

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO**

**ALEXANDRE SALES SILVA**

**O PAPEL DO JUIZ NA PRODUÇÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL  
CONSTITUCIONAL**

**Florianópolis,  
junho de 2012**

**ALEXANDRE SALES SILVA**

**O PAPEL DO JUIZ NA PRODUÇÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL  
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada à banca examinadora do Colegiado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa.

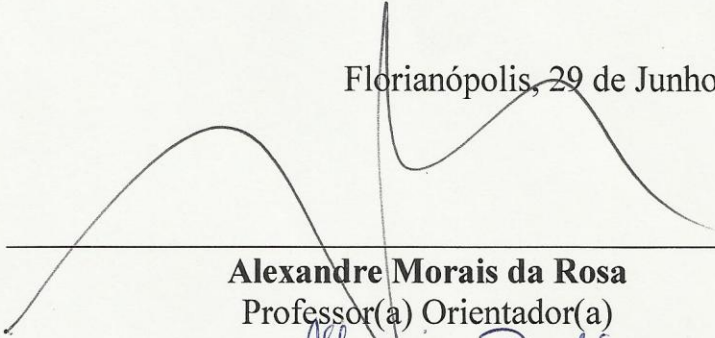
**Florianópolis,  
junho de 2012**

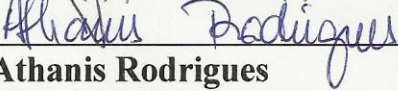
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

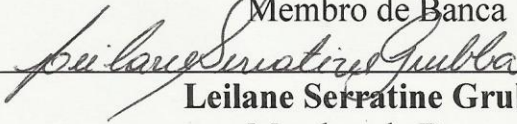
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**O papel do Juiz na Produção de Prova no Processo Penal Constitucional**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Alexandre Sales Silva**, defendida em **29/06/2012** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DA), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 29 de Junho de 2012.

  
\_\_\_\_\_  
**Alexandre Morais da Rosa**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Athanis Rodrigues**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Leilane Serratine Grubba**  
Membro de Banca

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, José Pedro e Zélia, por me entenderem e apoiarem quando não pude prosseguir, e confiarem que eu podia recomeçar e, desta vez, terminar.

À minha namorada, Denise, por todo amor e palavras de incentivos, pelo companheirismo, e também, por acreditar que era possível.

Aos meus irmãos, José Roberto e Juliana, minha cunhada Edirlete, pelo carinho e interesse, e por serem as pessoas que sempre poderei contar na vida, sendo o contrário também verdadeiro.

Às minhas queridas sobrinhas, Nathália e Giovanna, por todo amor e diversão que me proporcionam de forma incondicional.

Aos meus demais familiares, em especial, meu padrinho Nelinho, que sempre foi uma inspiração e motivação para meus estudos, e pelo apoio na finalização desta monografia.

Ao Dr. Alexandre Morais da Rosa, por prestar esta orientação, e por ter sido um excelente professor, que me apresentou este instigante tema em suas aulas de processo penal, que nos fez repensar a aplicação do direito processual e penal.

Aos professores e colegas de turma por todo aprendizado e convivência, que fizeram destes cinco anos inesquecíveis.

Sei o que devo defender  
E, por valor eu tenho  
E temo o que agora se desfaz.  
(Legião Urbana)

A aprovação da presente monografia não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

## RESUMO

Esta obra tem como objetivo principal o estudo da produção de prova de ofício pelo juiz no processo penal constitucional. A presente monografia almeja estudar os sistemas processuais penais acusatório, inquisitório e misto, de forma histórica e conceitual, de maneira a verificar que a Constituição da República de 1988 (CR88), através do regime democrático e de seus princípios e garantias fundamentais, optou pela sistemática processual penal acusatória, estando os artigos de matriz inquisitória do Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.689/41 em desconformidade constitucional. O que resulta que a atuação do juiz criminal deve ser pautada pelos ditames constitucionais a indicarem que a gestão do prova deve estar a cargo das partes, quais sejam acusação e acusado. Sendo que o juiz é terceiro imparcial, tem a função de conduzir o processo penal equidistantemente das partes, garantindo a aplicação dos direitos e garantias constitucionais e sua imparcialidade, emanando sentença motivada e sobre as provas produzidas pelas partes em contraditório e respeitados os princípios da ampla defesa, da presunção de inocência e de *in dubio pro reo*. Obteve-se como conclusão que, inobstante a supremacia constitucional, diariamente os juízes continuam a produzir provas de ofício, sendo, em sua grande maioria, tutelados pelos tribunais estaduais e superiores, sob o manto da busca da verdade real e do interesse público na repreensão dos crimes.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Constituição da República. Princípios Constitucionais. Sistema Acusatório. Sistema Inquisitório. Gestão da Prova. Imparcialidade. Contraditório. Ampla Defesa. Presunção de Inocência. Partes.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. SISTEMAS PROCESSUAIS .....	11
1.1 Noções de Sistemas e de Núcleo Fundante .....	11
1.2. Sistema Acusatório .....	13
1.3. Sistema Inquisitório .....	18
1.4. Sistema Misto .....	21
1.5. O Sistema Processual Penal Brasileiro .....	23
2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O PROCESSO PENAL .....	25
2.1. A Constituição da República e as Normas Processuais Penais .....	25
2.2. Princípios Constitucionais do Processo Penal – Uma Releitura do CPP.....	28
2.2.1. Juiz Natural .....	28
2.2.2. Direito ao Silêncio e à Não Autoincriminação .....	29
2.2.3. Contraditório .....	30
2.2.4. Ampla Defesa.....	31
2.2.5. Presunção de Inocência .....	32
2.2.6. Motivação das Decisões Judiciais.....	33
2.2.7. Princípio Acusatório .....	34
2.3. O Que Sobra do CPP .....	35
3 A FUNÇÃO DOS ATORES JUDICIAIS NO PROCESSO EMINENTEMENTE ACUSATÓRIO .....	41
3.1. Os Atores Processuais no Processo Acusatório.....	41
3.1.1. Sujeitos Processuais e Conceituação de Partes no Processo Penal .....	41
3.1.2. Ministério Público.....	45
3.1.3 Acusado e seu Defensor .....	50
3.2. As Provas no Sistema Processual Brasileiro.....	51
3.3. A Gestão da Prova e a Função Constitucional do Juiz .....	54
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS .....	67



## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema o Direito Processual Penal e, como objeto, o estudo da produção de prova de ofício pelo juiz, em conformidade com a Constituição da República de 1988 e de que modo o assunto é tratado pelo atual Código de Processo Penal, Decreto Lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941.

Foi utilizado o método dedutivo na construção desta monografia, buscando na doutrina, jurisprudências e leis demonstrar, de forma lógica, a desconstrução da mentalidade de sistema inquisitório para a produção de sistema acusatório pautado nas garantias e direitos fundamentais da Constituição.

O objetivo principal será buscar na Constituição da República os princípios que regem a atuação do juiz no processo penal e, neles verificar quais devem ser as posturas dos juízes frente à produção de provas de ofício. O juiz deve, à luz da Constituição, perquirir novas provas a fim de fundamentar sua decisão, em busca da verdade dos fatos?

A fim de atingir este objetivo, no primeiro capítulo, serão abordados os sistemas processuais penais. Primeiramente, buscando a definição de sistemas, seus conceitos e seus núcleos de identificação fundantes, para então, visualizar-se histórica e conceitualmente, cada sistema processual.

Inicialmente será estudado o Sistema Acusatório, que tem como núcleo fundante o princípio dispositivo, no qual as partes têm a gestão da prova, através da análise histórica, verificar suas principais características, vantagens e desvantagens.

Da mesma forma, será exposto o sistema inquisitório, que tem o princípio inquisitivo como núcleo, competindo ao juiz inquisidor às funções de julgar e acusar, utilizando-se de seu poder/dever para buscar a verdade por trás do ato violento ou do ato criminoso. Serão observados suas raízes históricas e os conceitos que motivaram sua aplicação nos períodos mais turbulentos da história, avaliando-se também suas vantagens e desvantagens.

Na sequência, contempla-se o sistema misto e o que se pode, ou não, entender pelo sistema que mescla o acusatório ao inquisitório e vice-versa, analisando-se a (im)possibilidade teórica do sistema misto, sua aplicação histórica e seus conceitos basilares.

O primeiro capítulo encerra-se com a análise da doutrina pátria, acerca da classificação do atual sistema processual brasileiro, composto pelo Código de Processo Penal

vigente e pela Constituição da República de 1988. Afinal, o sistema processual brasileiro é acusatório, inquisitório ou misto?

No segundo capítulo, aborda-se a temática Constituição da República de 1988 *versus* Código de Processo Penal de 1941, que inicia pelo estudo quanto ao que consiste a Constituição e quanto ao modo com que seus princípios devem iluminar as normas infraconstitucionais, verificando de que maneira a forma de Estado eleita pela Constituição interfere na forma com que o Estado regulamenta a punição dos crimes e sua persecução criminal.

Serão avaliados os princípios erigidos na Constituição da República de 1988 e sua aplicação direta ao Processo Penal Constitucional, quais sejam, o princípio do Juiz Natural, o princípio do Direito ao Silêncio, o princípio de Não Autoincriminação, o princípio Contraditório, o princípio de Ampla Defesa, o princípio de Presunção de Inocência, o princípio da Motivação das Decisões Judiciais e o Princípio Acusatório.

E, por último, o que sobra do CPP, numa análise de artigos do atual código que se encontram em divergência com os ditames constitucionais, alguns já revogados expressamente, outros ainda vigentes, por vezes sendo aplicados diariamente, ou não, por revogação tácita.

No terceiro e último capítulo, partindo do pressuposto do processo penal eminentemente acusatório, verifica-se a participação constitucional dos atores processuais.

Inicialmente, caberá conceituar os sujeitos e as partes no processo penal eminentemente acusatório, partindo da problemática aplicação da Teoria Geral do Processo ao Processo Penal.

Determinadas quem são as partes no processo penal acusatório, serão expostas suas funções e seus limites de atuação, a fim de concretizar o Estado Democrático de Direito e de atingir o objetivo principal desta obra, que é delimitar a gestão da prova.

Na sequência é exposta a problemática da gestão da prova no processo penal brasileiro, a atuação dos atores processuais penais, como a doutrina e os tribunais brasileiros, por meio de jurisprudências exemplificativas, vem se pronunciando.

Encerrando esta obra, aborda-se a função que a Constituição guarda para o juiz criminal: qual deve ser a postura do julgador perante o processo penal acusatório; as críticas à postura do juiz inquisitivo; e, os benefícios e as dificuldades da implantação de um juiz

garantidor, protetor dos direitos e de garantias fundamentais elencados na Constituição da República de 1988.

## 1. SISTEMAS PROCESSUAIS

Antes de adentrar no estudo individualizado dos sistemas processuais penais, entende-se necessário que sejam verificados quais foram, e são, os critérios que nortearam a classificação de cada sistema. O que define se o sistema é Inquisitório ou Acusatório?

### 1.1 Noções de Sistemas e de Núcleo Fundante

No estudo do processo penal, muito se dedicou a descrever a composição dos sistemas penais, tais como acusatório, inquisitório e, por último, o sistema misto, porém, não houve preocupação com o estudo da significação de sistema no âmbito processual e de seus critérios determinantes para a formação do sistema processual penal.

A palavra sistema tem origem no grego *system*, de *synistemi*, estar junto de, e do latim *systema*, *sustematis*, que significa reunião. De modo geral, Andrade (2008, p.29) define: “[...] o conceito de sistema está ligado a algo amplo e complexo, onde um só princípio, regra, elemento ou parte não é suficiente para configurá-lo como tal”.

Trazendo o conceito para a ciência jurídica, Andrade (2008, p. 30 e 31) conclui:

[...] o termo *sistema jurídico* pode ser inicialmente definido como *a reunião*, consciente, ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação continente e conteúdo, respectivamente.

A partir da ideia de *princípio fundante*, Coutinho (2001a, p.16) conceitua sistema como “*um conjunto de temas que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim a que se destina*”.

Para Lopes Jr. (2010a, p.74), com relação aos sistemas: “[...] o ponto nevrálgico é a identificação de seu núcleo, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório, e não os elementos acessórios (oralidade, publicidades, separação das atividades, etc.)”.

Tradicionalmente, a doutrina costuma identificar, como critério de classificação entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório, a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar. Historicamente, este foi o critério usado para identificar os sistemas, conforme aponta Lopes Jr. (2010a, p.72). Porém, na visão do autor, hodiernamente tal distinção se mostra insuficiente para caracterizar o modelo processual:

Dada a sua complexidade, como conjunto de atos concatenados, o processo é formado por toda uma cadeia de circunstâncias que se inter-relacionam e influem no resultado final. Basta analisar o sistema inquisitório, para ver que ao lado da acumulação de funções (investigar, acusar e julgar) existe toda uma gama de princípios que juntos compõem e dão conteúdo ao todo. Especial atenção merece o contraditório, pois existe uma acertada tendência de considerá-lo fundamental para a própria existência do processo enquanto estrutura dialética.

Assim, entende Lopes Jr. (2010a, p.73), que ainda que o critério de diferenciação tenha sido importante para a distinção dos sistemas processuais penais, hoje devemos concluí-lo como insuficiente, não bastando à separação das funções de investigar-acusar-julgar, se não forem respeitados os princípios do contraditório e imparcialidade, e conclui:

Daí porque é reducionista alguma doutrina que focada exclusivamente no histórico da separação de funções (*ne procedat iudex ex officio*) aí ancora, passando a criticar aqueles que impõem a superação de tais reducionismos e postura mitológica. Pensamos que, se originariamente o sistema acusatório teve por núcleo a separação de funções, o nível atual de desenvolvimento e complexidade do processo penal não admite mais tais modificações.

Desta forma, diferenciar sistema inquisitório do sistema acusatório necessita, primeiramente, da determinação do núcleo fundante que informa estes sistemas. Para tanto, ensina Coutinho (2001a, p.28):

[...] a diferença destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério da gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador.

Nesta mesma toada, Lopes Jr. (2010a, p. 74) afirma que “[...] o processo tem por finalidade [...] buscar a reconstituição de um fato histórico, de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores”. Estes princípios são o princípio dispositivo e o inquisitivo.

