. Projeto de Pesquisa científica apresentado no programa de pós-graduação *stricto sensu*. Mestrado da Faculdade de Direito de Campos/RJ, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

BÍBLIA. Português. *A Bíblia sagrada*. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada no Brasil. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONILLA, Marcos Martins. *Aspectos constitucionais do processo penal*, São Paulo: RT 1987.

BORGES, Clara Maria Roman. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 75.

BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. Organização Luiz Flávio Gomes. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2008. p. 341-350.

BRASIL. Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.352-353.

BRASIL. Senado. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal/Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1570-2. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, Ementário n.º 2169-1, *Diário de Justiça* de 22.10.2004.

CÁCERES JULCA, Roberto; IPARRAGUIRRE N., Ronald D. *Código Procesal Penal comentado*: Decreto Legislativo n. 957. Peru: Jurista Editores E. I. R. L. Edición actualizada: mayo 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale della Libertà*, 1955.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Tradução de Enrique Figueroa Alfonso. México: Episa, 1997.

----- . *Direito processual civil e penal*: direito processual civil. Campinas: Peritas, 2001. v. 1.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: ----- (Org.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 7-500.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CODIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMERICA. Disponível em: www.cejamericas/nexos/62/es/imagenes/textocodigoprocesalpenal.pdf. Acesso em: 05.02.2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORDERO, Franco. *Guida allá procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: ANUÁRIO IBERO-AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, 2001/2002.

----- (Org.). *Crítica à teoria geral do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

----- . Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais* (04), Porto Alegre: ITEC, ano 02, 2000. jan.-mar. p. 5.

----- . O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo. *Anais do evento comemorativo de Sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro: IAB, 1994.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.
- DUCLERC, Elmir. *Curso Básico de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação*. São Paulo: Loyola-Unipeb, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- _____. *Justicia penal y democracia*. El contexto extra-procesal. Palestra apresentada em Buenos Aires e publicada na *Revista Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 4, p. 3, 1998.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1999. v. 2.
- GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; QUEMADA Vicente Herce. *Derecho procesal penal*. 8. ed. Madrid, 1975.
- GREGO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, São Paulo, n. 68, p. 13-25, jan.-jul. 1999.
- ; BARBOSA MOREIRA. Projeto de Código Processual Penal-Tipo. *Revista do Processo*, v. 61.
- INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. *Democracia e formação dos Juizes. Seminário*. Rio de Janeiro. 25-26 de agosto de 1997.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

----- . *Manual dos Cursos de Lógica Geral*. Tradução de Fausto Castillo. 2 ed. Campinas-SP: Editora da Unicamp, 2003.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

----- . ----- . Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

----- . *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma de Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

MINÁ, Frederico Ivens; CEREJO, Saulo Baqueiro. Da impossibilidade da autoridade judiciária determinar provas ex-officio. Art. 156 do CPP. 04/11/2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/17/94/1794/>>. Acesso em: 9 jun. 2007.

MONREAL, Eduardo Novoa. *La evolución del derecho penal en el presente siglo*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1977.

MORENO, Artemio. *Concepción moderna del proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1944.

NIETZSCHE, Friedrich. *Fragmentos Finais*. Brasília: Editora UNB, 2002. p.74 e 77.

NOSETE, José Almagro. *Sobre la naturaleza del proceso penal*. Sevilla: Separata de Anales de la Universidad Hispalense. Derecho, v. 28, 1968.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Atualizado de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PIETRO SANCHÍS, Luis. El Neoconstitucionalismo de Los Derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo*: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 229.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novissimo dicionário latino-português*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier.

SOROS, Georges. *A era da insegurança: as conseqüências da guerra contra o terrorismo*. Tradução de Lucia Boldrini. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. 2006. 427 f. Dissertação (Pós-Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

TAORMINA, Carlo. *Giudice Naturale e Processo Penale*. Roma: Bulzoni, 1972.

TOME GARCÍA, José. *Derecho procesal penal*. Madrid: Ramón Areces, 2002.

VILAS BOAS, Alberto. *Código de Processo Penal anotado e interpretado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005

Livro produzido pela
Câmara Brasileira de Jovens Escritores
Rio de Janeiro - RJ - Brasil
<http://www.camarabrasileira.com>
E-mail: cbje@globo.com