Corroborando com todo o já exposto, Rosa (2010a, p.62 e 63) leciona:

[...] a compreensão de *sistema* decorre da existência de um *princípio unificador*, capaz de derivar a cadeia de significantes dele decorrentes, não se podendo admitir a coexistência de princípios (no plural) na origem do sistema, [...]. Assim é que no *Sistema Inquisitório* o *Princípio Inquisitivo* marca a cadeia de significantes, enquanto no *Acusatório*, é o *Princípio Dispositivo* que lhe informa. E o critério identificador, é, por sua vez, o da *gestão da prova*.

Após destacar o critério de identificação, como sendo a gestão da prova, já é possível analisar os modelos históricos que são apresentados: sistema inquisitório, acusatório, e misto.

## 1.2. Sistema Acusatório

No seu modelo histórico, o sistema acusatório tinha como engrenagem fundamental a separação das funções de investigar, acusar e julgar. As primeiras demonstrações de um processo penal mais justo e buscando a igualdade das partes surge no direito da Grécia Antiga. (ANDRADE, 2008, p.50)

Ainda na visão de Andrade (2008, p.50), “Apesar de o direito ateniense ser considerado o berço do sistema acusatório, o certo é que ele não foi o primeiro a vigorar em Atenas”. Antes dele, vigorou o sistema inquisitório, conforme escritos de Aristóteles (384-322 a.C.), ficando demonstrado que sociedade ateniense era de base oligárquica, na qual, quem detinha o poder controlava a sociedade e mantinha a estrutura social jungida ao seu interesse. Desta forma, o sistema judicial atendia aos interesses da classe dominante e estava organizado sob o modelo inquisitivo, sendo a magistratura composta por pessoas notáveis e ricas. (ANDRADE, 2008, pg. 51)

Esse modelo só foi superado quando o povo, cansado de sua exclusão e opressão social, rebelou-se contra a oligarquia. Para pôr fim ao longo período de conflitos e tensões internas, Sólon (por volta de 640 a.C.), a quem foi incumbida à missão de elaborar a nova Constituição ateniense, concedeu alguns direitos ao povo, sem equipará-lo à classe dominante, entre estes direitos estando a proibição das garantias pessoais por dívidas e a abolição da escravatura em relação às pessoas que se tornaram servas por dívidas, e outros direitos que acalmariam a classe dominada. (ANDRADE, 2008, p.53)

A verdadeira mudança, que começa a semear o sistema acusatório, segundo Andrade (2008, p. 53):

[...] se produziu com a possibilidade de o povo fazer parte dos tribunais, sendo decisivo para implantação da democracia em Atenas. Além disso, também se concedeu ao povo o direito de apelar a um tribunal popular contra as decisões dos magistrados, e o livre acesso à justiça, seja por parte do prejudicado, seja por um terceiro, através da ação popular.

É importante ressaltar o destaque dado por Andrade (2008, p.53), com relação à diferença entre os juízes e os magistrados, tanto em Atenas como em Roma: “Juízes eram cidadãos comuns encarregados de julgar nos tribunais cuja composição era feita por pessoas do povo. Já os *magistrados* eram funcionários públicos vinculados ao poder central.”

Com o decorrer do tempo, o tribunal popular foi ganhando mais força e passou a ser chamado Tribunal dos Heliastas, começando a ser responsável pela resolução dos assuntos judiciais. O progresso popular teve seu ápice no período democrático ateniense, quando os

cargos públicos eram distribuídos por sorteio, pela responsabilidade destes cargos e pela tomada de decisões por parte da Assembleia do Povo. Isso, nos séculos V e IV a.C. (ANDRADE, 2008, p. 54 e 55)

Segundo Andrade (2008, p.55), o sistema processual acusatório de Atenas surgiu com o seguinte rito:

1) o autor realiza a citação verbal do acusado na presença de testemunhas que, em geral, eram duas; 2) antes da apresentação do acusado, o autor deveria prestar juramento de que não exercia seu direito com má-fé; 3) posteriormente à citação do acusado, mas antes de seu comparecimento ante o magistrado, este último deveria receber do autor seus escritos de acusação, constando os fatos e fundamentos jurídicos, assim como um depósito em dinheiro; 4) o período de investigação pelas partes, que, em alguns casos era de trinta dias, começava com o comparecimento do acusado; 5) estando suficientemente instruído com os elementos colhidos durante a investigação, o magistrado fixava o dia dos debates e a composição do tribunal; 6) o primeiro a falar era o acusador e, depois, o acusado, ambos com igual tempo; 7) terminados os debates, os juízes proferiam a decisão sobre o mérito, relativa à condenação ou absolvição do acusado; 8) se o acusado era condenado, realizava-se uma segunda sessão de debates, destinada a discutir a pena que deveria ser aplicada; 9) os juízes estavam vinculados às penas requeridas, não podendo aplicar outras; e, 10) se fosse condenado à morte, o acusado era imediatamente preso para a execução da sentença.

É evidente que em sua infância ateniense, o sistema acusatório não operaria em sua forma plena. Assim, quando o Estado sentia-se ameaçado em seus interesses, ele poderia realizar a investigação. Logo após, remetia os resultados ao Senado ou à Assembleia do Povo, que designava um acusador a servir como representante do poder central, inserindo um acusador público, disfarçado de acusador popular. (ANDRADE, 2008, p.58)

Nesta mesma ótica, outra mazela do sistema acusatório ateniense residia na possibilidade do emprego da tortura contra os cidadãos que atuavam como partes e contra os escravos, quando testemunhas. Conforme Andrade (2008, p.61):

A confissão sob tortura era considerado um argumento retórico *sem arte*, pois não era obtido pelos atributos do orador. Aristóteles já dizia que sua utilização, como prova no processo, poderia servir às duas partes: ao acusador, porque outorgava credibilidade em razão do uso da força. E ao acusado, já que as pessoas confessavam com mais facilidade para que a tortura chegasse a seu fim.

Por derradeiro, conforme opina Andrade (2008, p. 64 e 65), os problemas existentes no sistema acusatório ateniense seriam a impunidade e a manipulação dos juízes populares. A impunidade se manifestaria na exigência de condições financeiras do autor para iniciar o processo (pagamento prévio para ingressar com a ação), no reconhecimento da legitimidade ativa (cidadãos comuns, vítima ou familiares, que ficavam desprotegidos em relação à possível represália do acusado) e no vínculo intransponível dos juízes ao que foi requerido pelas partes (vinculação ao que foi produzido e solicitado pelas partes, vedada a deliberação parcial dos pedidos).

De toda sorte, ainda existia, paralelamente, a hipótese da aplicação do sistema inquisitivo, através do Conselho do Areópago, formado pela classe dominante ateniense, procedendo “de ofício” e punindo sem acusação e defesa. Assim, nos casos que não chegavam aos tribunais populares, o magistrado se encarregava de punir os delinquentes sem lhes ofertar possibilidade de defesa, e diante da ausência de dúvida sobre a culpabilidade do indivíduo, ele mesmo procedia à execução de sua própria sentença. (ANDRADE, 2008, p. 67)

Desta forma, percebe-se que a Grécia foi o berço do sistema acusatório, não se aplicando a todas as possibilidades. Para Lopes Jr. (2010a, p.58 e 59):

A origem acusatória remonta ao direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e a acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do direito civil.

No direito romano, não se tem bem claro quando se iniciou a participação popular (*provocation ad populum*) no processo criminal. Admite-se a ideia de que ele estivesse presente desde o período monárquico, mas foi no período republicano que tomou forma e se sedimentou, aparecendo novamente as matizes do sistema acusatório. (ANDRADE, 2008, p.71)

Conforme expõe Lopes Jr. (2010a, p. 59), durante a Alta República, na forma processual denominada *cognatio*, era possível ao povo o recurso de anulação (*provocatio*) das decisões dos magistrados, que detinham grandes poderes, de modo a buscarem os fatos da forma que entendessem. Este modelo se enfraqueceu nos últimos séculos da república, sendo considerado como insuficiente e escasso de garantias e a colocar uma poderosa arma política nas mãos dos magistrados.

Surge então a *accusatio*, nesta forma de processo penal. A partir do último século da República, a acusação era assumida por um cidadão do povo - um representante voluntário da coletividade (*accusator*) - órgão distinto do juiz e não pertencente ao Estado. (LOPES JR., 2010a, p.59)

No período do Império, o sistema acusatório foi se desgastando, mostrando-se insuficiente para acalmar os ânimos e as intenções de vingança, decorrentes das novas necessidades de repressão aos delitos. Com a insatisfação frente ao sistema acusatório, os juízes começaram a invadir, cada vez mais, o espaço antes ocupado pelos acusadores privados, procedendo de ofício, sem acusação formal e realizando, eles mesmos, a investigação, posteriormente proclamando a sentença, num processo que denominavam



*processo extraordinário* e que, inclusive, introduzia a tortura no processo penal romano. (LOPES JR., 2010a, 60)

Ainda nas palavras de Lopes Jr. (2010a, p.60):

E se no início predominava a publicidade dos atos processuais, isso foi sendo gradativamente substituído pelos processos à porta fechada. As sentenças, que na época republicana eram lidas oralmente desde o alto do tribunal, no império assumem a forma escrita e passam a ser lidas na audiência. Nesse momento surgem as primeiras características do que viria a ser considerado como um sistema Inquisitório.

Segundo Alonso, citado por Lopes Jr. (2010a, p.59), as principais características do processo penal romano eram:

- a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que eles mantinham afastados da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes;
- b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas;
- c) a adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo;
- d) estava apenado o delito de denunciação caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não podia proceder contra réu ausente;
- e) acusação era por escrito e indicava as provas;
- f) havia contraditório e direito a defesa;
- g) o procedimento era oral;
- h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.

Posteriormente o sistema acusatório veio a renascer na Inglaterra, no governo de Henrique II, em 1166, com a criação do *Grand Jury*, composto por 23 cidadãos e, caso recebida a denúncia, era julgada por um *Petty Jury*, composto por 12 membros. Neste modelo, o *jury* dizia o direito material, enquanto ao rei competiam os dizeres da lei processual. No entanto, o representante do rei somente mantinha a ordem dos procedimentos, sendo o debate sustentado pelas partes. (COUTINHO, 2010. p. 4).

Coutinho (2010, p. 6), ainda afirma que o sistema inglês, que se convencionou chamar de sistema acusatório, influenciou boa parte dos sistemas processuais penais do mundo, sendo que a disputa entre acusação e defesa tendia a ser leal e indicava certa paridade de condições entre os contendores, sendo que, na visão do autor, o vital:

[...] era que os juízes decidiam com base naquilo que sabiam (como não poderia deixar de ser), mas, depois, com base naquilo que as partes aportavam no processo, o qual se mostrava como um jogo dialético entre os argumentos delas, em geral travado em local público.

Portanto, nos dizeres de Coutinho (2001b, p.36), a estrutura de processo penal gestada na Inglaterra, durante o nascimento e desenvolvimento do *common law*, gera um genuíno processo de partes pois, “na essência o *contraditório* é pleno e o *juiz estatal* está em

posição passiva, *sempre longe da colheita da prova*. O processo, destarte, surge como uma *disputa entre as partes* que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *vere dictum*”.

Posteriormente, já no século XVIII, a partir dos ideais da Revolução Francesa e de seus postulados de valorização do homem, ocorre gradual abandono do sistema inquisitório e de seus traços mais cruéis. A partir de então, surge o que foi convencionado como sistema processual misto. (LOPES JR., 2010a, p.60)

Hoje, nos dizeres de Lopes Jr. (2010a, p. 60), a forma acusatória caracteriza-se pela:

- a) clara distinção entre atividade de julgar e acusar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes;
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominante);
- f) plena publicidade de todo procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo aos critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Ainda, neste mesmo diapasão, Rangel (2005, p. 53) elenca as principais características desse sistema:

- a) há a separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu;
- b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos;
- c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas;
- d) o sistema de provas adotado é o do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo;
- e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesses instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Conforme Ferrajoli (2010, p. 518), faz-se necessária a distinção das características teóricas e históricas do processo acusatório, explicitando o autor que, fazem parte tanto do modelo teórico como histórico a separação rígida entre juiz e acusação, a paridade entre

acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento. Entretanto, não se pode dizer o mesmo de outros elementos que fizeram parte do modelo histórico, mas que não são, logicamente, essenciais ao modelo teórico, tais como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado, entre outros.

Coutinho (2010, p. 17) ensina que o Sistema Processual Acusatório não prega a impunidade e nem se impõe em favor dos criminosos, como têm pregado os menos avisados, adeptos à força, em geral, da Lei e Ordem, sobre o qual conclui:

*O Sistema Acusatório não é e nunca foi sinônimo da impunidade, algo, por sinal, porque se reclama tanto do sistema atual. Trata-se – isso sim – de um sistema que realça o papel das partes – a começar por aquele do juiz – não por compatibilizá-los com os ditames constitucionais mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual.*

Feita esta análise histórica e conceituado o Sistema Processual Penal Acusatório, será realizada, também, o estudo do Sistema Processual que sucedeu ao acusatório, alvo de severas críticas: o sistema processual penal inquisitório.

### 1.3. Sistema Inquisitório

Nos dizeres de Salo de Carvalho (2001, p.20), “a aparição do sistema inquisitório é subsidiária ao acusatório, coexistindo durante muitos séculos com este e tomando gradualmente as feições atualmente conhecidas”. Como já mencionado, o sistema inquisitório existiu na velha Roma, antes mesmo do sistema acusatório e, posteriormente, em seu declínio. Entretanto, na forma como hoje é estudado, segundo Coutinho (2001b, p.18), o sistema inquisitório “nasce no seio da *Igreja Católica*, como resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se denominou ‘doutrinas heréticas’. Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece”.

Entre os séculos XII e XIV, o sistema processual acusatório foi sendo paulatinamente substituído pelo inquisitório, tal fato ocorreu, “basicamente, dos efeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução penal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência”. (LOPES JR. 2010a, p.62)

Em verdade, conforme aborda Coutinho (2010, p.2):

[...] poder-se-ia dizer que desde o século anterior (século XII), mais particularmente em seu final, a Igreja católica se debatia com um fenômeno social interessante:

pensavam alguns estar em risco o seu domínio sobre o mundo conhecido, do qual era detentora de grande parte. Sua doutrina – era visível – já não encontrava ressonância plena e, portanto, havia discórdia em alguns pontos capitais. Pensava-se que isso era fruto de “doutrinas heréticas” e, portanto, de postulados contrários àqueles pregados desde Roma. Sabia-se, por sua parte, isso só ser possível em razão de outros fundamentos epistemológicos e, assim, não era tarefa fácil, nem banal o seu combate.

A partir de então, com o declínio de alguns feudos e o nascimento de cidades medievais, decorrentes da atividade comercial recém-surgida, alguns entrepostos comerciais foram transformados em burgos e vilas, e, neles, começaram a surgir as corporações de ofício. Nasce uma nova classe, a dos burgueses, que começa a ofuscar o poder da Igreja Católica. Outro forte sintoma da fragilidade do domínio do pensamento da Igreja decorreu da criação das Universidades, que trouxeram consigo o intuito de preparar a nova sociedade para a nova realidade. (COUTINHO, 2010, p. 2 e 3)

Contra isso, conforme Coutinho (2010, p. 3 e 4):

No início do século XIII, então, presente o problema, Inocêncio III reúne a cúpula da Igreja católica em São João de Latrão e, ali, em 1215, decide-se (faz-se uma opção) pela força. É o nascimento de um novo modelo processual [...].

Tudo se consolida com a Bula de Gregório IX (*Ex Excomuniamus*), de 1231, donde se delinea o arcabouço técnico; e com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252, estendido ao mundo em 1254, pela qual se abria o espaço definitivo para os métodos utilizados na Inquisição, de modo que o *Inquisitor* e *Socius* se absolvessem mutuamente por eventuais demasias, dentre elas na tortura. A igreja tocava à barbárie que tanto havia criticado no início do catolicismo romano, quando católicos foram perseguidos, torturados e mortos.

Na mesma toada, ilumina Cordero (2000, p. 19):

Na primeira metade do século XIII se apresenta organicamente a revolução inquisitória, anunciada pelo IV Concílio de Latrão. De expectador impassível que era, o juiz se converte em protagonista do sistema, excluídas as heresias ou descobertos os delitos. Modificam-se as técnicas; não há debate contraditório; tudo se leva à cabo secretamente; no centro está, passivo, o investigado; culpado ou não, sabe algo e está obrigado a dizê-lo. A tortura estimula os fluxos verbais contidos. Soberano da partida, o inquisidor elabora uma hipótese dentro de um marco paranóide; e assim surge o casuismo impuro das confissões contra os corréus, às vezes obtidas com promessas de impunidade. De fato é um sistema legalmente amorfo, pois em segredo, esse método introspectivo e o compromisso ideológico dos que atuam excluem vínculos, formas e termos: *o que conta é o resultado*. Floresce uma retórica apologética cujos argumentos ressoam, como tais, em lugares e momentos distintos.

Afirma Lopes Jr. (2010a, p. 63) que o sistema inquisitório “muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco, entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado”. No que conclui Coutinho (2001, p.23 e 24):

[...] o controle direto do direito processual penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actus trium personarum* já não se sustentava. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em

mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido. A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a partir do fato de fixar tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum*. Estabelece, assim, uma característica de extrema importância a demarcar o sistema, enquanto puro, ou seja, a inexistência de partes, no sentido que hoje empregamos ao termo.

Quanto à busca da verdade, leciona Coutinho (2010, p. 4):

[...] estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, era a vitória da Inquisição mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus.

A busca da “verdade real ou absoluta” estruturou o processo inquisitório, transformando prisão cautelar em regra, de tal forma que o inquisidor dispõe do corpo do “herege”, podendo se utilizar da tortura que, bem empregada, conduziria à confissão, sendo esta a rainha das provas, suficiente para a condenação. (LOPES JR., 2010a, p. 67)

Segundo Lopes Jr. (2010a, p.67):

Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos de progresso de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e era libertado. Sem embargos que os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas.

Ressalta-se a inexistência de coisa julgada, devendo o inquisidor evitar declarar a absolvição do acusado. Deveria apenas esclarecer que nada foi provado contra o réu; desta forma, poder-se-ia, futuramente, reabrir o processo para punir o acusado, sem os entraves da coisa julgada. (LOPES JR., 2010a, p.67).

Lopes Jr. (2010a, p.68) destaca que a processo penal inquisitório:

[...] predominou até finais do século XVIII e início do século XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiam no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo. Coincide com a adoção dos *Júris Populares* e se inicia a lenta transição para o sistema misto, que se estende até os dias de hoje.

Resumidamente, Rangel (2005, p. 50) enumera as principais características dos sistemas inquisitórios:

- a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, *ex officio*, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade;
- b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo;
- c) não há contraditório nem ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia;

d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas.

Segundo Ferrajoli (2010, p.518), são características típicas do sistema inquisitório a iniciativa do juiz no campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução. Entretanto, são características históricas do modelo, mas não identificáveis no plano teórico a obrigatoriedade e a irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos graus de jurisdição e a obrigação do juiz de motivar suas decisões.

Na seguinte sessão, partiremos para o estudo do Sistema Processual Penal dito misto que, com o enfraquecimento do sistema processual penal inquisitório, ganhou terreno fértil para prosperar.

#### 1.4. Sistema Misto

O sistema processual misto, napoleônico ou reformado, surgiu com o fracasso da Inquisição e tem como fundamento a “mistura” dos sistemas inquisitório e acusatório, sendo, o primeiro, na fase preparatória e, o segundo, na fase processual, segundo Lopes Jr. (2010a, p.69), que complementa: “Historicamente, o primeiro ordenamento jurídico que adotou esse sistema misto foi o francês, no *Code d’Instruction Criminelle* de 1808, pois foi pioneiro na cisão das fases de investigação e júzo. Posteriormente, difundiu-se por todo o mundo e, na atualidade, é o mais utilizado”.

De acordo com Barreiros (1981, p.38):

Esse Código traduzia [...] uma solução de compromisso entre os sistemas, inquisitório do Antigo Regime e o acusatório do “direito intermédio”, pois que manteve a filosofia inquisitória para a instrução preparatória – escrita, secreta, sem assistência de advogados mas, apesar de tudo, confiada ao juiz de instrução criado pelo Directório – limitando a regra acusatória para a audiência do julgamento, que era pública, oral, contraditória e na qual a matéria de facto era decidida por um júri.

Para Coutinho (2010, p.9), todos os sistemas processuais mistos que se basearam no Código Napoleônico, vertem, na verdade, da estrutura inquisitorial. Segundo o autor:

Por trás de todos estava o *Code Napoleon*, desde 17.11.1808 (em vigor desde 01.01.1809), pilotado por Jean-Jacques-Regis de Cambacérés, homem de habilidade política conhecidas, mas, sobretudo, conhecedor das maneiras de como dobrar o Imperador. Foi dele (arquichanceler do Império) a ideia de mesclar a investigação preliminar colhida nos mecanismos inquisitoriais das *Ordonnance Criminelle* de 1760, de Luis XIV, com uma fase processual no melhor estilo do Júri inglês, então

adotado pelos franceses, *mutatis mutandis*, por um decreto de 16-29.09.1791 e combatido desde a adoção. Salvava-se, retoricamente, pela fase processual, a democracia dos julgamentos, dando-lhes uma aparência acusatória e, assim, um espetáculo com partes, acusação e defesa, debates orais e, de certa forma, tão só a intervenção do juiz para o controle da sessão. Tudo era, contudo, só retórica de um chamado *processo misto*.

Em verdade, a prova produzida em caráter preliminar, puramente inquisitorial, presidida pelo juiz instrutor, era a prova usada na fase processual. Embora as figuras dos juízes fossem distintas, naturalmente, essa prova vinha suficientemente carregada de “verdade”. Não raro, o julgamento passava a ser um teatro, no qual se pendia, ao final, por decidir com base na prova pré-processual produzida de forma secreta, escrita e inquisitória. De tal forma que, para Coutinho (2010, p.10):

O dito *processo misto*, com o hábito do qual Napoleão tocou o mundo a partir da Europa continental, mostrou-se, desde sempre, uma fraude à democracia processual. No fundo, o sistema napoleônico nada mais era – e é para quem o adota – um *Sistema Misto*, ou seja, um Sistema *Inquisitorial* mesclado com elementos provenientes do Sistema Acusatório, sobretudo partes, acusação separada formalmente do órgão julgador e debates orais.

Na mesma linha, Lopes Jr. (2010a, p.71) entende que a falácia do sistema bifásico reside:

[...] no fato de que a prova colhida é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta um belo discurso do julgador para imunizar a decisão. [...] Ora, ou alguém imagina que Napoleão aceitaria o tal sistema bifásico se não tivesse certeza de que era apenas um “mudar para continuar tudo igual”?

De todo o exposto e, retomando o conceito de sistema, já apresentado anteriormente, Coutinho (2001a, p. 29) conclui:

No entanto, como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual se têm, todos, como *sistemas mistos*. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito 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 emprestados ao outro.

Na mesma toada, Rosa (2010a, p. 62), em relação à classificação do sistema processual como misto, explica:

[...] são mistos ou sincréticos por acolherem características de ambos os sistemas, sendo uma incongruência lógica eventual denominação de um terceiro gênero, [...]. Isto porque a compreensão de sistema decorre da existência de um *princípio unificador*, capaz de derivar a cadeia de significantes deles decorrentes, não podendo se admitir a coexistência de princípios (no plural) na origem do sistema. Assim é que no Sistema *Inquisitório* o *Princípio Inquisitivo* marca a cadeia de significantes, enquanto no Sistema *Acusatório* é o *Princípio Dispositivo* que lhe informa. E o critério identificador é, por sua vez, o da gestão da prova.

### 1.5. O Sistema Processual Penal Brasileiro

Neste capítulo, busca-se na doutrina pátria a definição do enquadramento do sistema processual brasileiro ao âmbito das definições acima elencadas.

Na ótica de Greco Filho (2010, p. 56), a partir da Constituição da República de 1988, nossa sistemática processual é considerada acusatória, pois passou a vigorar a separação orgânica entre órgão acusador e órgão julgador, sendo que, para o autor, o sistema acusatório “não retira do juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e à perquirição da verdade” e milita para que a atuação inquisitiva do magistrado não comprometa sua imparcialidade, visto não estar ele, predeterminadamente, nem a favor da acusação, nem da defesa.

Já, para Nucci (2008, p.118), o sistema processual brasileiro estaria enquadrado no sistema misto, denominado pelo autor como sistema inquisitivo-garantista, uma vez que reconhece que a Constituição elegeu a sistemática acusatória e o Código Processual vigente como uma matriz inquisitória. Nas palavras do autor:

Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, [...]).

Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados, advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto.

Oliveira (2010, p.14) refuta as doutrinas que consideram misto o sistema processual brasileiro, por reconhecer a atividade inquisitorial na fase investigativa e a atividade acusatória na fase processual, pois, na fase de inquérito, este autor não a considera processo e, por isso, o sistema não seria misto. Para Oliveira, o sistema brasileiro é o escolhido pela Constituição da República, logo acusatório, sendo:

[...] limitada à iniciativa probatória do juiz brasileiro ao esclarecimento das dúvidas surgidas a partir de provas produzidas pelas partes no processo, [...] e ressalvada a possibilidade daquela (prova) para o *esclarecimento de prova já produzida* (exceção feita à matéria defensiva, para a qual não deve haver limitação à atuação do juiz), pode-se qualificar o processo penal brasileiro como um modelo de natureza acusatória, tanto em relação às funções de investigação quanto às funções de acusação, e, por fim, quanto àquelas de julgamento.



Lopes Jr. (2010a, p.69, 70 e 77), a partir da definição de sistema pelo ponto nevrálgico da identificação do núcleo fundante, pelo fato de os sistemas puros serem modelos históricos sem correspondentes na atualidade e pela constatação de que tampouco a separação das atividades de acusar e julgar são suficientes para identificar o núcleo fundante, refuta a classificação do sistema pátrio como misto. Para o autor, o sistema processual penal brasileiro é (neo)inquisitório, pois a gestão da prova, em virtude da aplicação do Código de Processo Penal de 1941, está primordialmente nas mãos do juiz.

No mesmo sentido, Coutinho (2010, p. 6-13) afirma que o sistema processual brasileiro é, na essência, inquisitivo, visto que regido pelo princípio dispositivo, no qual a gestão da prova está nas mãos do juiz, o que resulta, para o autor, num sistema inquisitório mitigado com elementos secundários do sistema acusatório.

Feito este estudo inicial acerca dos Sistemas Processuais Penais, fundamental para o entendimento de suas marcas características e de seu desenvolvimento no decorrer da história, destina-se ao enfrentamento da questão processual no âmbito constitucional brasileiro.

## 2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O PROCESSO PENAL

### 2.1. A Constituição da República e as Normas Processuais Penais

Os sistemas processuais penais são os procedimentos utilizados pelos Estados para que se possam concretizar as normas dos códigos penais vigentes, refletindo a ideologia da política criminal e, desta forma, o momento histórico vivido. Assim, para Beling, *apud* Lopes Jr. (2010a, p. 57), “Na história do Direito se alternam as mais duras opressões com mais amplas liberdades. É natural que nas épocas em que o Estado viu-se seriamente ameaçado pela criminalidade o Direito Penal tenha estabelecido penas severas e o processo tivesse que ser também inflexível.”

Maier, citado por Lopes Jr. (2010a, p.57), explica que:

[...] que no Direito Penal a influência da ideologia vigente ou imposta pelo efetivo exercício do poder se percebe mais à flor da pele que nos demais ramos jurídicos. E esse fenômeno é ainda mais notório no processo penal, na medida em que é ele, e não o Direito Penal, que toca no homem real, de carne e osso. Como afirmamos anteriormente, o Direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal, sendo as regras do processo que realizam diretamente o poder penal do Estado. Por isso, conclui Maier, é no Direito Processual Penal que as manipulações do poder político são mais frequentes e destacadas, até pela natureza da tensão existente (poder de penar *versus* direito de liberdade).

Neste contexto, Fernandes (2002, p. 15) informa que a regulação do direito é pautada pelos reflexos dominantes de determinado momento histórico, de forma que as alterações políticas e ideológicas fazem com que haja tratamento distinto aos institutos processuais na evolução histórica e de vários países. Decorrente disso:

[...] os conceitos e dos institutos fundamentais do direito processual não são definitivos, mas relativos, na dependência da predominância que se dê ao indivíduo em confronto com o Estado, ou, ao contrário, ao Estado em face do indivíduo. A concepção dominante no Estado condiciona o tratamento dispensado aos direitos e às garantias do indivíduo.

Desta forma, o momento histórico, o contexto político e as ideologias refletem o modo com que o processo penal será conduzido. Leciona Lopes Jr. (2010a, p. 57-58):

No processo, o endurecimento manifesta-se no utilitarismo judicial, em atos dominados pelo segredo, forma escrita, aumento das penas processuais (prisões cautelares, crimes inafiançáveis etc.), algumas absurdas inversões de carga probatória e, principalmente, mais poderes para os juízes “investigarem”.

Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior

repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

Neste mesmo sentido, Fernandes (2002, p.15-16) afirma que, num Estado de concepção autoritária, o processo penal é dominado pelo interesse estatal. O juiz goza de ampla discricionariedade, embora exercida em favor do poder oficial, não sendo o arguido sujeito coatuante no processo, senão mero objeto de inquirição.

Já no Estado Liberal, o indivíduo está no centro das atenções, tendo garantidos os seus direitos naturais e inalienáveis, sendo que o processo penal cuida da oposição de interesse entre Estado, detentor do direito de punir crimes, e indivíduos, interessados em se afastar das medidas privativas e restritivas de sua liberdade. Desta forma, devem ser fornecidas armas e disponibilidade de meios, tanto quanto possíveis, iguais, sendo o indivíduo sujeito do processo, com direitos e garantias individuais. (FERNANDES, 2002, p.16)

O processo penal necessita ser lido com base nos princípios e nas garantias irradiadas da Constituição, tendo-se em vista ser ela a lei maior do Estado. Conforme Silva (2009, p. 45):

[...] a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação as demais normas jurídicas.

Não basta que os princípios e regras constitucionais sejam alcançados pela norma constitucional e que fiquem pairando sobre as normas infraconstitucionais, “o importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição”. (FERNANDES, 2002, p. 16).

Desta forma, Lopes Jr. (2010a, p.7) ensina que a “uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo”.

Na mesma sintonia, Fiori (2010, p.69) afirma:

Falar de um Estado Democrático de Direito, impera ao Estado, como dever indeclinável no exercício do poder, o respeito aos direitos e garantias fundamentais. E estes não podem ser minimizados com o objetivo de dar maior eficácia a intervenção estatal, muito pelo contrário, somente haverá eficácia de qualquer intervenção e legítimo exercício de poder se observadas as garantias individuais.

E, da mesma forma, Oliveira (2010, p.37 e 38) informa que os princípios constitucionais são “verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do

Estado, seja em face de si mesmos”, sendo essas garantias, portanto, distintivas das regras jurídicas e gozando, em maior amplitude, de vinculação normativa.

Assim, para a efetiva legitimação do processo penal, deve ele estar conforme a Constituição. Segundo Lopes Jr. (2010a, p.8):

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui-a-ção), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua *instrumentalidade constitucional*. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição.

Na medida em que a Constituição instrumentaliza o processo penal de acordo com os princípios e direitos fundamentais, ressalta-se a lição de Dinamarco, (2003, p. 27):

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamadas; ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado de direito, com conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório, em clima de legalidade e responsabilidade).

No entanto, conforme observa Lopes Jr. (2010a, p.9) “atualmente ainda existe uma inegável *crise da teoria das fontes*, no qual uma lei ordinária acaba valendo mais que a Constituição, não sendo raro aqueles que negam a Constituição como fonte, recusando sua eficácia imediata e executividade.”

Nas palavras de Oliveira (2010, p. 37):

Para além da mera explicitação dos direitos fundamentais como verdadeira e legítima fonte de direito e obrigações, públicas e privadas, que deve orientar a solução de conflitos sociais, individuais e coletivos, parece já irrecusavelmente introjetada na cultura nacional a necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, posto como fundamentais na ordenação constitucional (art. 5º, 6º e 7º, CF).

Lopes Jr. (2010a, p. 9), em relação à visão que se deve ter do processo penal num Estado Democrático e de cunho eminentemente acusatório, afirma:

O processo não pode mais ser visto como um instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Na mesma toada, Prado (2006, p. 28) considera:

Na medida em que o processo penal concretamente instrumentaliza o direito penal, visando conceder-lhe a efetividade possível dentro das pautas éticas priorizadas pelos direitos fundamentais, e considerando que entre os fundamentos propostos a respeito dos mencionados direitos vige também a noção de que vários deles estão intimamente relacionados com a democracia.

Desta forma, Lopes Jr. (2010a, p.11), em relação à necessidade de mudarmos o jeito com que se vêm aplicando o processo penal, conclui:

Então, não basta qualquer processo, ou mera legalidade, senão que somente um processo penal que esteja conforme as regras constitucionais do jogo (devido processo) na dimensão formal, mas, principalmente, substancial, resiste à filtragem constitucional imposta.

[...] o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantias na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela esculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.

Na sequência serão estudados os princípios trazidos pela Constituição da República, de modo a produzir-se um sistema processual em conformidade e uma releitura do Código de Processo Penal vigente.

## 2.2. Princípios Constitucionais do Processo Penal – Uma Releitura do CPP

Visto que o processo penal deve ser lido a partir dos princípios constitucionais, faz-se uma breve análise desses princípios, a fim de que se possa ter base para continuar no estudo do papel do juiz na produção de prova no processo penal constitucional.

### 2.2.1. Juiz Natural

O princípio do Juiz Natural, também denominado “juiz competente” (Espanha) ou “juiz legal” (Alemanha), nas palavras de Fernandes (2002, p.124), teria como função assegurar a imparcialidade do juiz, não como atributo do juiz, mas como pressuposto da atividade jurisdicional, não estando o enfoque, por isso, na garantia individualista das partes, e sim, na garantia da própria jurisdição.

Nas palavras de Oliveira (2010, p.39):

O Direito brasileiro, adotando o juiz natural em suas duas vertentes fundamentais, a vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural o órgão do poder judiciário cuja competência, previamente estabelecida, derive de fontes constitucionais. E a razão de tal exigência assenta-se na configuração do nosso modelo constitucional republicano, em que as funções do Poder Público e, particularmente, do judiciário, têm distribuição extensa e minudente.

Segundo Oliveira (2010, p.40) o constituinte distribuiu as competências em *ratione materiae* (em razão da matéria) e *ratione personae* (em razão das funções). Já a competência *ratione loci* (em razão do lugar) coube à legislação infraconstitucional, não se impondo a exigência do juiz natural.

Lopes Jr. (2010a, p.117-120) afirma que a garantia da jurisdição significa mais do que apenas “ter um juiz”, e exige que o juiz seja imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição. Segundo o Autor, “O princípio do juiz natural não é mero atributo do juiz, senão um verdadeiro pressuposto de sua existência”.

Complementando, Adelino Marcon, *apud* Lopes Jr. (2010a, p.120), “considera o Princípio do Juiz Natural como um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito”, no qual, segundo o autor, “consiste, [...] no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo”, sendo “o nascimento da garantia [...] o momento do cometimento da prática do delito e não [...] o do início do processo”. Proteção clara às manipulações nos critérios de competência posteriores ao fato.

### 2.2.2. Direito ao Silêncio e à Não Autoincriminação

O Direito ao Silêncio e à Não Autoincriminação está positivado no artigo 5º, no item LXIII, da CF, com base no princípio latino *Nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si.

Desta forma, segundo Oliveira (2010, p.43):

[...] Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio e à não incriminação não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, com impede que ele seja compelido a produzir ou contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse. Nessa última hipótese, a participação do réu somente poderá ocorrer em casos excepcionalíssimo, em que, além da previsão expressa na lei não haja risco de afetação aos direitos fundamentais da pessoa.

No mesmo sentido, Greco Filho (2010, p.58) entende o princípio como decorrência do princípio da não culpabilidade, tendo diversos desdobramentos processuais, entre os quais:

[...] o de que o ônus da prova dos elementos do crime é da acusação, o de que o silêncio não pode ser entendido como confissão ficta, o de que ninguém pode ser

compelido a participar de reconstituição de fato delituoso ou de lhe seja exigido qualquer comportamento que possa, por exemplo, levar a produção de prova negativa, como submeter-se ao exame de alcoolemia ou colheita de sangue ou outro tecido para qualquer perícia com o qual não concorde, inclusive DNA.

Para Lopes Jr. (2010a, p.207), o direito ao silêncio seria somente uma manifestação do princípio *Nemo tenetur se detegere*, segundo o qual, “o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se a colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito ao silêncio quando interrogado”. Desta forma, resulta que “do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer prejuízo jurídico para o imputado.”

Conclui Lopes Jr. (2010a, p.208) que o direito ao silêncio e à não incriminação conjuga-se com o princípio da presunção constitucional de inocência. Desta forma, o réu não está obrigado a declarar ou a participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa, não podendo a recusa ser usada como indício ou presunção de qualquer culpa. Assim, não pode o imputado ser obrigado “a participar de acareações, reconstituições e a fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.)”.

### 2.2.3. Contraditório

Greco Filho (2010, p.57) define o contraditório como sendo o “meio ou instrumento técnico para efetivação da ampla defesa”, o qual consistiria, basicamente, no “poder de contrariar a acusação, poder requerer a produção de provas [...] produzidas, acompanhar a produção das provas, [...], manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais deve estar presente; e recorrer quando inconformado”.

Grinover (2001, p.77), no mesmo sentido, afirma que “defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o direito da defesa, mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório”.

Desta forma, Fernandes (2002, p.64) entende que, embora o princípio do contraditório não esteja presente na fase de inquérito policial, pois este somente seria princípio do processo judicial ou administrativo, há a:

[...] necessidade de se admitir a atuação da defesa na investigação, ainda que não se exija o contraditório, ou seja, ainda que não se imponha a necessidade de prévia

intimação dos atos a serem realizados. Não se trata de defesa ampla, mas limitada ao resguardo dos interesses mais relevantes do suspeito [...].

Para Oliveira (2010, p.45), o princípio do contraditório não só passa a garantir o direito de informação sobre qualquer fato ou alegação contrária aos interesses das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos, como garantia de participação, como “também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão”, ou seja, busca a efetiva igualdade processual, através do incluso princípio da igualdade de armas.

Assim, para Oliveira (2010, p. 45-46), o contraditório, juntamente com o princípio da ampla defesa, seria a pedra fundamental do processo penal, pois garante ao cidadão proteção contra o aparato persecutório penal e norteia um processo *justo e equitativo*. Sendo para além dos interesses das partes, é também o princípio do contraditório um método de conhecimento do caso penal, pois:

[...] uma estrutura dialética de afirmações e negações pode revelar-se extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial, permitindo uma análise ampla de toda a argumentação pertinente a matéria de fato e de direito. Decisão judicial que tem como suporte a participação efetiva dos interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a outra pretensão.

#### 2.2.4. Ampla Defesa

Na ótica de Greco Filho (2010, p.55), o princípio da ampla defesa consiste na garantia mais importante para o desenvolvimento e para a estrutura do processo penal. Segundo o autor, este princípio se traduz em termos objetivos, tais como: “adoção do sistema acusatório, a apresentação formal da acusação, a citação regular, a instrução contraditória, o princípio da verdade real e o exercício de defesa técnica”.

À primeira vista, a definição de Greco Filho (2010, p.55-58) coloca o princípio da ampla defesa em destaque no processo penal, porém, seus conceitos são bastante conservadores, guardando certa carga da inquisitorialidade típicas do CPP de 1941. Para o autor, o sistema acusatório consiste na simples separação das funções de julgar e acusar, o que foi demonstrado não ser o melhor critério de definição, podendo o juiz, na busca pela verdade real, utilizar-se de poderes inquisitivos para determinar a realização *ex officio* de provas.



Vamos deixar esta discussão para o capítulo 3. Por ora, retorna-se ao princípio da ampla defesa. No entendimento de Oliveira (2010, p.48), este se realiza “por meio da *defesa técnica*, da *autodefesa*, da *defesa efetiva* e, finalmente, por *qualquer meio de prova* hábil a demonstrar a inocência do acusado”.

Por *defesa técnica* se entende a participação, obrigatória, de um defensor, regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, em todos os atos do processo, não bastando qualquer defesa, e sim, uma *defesa efetiva*, sob pena de nulidade se e quando prejudicial ao acusado. (OLIVEIRA, 2010, p.47)

A *autodefesa* ou defesa pessoal, segundo Lopes Jr. (2010a, p. 203), pode ser classificada como positiva ou como negativa. No interrogatório, por exemplo, pode o acusado utilizar-se de sua *autodefesa positiva*, de forma comissiva, “expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa”. A forma omissiva, ou *autodefesa negativa*, dá-se quando o acusado nega-se a declarar, podendo, inclusive, “se negar a dar a mais mínima contribuição para a atividade probatória realizada pelos órgãos estatais de investigação, como ocorre nas intervenções corporais, reconstituição do fato, fornecer material escrito para a realização do exame grafotécnico etc.”

Por fim, no entendimento de Oliveira (2010, p.48), em nome do princípio da ampla defesa, podem ser aproveitadas, pelo réu, até mesmo as provas obtidas *ilicitamente* que, em regra, são inadmissíveis no processo. O autor conclui:

E isso porque, além da exigência da defesa efetiva, o princípio desdobra-se, dada sua amplitude, para abarcar todas e quaisquer modalidades de prova situadas no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, pois não se pode perder de vista que a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado (art. 5º, CF). De mais a mais, tratando-se de prova destinada à demonstração da inocência, poder-se-á alegar até mesmo a exclusão de sua ilicitude, impondo-se uma leitura mais ampla do *estado de necessidade*, para o fim de não exigir a ciência do agente acerca da *necessidade* do comportamento e/ou sua *eminência*.

### 2.2.5. Presunção de Inocência

O princípio de inocência, ou de *estado* ou *situação jurídica* de inocência, segundo Oliveira (2010, p.49):

[...] impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo o qual o réu, em nenhum momento do *iter*

*persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

No mesmo sentido, Lopes Jr. (2010a, p.195) entende que a presunção de inocência impõe um dever de tratamento interno ao processo e exterior a ele. No âmbito interno, deve o juiz determinar que a carga probatória fique com a acusação, sendo que, em caso de dúvida, deva declarar a absolvição do réu. Além do que, deve restringir a aplicação das prisões cautelares, tendo em vista a presunção de que o réu é inocente.

No âmbito externo, exige-se proteção contra a publicidade excessiva e a estigmatização precoce do réu. “Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, da dignidade e da privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial”. (LOPES JR., 2010a, p.195 e 196)

Desta forma, o princípio da presunção de inocência deve programar uma releitura no campo da prisão preventiva, “[...] ao exigir que toda a privação de liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada” (OLIVEIRA, 2010, p.50). Assim, a prisão, que é fruto do resultado do processo, só deve ser antecipada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.

## 2.2.6. Motivação das Decisões Judiciais

A motivação das decisões judiciais está expressamente prevista no artigo 93, item IX, da Constituição da República: “art. 93, IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e *fundamentadas* todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” (grifo nosso).

Este princípio tem o desígnio de demonstrar, às partes e à sociedade, os elementos a justificarem o pronunciamento judiciário. Segundo Grinover (2001, p.212), três são os pontos básicos que assentam a ideia de motivação como garantia:

Primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente

agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia do controle da legalidade das decisões judiciais: só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram: [...], o direito à prova não se configura só com o direito a produzir a prova, mas também como direito à valoração da prova pelo Juiz.

Da mesma forma, Lopes Jr. (2010a, p. 210) entende que a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial, devendo explicar o porquê da decisão, quais motivos o levaram à conclusão acerca da autoria e da materialidade. Alerta, o autor, que a motivação não deve ser somente nas sentenças, e sim, em todas as decisões interlocutórias.

### 2.2.7. Princípio Acusatório

Segundo Lopes Jr. (2010a, p.189), o princípio acusatório não está expressamente previsto em nossa Constituição, no entanto, decorre de sua interpretação sistemática. Para o autor, o projeto democrático constitucional impõe a valorização do homem e do valor da dignidade da pessoa humana, que são pressupostos básicos do sistema acusatório que, por sua vez, compartilha a mesma base epistemológica da democracia, ou seja, esta é incompatível com o sistema penal inquisitório.

Buscando regras objetivas, Lopes Jr. (2010a, p. 189 e 190) aponta alguns princípios que dão contorno ao modelo acusatório e que estão explicitamente elencados na Constituição, entre eles:

- titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público (art.129, I);
- contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV);
- devido processo legal (art. 5º, LIV)
- presunção de inocência (art. 5º, LVII);
- exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX).

Decorre do princípio acusatório a vedação das iniciativas probatórias do julgador, pois, como visto, é ela de titularidade exclusiva do órgão do Ministério Público (MP), mantendo-se o juiz suprapartes e, desta forma, preservando sua imparcialidade. Trata-se mais a fundo este princípio e suas consequências nos seguintes capítulos, ao abordarmos a função dos atores judiciais no processo eminentemente acusatório.

### 2.3. O Que Sobra do CPP

O Código de Processo Penal brasileiro, Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, sancionado pelo então presidente Getúlio Vargas, após mais de 70 anos, apesar de algumas reformas, continua vigente e, mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, que trouxe em seu bojo amplas garantias e direitos fundamentais, reflete ideologias políticas e de repressão criminal de uma sociedade que, há tempos, ficou para trás.

Aponta Rosa (2010a, p.38) um inescandível *déficit* hermenêutico nos campos do direito e do processo penal brasileiro com relação à Constituição editada em 1988. Segundo o autor:

A compreensão do Direito Penal e Processual válido precisa de um realinhamento constitucional do sentido democrático, uma vez, que tanto o código penal como o Código de Processo Penal são documentos editados, na matriz, sob outra ordem constitucional e ideológica, bem assim porque houve significativa modificação do desenho político criminal contemporâneo.

Para Choukr (2006, p.12), “O caso brasileiro é curioso na medida em que trabalha com um texto instrumental penal nascido durante um governo de exceção e inspirado em um modelo igualitário, onde o respeito às conquistas individuais contra o Estado não era exatamente o valor dominante”.

Nesta mesma linha, Scandelari (2010, p.178) afirma que “Em suma, o legislador do Estado Novo, sob os auspícios da Constituição de 1937, estava comprometido com a ditadura da diminuição das garantias, taxadas como algo prejudicial à sociedade”, sendo que a “tônica do processo penal era o distanciamento das garantias, isto é, uma *desvinculação* dos direitos fundamentais, como forma de se evitar o incremento da criminalidade”.

Segundo Oliveira (2010, p.5), em relação às origens de nosso “atual” Código de Processo Penal:

Inspirado na legislação processual italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem podia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo projeto, Ministro Francisco Campos, conforme se observa em sua *Exposição de Motivos*.

Para o adequado entendimento do que Oliveira quis afirmar, entende-se de bom tom extrair o que de mais autoritário se encontra na Exposição de Motivos do CPP de 1941, ainda sem qualquer pretensão de iluminá-lo com os dispostos na Constituição da República de 1988, o que será verificado em momento oportuno:

[...] impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. 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.

Isso seria somente a “ponta do iceberg”, já que, mais adiante, extrai-se:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. [...] No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos.

Em relação ao acima exposto, Lopes Jr. (2010a, p.11) bem argumenta em relação ao que chama maniqueísmo entre interesse ‘interesse público’ *versus* ‘interesse individual’:

Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais deve ceder (e, portanto, serem sacrificados) frente à ‘supremacia’ do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar abuso de poder. Inicialmente, há que se compreender que tal reducionismo (público-privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais que não comportam mais essa dualidade cartesiana. Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, “público” de preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso de poder estatal.

Desta forma, Gorgulho (2010, p.42) constata, com relação ao conceito adotado pelo CPP de 41:

[...] passava necessariamente pela ideia de diminuição das garantias individuais o que seguindo tal lógica auxiliaria na condução de uma maior eficácia da intervenção penal. Em verdade, a mensagem estava muito clara: a concepção de garantias individuais refletia sua concessão como algo fruto dos favores do Estado. Nada mais antidemocrático, só perdendo para o nascedouro desse processo que tem sua bases formatadas na Inquisição, no final do século XII e início do século XIII, no seio da Igreja Católica, como instrumento processual capaz de combater a heresia como pecado.

Nas palavras de Oliveira (2010, p.6), o princípio que norteava (e norteia) o CPP era a presunção de culpabilidade, herança do penalista italiano Manzini, o qual era contrário à presunção de inocência, visto que em sua ótica não havia consistência lógica no raciocínio de existir uma ação penal contra quem se presume inocente.

Conforme Lopes Jr. (2010a, p.1992):

A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica FERRAJOLLI, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.

Hoje não há dúvida de que se deve aplicar o princípio da presunção de inocência, até porque, está positivado no artigo 5º, item LVII, da Constituição da República de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

Ainda que boa parte do texto original do CPP tenham ruído com o tempo e que inovações tenham vindo à baila no texto processual penal, Oliveira (2010, p.6 e 7) elenca as mais relevantes características do código de 41:

a) o acusado é tratado como potencial e virtual culpado, sobretudo quando existir prisão em flagrante, para qual, antes da década de 1970, somente era cabível liberdade provisória para crimes afiançáveis, ou quando presentes presunção de inocência, consubstanciada na possível e antevista existência de causas de justificação (estado de necessidade, legítima defesa etc.) na conduta (art. 310, caput)

O que, numa visão conforme a Constituição, deve ser lido, de acordo com Lopes Jr. (2010a, p.13):

[...] A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Não que se pactuar mais com a manipulação discursiva feita por alguns autores (e julgadores), que acabam por transformar a “liberdade” em “provisória”, como se ela fosse precária, e por outro lado, a prisão cautelar (ou mesmo a definitiva), uma regra.

Seguindo a análise das características do CPP, Oliveira (2010, p.7) destaca:

b) Em uma suposta balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira, com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma conseqüente exacerbação dos poderes dos agentes policiais;

Na visão de Choukr (2006, p.13), “a balança entre as visões *ex parte principii* e *ex parte populi* pende francamente para o primeiro flanco”. O que se verifica na prática do processo penal, quando “o interrogatório do acusado como meio de prova, e não de defesa, ou mesmo quando se observa a possibilidade de sancionar diretamente o réu por ter se utilizado do seu direito ao silêncio”.

Cabe ressaltar que, em relação ao último ponto, a Lei 10.792/2003 alterou o Art. 186, § único do CPP: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” e a Lei 11.689/08, alterou o Art. 474 do CPP, permitindo a ausência do acusado no Tribunal do Júri, excluindo do ordenamento processual penal o sancionamento pelo silêncio, previsão constitucional no art. 5º, item LXIII, CF, cuja redação a seguir se reproduz: “LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de *permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

No entanto, ainda sobrevive no CPP o Art. 198: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para formação do convencimento do juiz”. Na visão de Hartmann (2010, p.88):

[...] ao manter esse artigo inalterado, a *Reforma de 2003* (Lei 10.972 de 01/12/2003), em tudo o que podia não avançou no trato do direito ao silêncio: embora a nova redação do artigo 186 esteja adequada à Constituição, a do artigo 198, que é do original, coloca todo esforço abaixo, já que inviabiliza na prática o uso do instituto.

Entretanto, na ótica de Oliveira (2010, p.43 e 44), o artigo 198 do CPP está imediatamente revogado, implicitamente, por incompatibilidade com a norma constitucional, “pela simples e bastante razão de não se poder atribuir qualquer forma de sanção a quem esteja no exercício de um direito a ele assegurado”.

Dando continuidade à análise das características da norma processual penal da década de 40, Oliveira (2010, p.7) elenca que:

c) a busca da verdade, sinalizada como a da verdade *real*, legitimou diversas práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos. A ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir a atividade jurisdicional. Essa parece ser a razão pela qual Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, [...], insistiu em conceituar o nosso modelo processual como de natureza preferencialmente inquisitório.

Este talvez seja o ponto mais criticado do CPP de 1941. É que demonstra toda a sua carga inquisitorial. Lopes Jr. (2010a, p.555 e 556) informa ser ele “o mito da verdade real, na medida em que é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório.”

Segundo Oliveira (2010, p.346):

A busca pela *verdade real*, em tempos ainda recentes comandou a instalação de práticas *probatórias* as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade.

Talvez o maior mal causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável, segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal.

Nesta mesma toada, Lopes Jr. (2010a, p.556), parafraseando Ferrajoli, sublinha que:

[...] a *verdade substancial*, ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognoscitivismo ético sobre o qual se embasa o substancialismo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracional do processo penal.

Conforme Lopes Jr. (2010a, p. 556), no processo penal só se legitimaria a verdade formal ou processual, tendo-se em vista que a verdade real é impossível de ser obtida. O autor explica:

Não só porque a verdade é excessiva, senão porque constitui um gravíssimo erro falar em ‘real’ quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui, é um dado de realidade.

Da mesma forma, Oliveira (2010, p.346) entende que “toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente *jurídica*”.

Do que se conclui, conforme Lopes Jr. (2010a, p.558-568), que o que existe seria um “mito da verdade”, sendo a sentença baseada na crença (fé) do juiz em relação aos fatos apresentados pelas partes, no mais harmonioso processo penal acusatório. A verdade possui um excesso epistêmico, pois brota da acusação, da defesa e posteriormente da sentença. Por isso, para o autor, o mais lógico é abandonar a busca pela verdade, até porque, no sistema acusatório, a verdade não é fundante, e sim, contingente. O determinante é convencer o juiz, respeitando-se as regras do jogo, do devido processo legal, protegendo-se contra o decisionismo e o processo inquisitório com sua verdade real.

Para Oliveira (2010, p. 346), o mito da verdade real serviu para legitimar eventuais abusos das autoridades públicas, inclusive de juízes, por permitir (e permite) a iniciativa probatória de forma *supletiva e substitutiva* do órgão ministerial. Ainda que em função do princípio da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, trazidos à baila pela Constituição, assim como, pela imparcialidade de convicção e atuação do juiz, estaria este impedido desta iniciativa.

Demonstrações desta invasão da iniciativa probatória podem encontrar-se positivadas, entre outros, nos artigos, 5º, 127, 156, 209, 234, 311, 383, 385 do Código de Processo Penal, com base nos quais os juízes, de forma *supletiva e substitutiva*, invadem a função reservada ao Ministério Público e, conseqüentemente, ferem o princípio acusatório acolhido pela Constituição da República, sendo, portanto, considerados substancialmente inconstitucionais. (LOPES JR., 2010a, p.191).

Segundo Rosa (2010a, p. 38), a adequação do papel e da função do Direito e do processo penal ao processo de redemocratização no Brasil, a partir da Constituição da República de 1988 e do acolhimento dos Direitos Humanos pela Carta Magna, vem sendo realizada, basicamente, sofrendo a força dos seguintes aspectos:



(i) baixa constitucionalidade, entendida como a ausência de uma cultura democrática no Direito; (ii) resistência ao modelo eminentemente acusatório preconizado pela Constituição da República de 1988, com a manutenção de uma mentalidade inquisitória; (iii) herança equivocada de uma imaginária e nefasta “Teoria Geral do Processo”, quando, na verdade, os fundamentos do processo penal democrático assumem viés individual e não coletivo, a saber, não cabe “instrumentalidade processual penal”; (iv) difusão de um modelo coletivo de “Segurança Pública” que fomenta certa “Cultura do Medo”; (v) expansionismo do Direito Penal e recrudescimento dos meios de controle social; (vi) prevalência de teorias totalitárias, como Direito do Inimigo, atrelados ao discurso da Lei e Ordem.

Desta forma, verifica-se que tudo que sobra do Código de Processo Penal de 1941, Decreto-Lei 3.689/41, é o que passa pelo filtro constitucional da Carta Magna de 1988. Tendo em vista que, como aponta Lopes Jr. (2010a, p.115):

Lidamos com o processo penal desde um olhar constitucional, buscando efetivar a filtragem que o Código de Processo Penal exige para ter aplicação conforme a Constituição. Nessa tarefa, existem princípios que fundam a instrumentalidade constitucional e conduzem a uma (re) leitura de todos os institutos do processo penal brasileiro. Significa dizer que não se pode mais, por exemplo, pensar a prisão cautelar senão à luz da presunção (constitucional) de inocência; o princípio da jurisdição exige a observância do (sub) princípio do juiz natural; o inquérito policial deve ser constitucionalizado para permitir certo nível de contraditório e direito de defesa; e assim por diante.

Pelo todo exposto, vislumbra-se a necessidade de serem repensados o Direito Penal e o Direito Processual Penal, para acolhimento integral dos princípios e garantias constitucionais e para a adaptação ao Estado Democrático de Direito. Para tanto, no seguinte capítulo, aborda-se a problemática da atuação dos atores judiciais no processo penal eminentemente acusatório.

### 3 A FUNÇÃO DOS ATORES JUDICIAIS NO PROCESSO EMINENTEMENTE ACUSATÓRIO

#### 3.1. Os Atores Processuais no Processo Acusatório

Na busca de um processo penal eminentemente acusatório, faz-se necessária a definição de quem são os atores a atuarem no processo, para que se possa determinar quais são seus papéis no processo demarcado pelo Estado Democrático de Direito.

##### 3.1.1. Sujeitos Processuais e Conceituação de Partes no Processo Penal

O Título VIII do Código de Processo Penal de 1941, Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941, elenca os sujeitos do processo: juiz (arts. 251-256), ministério público (arts. 257-258), acusado e defensor (arts. 259-267), assistentes (arts. 268-273), funcionários da justiça (art. 274) e peritos e intérpretes (art. 275-281), assim entendidos não só as partes, como também os demais participantes da relação processual.

Importante para a delimitação dos conceitos de partes e funções no processo penal é a não aplicação de conceitos da teoria geral do processo, os quais se aplicam muito bem ao processo civil, mas não aos institutos do processo penal, visto que este guarda peculiaridades não referentes àquele. Neste sentido, em referência ao que se denomina relação processual, Oliveira (2010, p. 453) alerta para a dificuldade em transferir os conceitos da teoria geral processual para a área penal, e discorre:

[...] enquanto no processo civil argumenta-se com a existência de uma relação jurídica entre o autor e o Estado, caracterizada pelo vínculo de exigibilidade da prestação jurisdicional – isto é, o autor tem *direito* à jurisdição, enquanto o Estado tem o *dever* de prestá-la, já que a atividade (jurisdicional) é por ele *monopolizada*-, no processo penal condenatório, o autor da ação (como regra, o Ministério Público) não exerce *direito* em face do Estado, mas tão somente o *dever* que resulta do fato, previsto em lei, de ser ele legitimado para a persecução penal. Por isso [...] que, da mesma maneira que o Estado deve jurisdição a quem não está autorizado por lei a resolver o conflito de outra maneira, ele deve também a *persecução penal em juízo* a quem teve retirada a sua iniciativa e legitimação para fazê-lo, ou seja, a vítima.

No entanto, ainda que se refira à substituição da vítima pelo Estado, com exceção das ações penais privadas e subsidiárias da pública, Oliveira (2010, p.454) ressalta que, num Estado Democrático de Direito, fundado na proteção dos direitos fundamentais, a intervenção estatal “*deve a ação penal não só à vítima, mas a toda comunidade jurídica, potencialmente interessada na proteção dos direitos*”.

Desta forma, conclui Oliveira (2010, p.454):

[...] parece-nos haver certa diferença na configuração da relação processual penal, uma vez que tanto o direito a ver movimentada a jurisdição, para fins de aplicação da lei penal, quanto o direito a iniciativa e controle da atuação em juízo estão reunidas na pessoa que, em regra, não *integra a relação processual*.

As aplicações das teorias gerais do processo na seara do direito processual penal permitiram, até, que um setor da doutrina negasse a existência de partes no processo penal, pois não existiriam um conflito de interesses (lide penal) e a presença do Ministério Público como poder-dever de atuar a vontade da lei, sem que participe da relação jurídica de direito material. (LOPES JR., 2010b, p.2)

Para Manzini *apud* Lopes Jr. (2010b, p.2), o Ministério Público não seria parte no processo penal, pois:

[...] não pede em nome próprio, senão que exerce uma função pública, como órgão do Estado, para atuação do direito objetivo. Sua presença corresponde a um poder-dever de atuar objetivamente a vontade soberana da lei, logo, sua atividade não está vinculada a um direito subjetivo. Essa qualidade de órgão público do MP impossibilitaria considerá-lo como parte, pois ele não tem interesse de parte e assim faltaria um verdadeiro conflito de interesses. Ademais, para essa corrente, o imputado não é parte, mas *meio de prova*.

Segundo Lopes Jr. (2010b, p.2), outro argumento que doutrinariamente se utiliza para negar a qualidade do Ministério Público como parte derivaria de Guarnieri, no que denomina *consequência de uma contaminação das diversas posições que o Estado assume dentro e fora do processo*, pois se trata de uma relação entre uma parte e a autoridade pública, que não intervêm em qualidade de parte, pois não existiria interesse oposto contra essa autoridade.

E, por último, ainda existe a doutrina a negar a existência de qualidade de parte ao imputado, capitaneada por Gerland. Segundo Lopes Jr. (2010b, p.3), essa teoria afirma que a função penal é pública; logo, haveria uma indisponibilidade do conteúdo processual, sendo o acusado mero objeto, simples elemento de prova. Então, não se trataria de uma controvertida relação jurídica privada, e sim, do cumprimento de um grave e importante dever estatal.

Cumprе ressaltar que, sob a ótica de Lopes Jr. (2010b, p.3), tais teorias foram tecidas em momentos políticos de caráter totalitário e autoritário, nos quais o principal

objetivo do processo penal é a proteção jurídica da coletividade, sob o difuso e autoritário argumento do “interesse público”. Hoje, implantado o Estado Democrático de Direito, o propósito de construção de um processo de partes é “reconhecer o acusado como sujeito e não como mero objeto do processo.”

Ainda, na problemática transferência dos conceitos gerais de processo para o processo penal, Oliveira (2010, p. 454) alerta sobre a objeção do conceito carneluttiano de *lide*, no qual “a lide se caracterizaria por um *conflito de interesses*, qualificado por uma pretensão assistida”. Desta forma, a transferência do conceito de *lide*, e assim, de *interesse*, da teoria geral para o processo penal, esbarraria em algumas dificuldades, entre elas o “fato de que nem sempre poderia haver resistência por parte do acusado” e a referente ao conceito de *interesse*, diferente do aplicado no âmbito civil, para o qual, em regra, a satisfação do interesse resulta, quase sempre, em proveito do credor. No penal, “à exceção de uma justiça de fundo exclusivamente restaurativo, a aplicação da sanção penal jamais atenderá ao *interesse particular da vítima*”.

No entanto, para Lopes Jr. (2010a, p.86-87), o conceito de pretensão pode ser utilizado, desde que no sentido nele compreendido por Guasp, Goldschmidt ou Gómez Orbaneja. Na concepção de Goldschmidt, a ‘pretensão processual acusatória’ não nasce de um conflito de interesses, mas:

[...] do direito potestativo de acusar (Estado-acusação) decorrente do ataque a um bem jurídico e cujo exercício é imprescindível para que se permita a efetivação do poder penar (Estado-juiz), tudo isso em decorrência do princípio da necessidade inerente à falta de realidade concreta do Direito Penal.

Assim, Guasp, *apud* Lopes Jr. (2010b, p. 5), adverte que:

[...] o processo penal é um autêntico processo de partes, sempre que o conceito de parte seja construído corretamente, com base na titularidade ativa e passiva e não desacertadamente com base na pretendida contraposição de interesses materiais, que nem no processo civil nem no processo penal têm relevância.

Para completar, Lopes Jr. (2010b, p.5), recorrendo a Birkmeyer, define que parte é a “pessoa que no processo frente a outra requer uma decisão sobre a pretensão discutida ou não pelo adversário, no modo e com as formalidades próprias do processo penal, sob direção do juiz”.

Conclui, então, Lopes Jr. (2010b, p.5-6), que a definição de partes deve ser elaborada com base no objeto do processo penal, que é a pretensão acusatória. Assim, partes são “aquele que formula e aquele contra quem se formula a pretensão acusatória objeto do processo penal, segundo as formas previstas na norma processual e tendo como destinatário o órgão jurisdicional”. Em suma:

[...] existem três sujeitos e duas partes processuais: parte ativa ou acusador (quem formula a pretensão acusatória), parte passiva ou acusado (contra quem é formulada a pretensão acusatória) e o órgão jurisdicional destinatário (ante quem é formulada a pretensão acusatória). O órgão jurisdicional não é parte, ainda que sujeito da relação processual, pois ocupa uma posição superior em relação às partes e ante ele, como destinatário, é formulada a pretensão.

Para finalizar, é importante destacar as palavras de Lopes Jr. (2010b, p.6):

Quando falamos de um processo de partes, estamos fazendo alusão a um processo penal de partes, conforme limites e categorias jurídicas próprias do processo penal. Acima de tudo, o que se busca é reforçar a posição da *parte passiva*, fortalecendo o sistema acusatório com o estabelecimento da igualdade de armas, do contraditório e, por fim, com o abandono completo de todo e qualquer resíduo do verbo totalitário. Em última análise, significa o abandono completo da concepção do acusado como um objeto, considerando-se agora no seu devido lugar: como parte no processo penal.

Segundo Oliveira (2010, p.453), a palavra “partes”, no sentido técnico da boa doutrina processual, refere-se tanto:

[...] aquela pessoa que pede algo em juízo quanto àquela perante a qual é feito o pedido. Em uma linguagem simples, as partes seriam o autor (que pede) e o réu (do qual ou perante o qual se pede).

Na visão de Greco Filho (2010, p.231), o conceito de parte integraria “não só quem pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional (colocação de Chiovenda), mas todos os que atuam, no contraditório, perante o juiz”. O que resulta ao autor concluir que “é parte, também, o assistente, mesmo porque, se não é parte, o que é?”.

De certa maneira, Lopes Jr. (2010b, p. 40-44) entende ser o assistente de acusação parte processual; no entanto, de maneira diferente do entender de Greco Filho, seria “parte secundária, acessória, contingencial, pois o processo independe dele para existir e se desenvolver”. É parte secundária, pois cabe ao Ministério Público ser a parte principal, ainda que, para o autor, a figura do assistente de acusação não tenha sido recepcionada pela atual Constituição, tendo em vista o caráter *privativo* da ação penal pública nas mãos do órgão do Ministério Público. Nas ações penais privadas, não se reconhece a presença do assistente, até porque é dada à vítima a legitimação de agir por intermédio do defensor constituído.

Neste sentido, a atuação do assistente teria somente dois interesses: sentimento de vingança e interesse econômico. O que, para Lopes Jr. (2010b, p.40-44), no primeiro caso, traz argumentos bastante frágeis, pois a assistência teria o intuito de fazer justiça e isso seria alcançado por meio de uma “sentença justa”, tendo-se em vista que o assistente não se habilitaria para postular a absolvição do acusado, o que geraria uma contaminação que nada contribuiria para um processo penal equilibrado e ético. O segundo interesse, o econômico, “representa um desvirtualmente completo do sistema jurídico penal para algo que é

completamente alheio a sua função”, devendo o interesse econômico ser satisfeito, em plenitude, na seara do processo civil, não penal.

Feito os aportes necessários ao que se conceituam partes no processo penal eminentemente acusatório, trata-se, na próxima seção, sobre a função do Ministério Público.

### 3.1.2. Ministério Público

O Ministério Público teve origem no século XVIII, na França, cumprindo relevantíssimo papel no modelo de sistema processual acusatório, revelado como resultado da ampliação dos poderes de intervenção estatal e justificado, sobretudo no campo penal, com o intuito de impedir a vingança privada, quando já jurisdicionalizada a solução dos conflitos sociais pelo Estado. Após o longo e tenebroso período de inquisição eclesiástica, foi evoluindo uma Justiça Penal Pública que tinha a função de jurisdição, ou seja, de dizer o direito e de formular a acusação. Diferentemente do modelo acusatório que ocorreu na Antiguidade, em que a realização da Justiça Penal era deixada a cargo das partes envolvidas (nos delitos privados) e dos particulares (qualquer pessoa do povo era legitimada para a instauração da persecução penal). (OLIVEIRA, 2010, p.468)

Com a divisão de poderes e a estruturação do Poder Judiciário, fez-se necessária a criação do Ministério Público, a ter como função exercer a pretensão acusatória, distinta do poder de penar do Estado (titular da função punitiva). Nesse sentido, Lopes Jr. (2010b, p.4) conclui:

[...] existem assim uma pretensão acusatória e a correspondente resistência pelo exercício do direito de defesa, isto é, o binômio básico de pretensão e resistência, [...] que nasce exatamente na transição do sistema inquisitivo para o acusatório, para responder a uma exigência básica: separar as funções de acusar e julgar.

Nesta mesma toada, segundo Oliveira (2010, p.468), surge o Ministério Público, órgão responsável pela persecução penal, retirando do juiz quaisquer funções de natureza pré-processual (ou *investigatórias*), desde que atinentes à apuração dos fatos e à formulação da acusação, como depurar e preservar o quanto possível a sua *imparcialidade*.

Lopes Jr. (2010b, p. 4), no mesmo sentido, afirma que “a necessidade de assegurar a imparcialidade do julgador, levou a criação do Ministério Público”, como “uma parte fabricada para possibilitar o sistema acusatório e garantir a imparcialidade do julgador”,

operando como contraditor natural do imputado, “a efeito de obter que, do artificial e contingente contraste, brote para o Juiz a luz da verdade, sendo o juiz o terceiro imparcial que está em alheamento em relação à luta”.

No Brasil, segundo Oliveira (2010, p. 468):

[...] a instituição de um modelo essencialmente acusatório somente veio a lume com a Constituição da República de 1988, com uma completa redefinição do papel do Ministério Público na ordem jurídica, contemplando, além da titularidade *privativa* da ação penal pública, com inúmeras e relevantes funções na defesa jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127 e 129/CF)

Para se verificar a legitimidade do Ministério Público, conforme Lopes Jr. (2010a, p.369-370), deve-se analisar qual o delito que, em tese, foi praticado, cabendo ao *parquet* a legitimidade de iniciativa das ações incondicionadas e das condicionadas. Em regra, as ações são de iniciativa pública incondicionada quando no Código Penal nada for mencionado, sendo de iniciativa pública condicionada quando for informada a necessidade de representação da vítima ou representante, e de iniciativa privada quando mencionar a necessidade de queixa.

A partir dessa afirmação, Fernandes (2002, p. 19) entende que “ficaram revogados os preceitos que autorizavam a instauração do processo por portaria ou ato de prisão em flagrante e, também, os que possibilitavam aos agentes de outros órgãos públicos, diversos do ministério público, o oferecimento de acusação”. Tal entendimento encontra-se hoje superado, tendo-se em vista a redação da Lei 11.791/2008, que deu nova redação aos artigos 531 a 538 do código de processo penal, revogando do ordenamento jurídico processual penal brasileiro os artigos que feriam a regra do artigo 129, item I, da CF.

Em decorrência da oficialidade do Ministério Público em propor a ação penal de iniciativa pública, este órgão tem a obrigatoriedade, o dever de oferecer a denúncia, quando estiverem presentes as condições de ação: a prática de fato aparentemente criminoso (*fumus comissi delicti*), a punibilidade concreta e a justa causa. Não havendo as condições de ação, deverá o Ministério Público solicitar ao juiz o arquivamento do inquérito. (LOPES JR., 2010a, p.371)

Na visão de Greco Filho (2010, p.236), a obrigatoriedade da denúncia decorre de um dever do Ministério Público, pois a sociedade exige uma atuação eficaz em sua atuação, de maneira a restabelecer o equilíbrio social abalado pelo crime e visto que da relação dialética acusação-defesa pode resultar uma atuação justa da norma penal.

Desta forma, o processo penal brasileiro não adotou os princípios de oportunidade e de conveniência, pelos quais caberia ao Ministério Público ponderar e decidir, a partir de

critérios de política criminal com ampla possibilidade de discricionariedade, quanto ao oferecimento ou não da denúncia. (LOPES JR., 2010a, p.371)

Cabe mencionar, conforme Oliveira (2010, p.142-143), que o Ministério Público somente está obrigado a denunciar quando convencido da presença de conduta delituosa e satisfeitas as condições da ação. Mas estaria obrigado a denunciar quando presentes as causas excludentes de ilicitude, ou seja, as chamadas causas de justificação da conduta?

Para o autor, quando presentes as excludentes de ilicitude, de forma plena e sem qualquer dúvida razoável, o melhor caminho é o pedido de arquivamento, já que o Ministério Público só está obrigado à iniciativa penal quando diante de fato criminoso. Neste caso, havendo a obrigatoriedade da denúncia, fere-se o princípio constitucional da independência funcional do Ministério Público, pois o força a afirmar um fato, sendo que entende que o agente é inimputável pelo ponto de vista da conduta justificada.

Entendimento contrário, segundo Oliveira (2010, p.144), obrigaria o Ministério Público, já na denúncia, a fazer referência expressa à causa excludente, arrolando testemunhas de interesse da defesa, o que seria um absurdo insustentável. E ainda, recorrendo-se a Lopes Jr. (2010a, p.232), não havendo este filtro processual, resultaria isso em três mazelas para o acusado: “o custo processual, o sofrimento que causa ao sujeito passivo (estado de ânsia prolongado) e a estigmatização social e jurídica que o processo penal gera”.

Em decorrência do princípio ou regra da obrigatoriedade, surge o princípio da indisponibilidade, o qual, segundo Greco Filho (2010, p.237), impede que o “Ministério Público desista da ação penal pública ou do recurso interposto ou renunciar a ele”.

Na ótica de Lopes Jr. (2010a, p. 110-113, 373), a indisponibilidade resulta de medida de política criminal, a qual deveria ser repensada à luz do objeto do processo penal e da pretensão acusatória, afirmando o autor que:

[...] na ação penal de iniciativa pública, Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, por questão de política criminal, o modelo brasileiro adota o princípio da legalidade e indisponibilidade [...] e não oportunidade. Por este motivo, o MP não possui plena disposição sobre a pretensão acusatória, quando na verdade deveria ter. É inerente à titularidade de um direito o seu pleno poder de disposição.

No entanto, o fato de o Ministério Público pedir a absolvição em plenário (no júri) ou nas alegações finais orais não se confunde com a indisponibilidade, ainda que o juiz não esteja vinculado ao pedido (o que remete à mesma questão anterior: sendo o MP titular da pretensão acusatória, deveria ter o direito a seu dispor), esse pedido se faz em obediência aos princípios da objetividade, da impessoalidade e, principalmente, da legalidade. Posto que seja “absolutamente ilegal acusar alguém, ou pedir a condenação no final do processo quando não



existe justa causa, punibilidade concreta ou prova suficiente de autoria e materialidade.” (LOPES JR., 2010a, p.373)

Para Lopes Jr. (2010a, p.373), o acima mencionado não se trata de imparcialidade do Ministério Público, tendo-se em vista que, para o autor, o MP “não é e nunca foi uma parte imparcial, até porque se é parte, jamais será imparcial”. Para esse autor, quem afirma a imparcialidade desconhece:

[...] que o Ministério Público é uma “parte artificialmente construída” para ser o contraditor natural do sujeito passivo, e que nasce da superação do sistema inquisitório como uma forma de retirar poderes do juiz (instrutor/inquisidor). Logo, construído para ser parte e assegurar a imparcialidade do juiz (o único verdadeiramente concedido para ser imparcial).

Tal posicionamento não é acolhido por Oliveira (2010, p.469-470). Segundo este autor, o Ministério Público seria o órgão legitimado para a acusação e não o órgão de acusação. Pois, ainda que seja o titular da ação penal pública e a ela estar obrigado, pode o MP não realizar a denúncia ou pedir a absolvição. Defende o escritor que o órgão tem como “relevante missão constitucional a defesa, não dos interesses acusatórios, mas da *ordem pública*, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante *da e na* jurisdição penal”. E conclui:

O atuar do Ministério Público está relacionado com a inteira liberdade que se lhe reconhece na apreciação dos fatos e do direito a ele aplicável. O Ministério Público é livre e *deve* ser livre na formação de seu convencimento, sem que esteja vinculado a qualquer valoração ou consideração prévia sobre as consequências que juridicamente possam ser atribuídas aos fatos tidos por delituosos. Nunca é demais repetir: *ao Estado (e, aqui, ao Ministério Público) deve interessar, na medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente.*

Em decorrência dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, surge o princípio da indivisibilidade da ação penal de iniciativa pública, segundo o qual o Ministério Público não pode excluir da denúncia algum dos acusados de cometimento da infração. Segundo Lopes Jr. (2010a, p.374-375), em decorrência do princípio, havendo um inquérito policial no qual se apura que determinado injusto penal foi praticado por “A”, “B” e “C”, e havendo oferecimento de denúncia somente contra “A” e “B”, não incluindo “C”, tampouco solicitaria o MP o arquivamento em relação a este, cabendo:

- a) ao ofendido oferecer a queixa subsidiária [...] em face do imputado “C”, pois houve inércia do MP em relação a ele;
- b) a aplicação por parte do juiz do art. 28 do CPP por analogia, pois estamos diante de um arquivamento implícito em relação ao indiciado “C”. [...] Assim, se o juiz também não se manifestar sobre o fato ou sujeito, estará consolidado o arquivamento. Daí porque o arquivamento é, na verdade, tácito, decorrendo da omissão do MP e da inércia do Juiz.

Com relação aos princípios institucionais que regem a atuação do Ministério Público, podem-se elencar: o princípio da unidade, o princípio da indivisibilidade e o princípio da autonomia funcional.

Para Greco Filho (2010, p.236), os princípios da unidade e da indivisibilidade são aspectos do mesmo conceito, não se podendo, portanto, separar um de outro. Conforme o autor, significaria dizer:

[...] que o órgão do Ministério Público, ao atuar, atua enquanto instituição e esgota a atividade dela naquele momento. Por outro lado, concentra-se no Procurador-Geral todo o conjunto de atribuições do Ministério Público, de modo que pode ele praticar qualquer dos atos de cada um dos órgãos da Instituição em particular.

Isto quer dizer que pode o Procurador-Geral avocar a prática de um ato, designar promotor para fazê-lo, designar promotor especial para determinado caso, bem como delegar atribuições.

Desta forma, conclui o autor, que é inconcebível a figura do “promotor natural”, uma vez que a persecução penal “inclusive em virtude de sua repercussão política” exigiria maior liberdade do Procurador-Geral, pois a função do Ministério Público deve ser “dirigida, acentuada, ou não, em face de certas situações”.

De forma contrária, Oliveira (2010, p.476-480) advoga pela afirmação da teoria do promotor natural. Para o doutrinador, o princípio da independência funcional seria um dos pilares da teoria do promotor natural, “cuja necessidade de preservação impediria o afastamento de quaisquer membros para o fim de prevalecer sentimentos, convicções e/ou inclinações pessoais da chefia da instituição”.

Nesta mesma seara, sustenta o autor, o princípio da inamovibilidade também se aplicaria à figura do promotor natural, tendo-se em vista que o princípio não se aplicaria somente à transferência geográfica do órgão do *parquet*, mas, também, por afastá-lo do exercício das funções originariamente atribuídas a ele. Assim:

[...] a exigência do promotor natural está relacionada com a necessidade de preservação da independência funcional e da inamovibilidade dos membros do *parquet*, a impedir toda e qualquer substituição e/ou designação que não atendam a critérios fundados em motivações estritamente impessoais, e desde que em situações devidamente previstas em lei, [...]. E, mais resumidamente ainda: promotor natural é a vedação do *promotor* (ou acusador) *de exceção*.

(OLIVEIRA, 2010, p.476-480)

Por fim, Oliveira (2010, p.479) afirma que o princípio do promotor natural erige-se como “garantia ao acusado”, como garantia de regularidade e adequação do exercício da persecução acusatória, numa aplicação por analogia à norma constitucional segundo a qual ninguém será processado senão por autoridade judiciária competente.

De todo o exposto, vislumbra-se que o Ministério Público é fundamental para a efetivação do Estado Democrático de Direito e para a instituição do modelo processual acusatório com relevante papel no desenvolvimento das funções, não só legitimado para a persecução acusatória, mas também para atuar como defensor jurídico do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não podendo agir fora dos ditames dos princípios acima elencados.

### 3.1.3 Acusado e seu Defensor

Como já visto no item 1.2, quando se fala do sistema acusatório, para a consagração de um sistema processual acusatório, é imperioso que sejam delimitadas e separadas as funções do julgador e do acusador. Sobretudo, faz-se necessário, seja possibilitada, o mais próximo do possível, a igualdade de armas entre acusação e defesa. Pois, conforme a visão de Oliveira (2010, p.469), na realidade, opera-se uma desigualdade entre os órgãos de acusação e de defesa em todo e qualquer processo, o que tem motivado a implantação da ampla defesa e não a da ampla acusação.

É visto também, nos subcapítulos 1.3, 2.2 e 2.3, quando se trata do sistema inquisitório, quanto aos princípios constitucionais do processo penal e ao que sobra do CPP, respectivamente, que, sob a luz do processo inquisitório, nos dizeres de Coutinho (2001, p.28), “o acusado era mero objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime”, e que se preciso fosse, tolerar-se-ia até mesmo a tortura. Superada a fase do processo inquisitório, e ainda sob a vigência do Código de Processo Penal de 1941, estivemos vivendo sob a presunção de culpa dos acusados no processo penal brasileiro.

Após anos de processo inquisitório e regimes ditatoriais, veio à luz a Constituição da República de 1988 e, com ela, os diversos princípios constitucionais já elencados no subcapítulo 2.2 e em suas seções. Todos estes princípios são garantidores de um processo penal que visa a preservação da dignidade da pessoa humana e a proteção contra arbitrariedades estatais, pois, como ensina Lopes Jr. (2010a, p.115): “Todo o poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais são verdadeiros *escudos protetores* contra o (ab)uso do poder estatal”.

Da mesma forma, no ano de 1992, o governo brasileiro, por meio do Decreto 678/92, ratificou as garantias estabelecidas na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, também denominado “Pacto de San Jose da Costa Rica”, passando essas garantias a integrarem o ordenamento brasileiro com o *status* de direitos e garantias constitucionais, haja vista a afirmação do art. 5º, §2º, da CF, que reza: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*” (grifo nosso)

As funções do acusado e de seu defensor no processo penal, pautado num sistema acusatório, devem ser preservadas frente às garantias constitucionais e processuais, até porque, como cita Coutinho (2001, p.29), “o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados”.

O próximo capítulo tratará da gestão da prova e, resgatando novamente os essenciais papéis dos atores processuais e do juiz para a concretização do sistema acusatório.

### 3.2. As Provas no Sistema Processual Brasileiro

A palavra “prova” é originária do latim *probatio*, que decorre do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar, sendo, no processo, em geral, o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. (GRECO FILHO, 2010, p.186)

De maneira objetiva, Oliveira (2010, p.341) define a prova judiciária como a “reconstrução dos fatos investigados no processo, buscado a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo”. O que implica, como já visto no subcapítulo 2.3, uma imperiosa dificuldade: a reconstrução da verdade.

Desta forma, considerando que o processo penal é um instrumento de retrospectiva aproximativa de um determinado fato histórico, o qual se destina a proporcionar ao julgador a reconstrução histórica de um fato, Lopes Jr. (2010a, p.521) define as provas como sendo “os meios através dos quais se fará essa reconstrução do passado (crime)”.

Na ótica de Coutinho (2001b, p. 3):

A produção da prova no processo penal tem por objetivo formar a convicção do juiz a respeito da existência ou inexistência dos fatos e situações relevantes para a

sentença. É, em verdade, o que possibilita o desenvolvimento do processo enquanto reconstrução de um fato pretérito, conforme restou demonstrado.

Assim, a prova tem caráter fundamental no processo e sua produção tem por finalidade única produzir os conhecimentos necessários ao julgador para emitir sua sentença ou, como afirma Lopes Jr. (2010a, p.523), “As provas são signos do fato que se quer conhecer, isto é, uma relação semiótica configurável de diversos modos, em que da correspondente análise surge a mais útil das possíveis classificações”.

Desta forma, a instrução, cujo significado se extrai da arquitetura, com o sentido de construir, edificar, ordenar com método, transferido para o direito, corresponde à tarefa de recolher as provas que permitam uma aproximação ao fato histórico, ao qual Cordero *apud* Lopes Jr. (2010a, 523) se refere como o *metabolismo do juízo histórico*, em que:

[...] os **processos são máquinas retrospectivas** que se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou, cabendo às partes formularem hipóteses e ao juiz acolher a mais provável, com estrita observância de determinadas normas, trabalhando com base num conhecimento empírico.

Dito isso, resta analisar a quem incumbe o ônus da prova. Entende Greco Filho (2010, 191-192) ser esta uma questão basilar do direito processual penal, decorrendo o instituto do ônus da prova e seus fundamentos de três princípios prévios:

[...] 1º) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, se esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, com um *non liquet*; 2º) o princípio da imparcialidade, segundo o qual o juiz não pode tornar-se acusador ou defensor, quer quanto à iniciativa da ação, quer quanto à iniciativa da prova; 3º) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*) e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*)

Segundo Oliveira (2010, p. 348), a presunção constitucional de inocência, pela qual “ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, “implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá *provar a existência de um crime*, bem como a sua *autoria*”.

Neste sentido, e para além dele, Lopes Jr. (2010a, 535) entende que a presunção de inocência serve para verificar a qualidade do sistema processual pelo nível de sua observância, devendo este *dever de tratamento* ser respeitado em suas duas dimensões, interna e externa ao processo, *in verbis*:

Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites a publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente).

Regra geral, a prova da alegação incumbe a quem a fizer; no entanto, tratando-se de processo penal, deve-se analisar a questão em suas peculiaridades. Nucci (2008, p.393) assevera:

Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, embora nunca o faça de maneira absoluta.

Greco Filho (2010, p. 195), sob a mesma ótica, entende que ao réu só incumbe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória. Do contrário, o descumprimento do ônus probatório por parte do réu não acarreta a procedência da imputação, uma vez que “o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio do *in dubio pro reo*, que leva à absolvição no caso de dúvida quanto à procedência da imputação”, ou ainda, no caso de iniciativa probatória acerca de excludentes, bastando uma prova que suscite razoável dúvida, pois a dúvida milita a favor do réu.

Nesse sentido, destacamos a decisão da Segunda Câmara Criminal do TJSC, cujo acórdão é de lavra da Des. Salete Silva Sommariva, proferida na Apelação Criminal nº. 2009.068813-3, julgada em 09/09/2010:

APELAÇÃO CRIMINAL - ABANDONO MATERIAL (CP, ART. 244) - FALTA DE PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA JUDICIALMENTE ACORDADA - RECURSO MINISTERIAL - PRELIMINAR - AUSÊNCIA DE DEFESA - INÉPCIA DA DENÚNCIA - APLICAÇÃO ANALÓGICA (CPP, ART. 3º) DO DISPOSTO NO ART. 249, §2º DO CPC - PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ECONOMIA PROCESSUAL - MÉRITO - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - DESCABIMENTO - INTERPRETAÇÃO DO ART. 156 DO CPP SOB PRISMA CONSTITUCIONAL - CONTEMPLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) - DOLO NÃO COMPROVADO - FRAGILIDADE PROBATÓRIA - DÚVIDAS QUANTO À CAPACIDADE FINANCEIRA DO RÉU - ABANDONO MATERIAL NÃO DEMONSTRADO PELA ACUSAÇÃO - APLICAÇÃO DO IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

[...]

II - No **sistema** processual penal brasileiro, vige o princípio do *in dubio pro reo*, consubstanciado na tese de que a existência de provas conflitantes nos autos, ou mesmo a ausência de elementos aptos a confirmarem a autoria do delito, conduz à absolvição do acusado.

Assim, o art. 156 do Código de Processo Penal ("A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]"), deve, assim como todos os demais preceptivos, ser interpretado de acordo com as garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal, de sorte que, estando o réu sob o manto da presunção de inocência, cabe à acusação provar cabalmente as imputações descritas na peça acusatória, não havendo espaços para que seja atribuído ao réu a carga de ter que sidersar argumento **acusatório** que não encontra respaldo no acervo probatório, uma vez que a dúvida se resolve a favor daquele.

Diante disso, reputa-se infundada qualquer inversão do ônus da prova que imponha

ao réu o ônus de derruir alegação acusatória simplesmente porque expendida pelo Parquet na inicial.

[...]

Posição contrária ergue Lopes Jr. (2010a, p. 537), por entender que ao réu não cabe nem mesmo a prova da alegação de excludente, pois, uma vez albergado pela presunção de inocência, cabe ao acusador provar todo o alegado. Logo:

[...] demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador **provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.**

Feito este estudo inicial acerca das provas e do ônus probatório, o seguinte capítulo, aborda a questão da gestão da prova e da produção de prova de ofício pelo juiz criminal, assim como a função constitucional guardada a este.

### 3.3. A Gestão da Prova e a Função Constitucional do Juiz

Questão controversa surge quando se discute a possibilidade de produção de provas *ex officio* pelo juiz criminal, de acordo com a nova redação do art. 156, I e II, do Código de Processo Penal de 1941, dada pela Lei 11.690/08, ao prever que poderá o juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, e, no inciso II, determinar ele, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Entende Tourinho Filho (2009, p.95) que “o ônus da prova incumbe às partes, mas o juiz não é um expectador inerte na sua produção, podendo, a qualquer instante, determinar, de ofício, quaisquer diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Da mesma forma, e sob o argumento da tão falaciosa busca da verdade real, Nucci (2008, p. 394) apregoa que incumbe ao juiz “determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente de atingir a verdade”.

Greco Filho (2010, p.205 e 206), fundamentando-se no interesse público do processo penal, pelo qual, de um lado, há a necessidade social da repressão penal e, de outro, o direito de liberdade, mas também se apoiando na busca da verdade real que, em sua visão, supera a verdade que as partes colocam, entende que o juiz deve buscar as provas independentemente da iniciativa das partes. Ou seja, nas palavras do autor:

Se se examinar o texto legal com cuidado, é fácil de ver que o Código atribui, primeiramente, a iniciativa probatória às partes e, depois, ao juiz, para dirimir dúvida sobre ponto relevante, ou seja, ponto já colocado, sobre o qual já houve atividade probatória, mas restou duvidoso. Daí ser possível concluir que, mesmo no processo penal, os poderes instrutórios do juiz, quanto à determinação de prova de ofício, são poderes complementares à iniciativa das partes que têm o ônus originário de requerer ou propor as provas pertinentes.

Prossegue o autor, lecionando que os poderes inquisitivos do juiz obedecem a certos limites, que são sua imparcialidade, o contraditório e a equidistância em relação às partes, e que, nas questões relevantes, o juiz pode determinar prova não requerida pelas partes. Entretanto, sustenta que não pode o juiz se tornar acusador e nem defensor, sob pena de violar o sistema acusatório, “que é garantia do julgamento justo e a própria essência da jurisdição, que consiste no julgamento por órgão não interessado e não envolvido na atividade de acusação ou de defesa”.

Sendo tênue a linha entre o exercício do poder inquisitivo na busca da verdade e o abuso desse poder com invasão das funções de acusação ou de defesa, assevera o Greco Filho (2010, p.205 e 206) que os casos concretos saberão mostrar a distinção, “uma vez compreendido que os poderes não são ilimitados e que o limite é a exigência da imparcialidade”.

Importante lição nos traz Busato (2010, p. 112 e 113) contra a crítica feita à teoria, sobretudo capitaneada por Nucci, ao se afirmar que a postura inerte do juiz assemelha-se à de uma samambaia na sala de audiência. Para o autor, “na verdade, é justamente este afastamento, esta isenção, que permite o real controle sobre a realização das provas pertencentes às partes, pois somente a prudente distância dos interesses debatidos na causa permite que o juiz exerça sua função de garantir os direitos fundamentais do acusado”.

Em relação ao inciso I do art. 156, do CPP, Oliveira (2010, p.350 a 352) afirma ter se operado um retrocesso quase que inacreditável e inaceitável, frisando ele que a novidade é patentemente inconstitucional, uma vez que o juiz não tutela e não deve tutelar a investigação, visto que a jurisdição criminal inicia-se, tão-somente, com a apreciação da peça acusatória. Dessa forma, entende o autor que não deve o juiz tomar providências de ofício para fins de preservação de material a ser colhido em fase de investigação criminal, até porque, com exceção das provas periciais irrepetíveis, o juiz não levará em consideração, por ocasião da sentença, as provas ou elementos colhidos na fase de investigação (art.155 do CPP).

Já em relação ao inciso II, o citado autor observa que respeitando os limites impostos pelo sistema acusatório acolhido pela Constituição, assim como a imparcialidade, o



respeito ao contraditório e à ampla defesa, pode o juiz exercer atividade probatória para dirimir dúvida acerca de ponto relevante no tocante à qualidade ou idoneidade da prova trazida pelas partes, nunca em relação à ausência dela. Ou seja, *in verbis*: “[...] é de se admitir a dúvida do juiz apenas sobre a *prova produzida* e não sobre a insuficiência ou a ausência da atividade persecutória”.

Neste sentido, Carvalho (2010, p. 19) aponta que, no sistema acusatório, não se deve atribuir ao órgão julgador qualquer proeminência quanto à gestão da prova, sob pena de macular-se a imparcialidade necessária ao julgamento do processo. No entanto, assevera o autor que o juiz não passa a ter uma postura passiva de mero espectador, sendo possíveis os poderes instrutórios quanto a sua dimensão de profundidade; ou seja, a partir do momento em que as partes tragam ao processo as provas que entendam necessárias, ao juiz é legítimo “perquirir sua credibilidade, autenticidade, sanidade, e todos os demais atributos, pois a ele cabe valorá-las”. O que não se confunde quanto à dimensão de *extensão* da prova, ou seja, “diante da pluralidade de possíveis fontes e meios de prova, não lhe cabe determinar a produção de tal ou prova”. Em resumo: “Seus poderes instrutórios são ilimitados na profundidade das provas trazidas pelas partes, mas limitada na extensão das provas requeridas pelas partes”.

Quanto à produção antecipada de provas, Lopes Jr. (2010a, p. 600 a 602), com as ressalvas iniciais de que à luz do sistema acusatório-constitucional não deve o juiz produzir provas de ofício, a produção de prova antecipada só deve ser praticada em casos extremos, justificada por sua relevância e impossibilidade de repetição em juízo, sendo sempre observados o contraditório e a ampla defesa, e nunca sendo requerida de ofício pelo magistrado.

De maneira geral, Lopes Jr. (2010a, p. 81) ensina que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz destrói a dialética do processo, o contraditório, pois funda um sistema inquisitório e sepulta qualquer esperança de imparcialidade, sendo imensos os prejuízos provocados pelos pré-juízos realizados pelo magistrado.

Da mesma forma, Gorgulho (2010, p.43 e 44) assevera que o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, no qual o autor e réu constroem, pelo método dialético (contraditório), a solução justa do caso penal e, assim, guardando a imparcialidade necessária do julgador, visto que:

[...] o juiz ao proceder à gestão da prova, se afasta, consciente e inconsciente, do primado da imparcialidade, aderindo à tese acusatória (ainda que seja provisória aquela versão explicativa do fato) e se insere em um “quadro mental paranoico” que por prevalecer à supremacia da hipótese mental sobre os fatos, objetiva a

confirmação da tese da acusação, primeiro, para que, depois, diante da decisão, se encaminhe para a colheita do material probatório apto a justificá-la.

No que tange a gestão das provas, o juiz, na forma da Constituição, deve ter o papel de mero espectador. Nas palavras de Lopes Jr. (2010a, p.134), “o juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valor essa prova. A figura do juiz-espectador em oposição à figura inquisitória do juiz-ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório”.

Desta forma, assevera Coutinho (2001a, p. 37-38) que o juiz deve manter a máxima imparcialidade e equidistância com relação às partes, mantendo a gestão da prova nas mãos das partes, pois, do contrário, “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”.

Até porque, com ensina Prado (2006, p. 158), “a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar”, desta forma, o juiz, quando tem a iniciativa probatória, faz isso com determinado intuito, o que o leva, de fato, ao comprometimento de sua imparcialidade pois, conforme as palavras do autor: “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”.

Em busca de jurisprudências que versem sobre a temática Gestão da Prova, percebe-se significativo avanço nos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do qual, a título de conhecimento, selecionamos alguns julgados. O primeiro, da 5ª. Câmara Criminal do TJRS, de relatoria do Des. Amilton Bueno de Carvalho, na Apelação Criminal nº. 70026105965, julgado em 17/09/2008:

ATENTADOS AO PUDOR CONTINUADOS. SISTEMA ACUSATÓRIO. GESTÃO DA PROVA. TESTEMUNHA OUVIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. NULIDADE. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO.

1. A oficiosidade do Juiz na produção de prova, mesmo que sob a escusa da pretensa busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e que agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa. Precedentes da Câmara.

2. A condenação só pode emergir da convicção plena do julgador – sua base ética indeclinável. A prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas possíveis enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio *in dubio pro reo*.

O segundo, de lavra do Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, na Apelação Criminal nº 70006183826, 5ª Câmara Criminal do TJRS, julgado em 28/05/2003:

PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. ARTIGO 156, DO CPP. AGRESSÃO AO ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AO JUIZ É VEDADO PERSEGUIR PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO ABSOLUTO.

- O texto do artigo 156, do CPP, proclamado pela acusação, fere expressamente a norma constitucional, quer genericamente diante da recepção do sistema processual acusatório, quer especificamente em seu artigo 129, I (onde resguarda o princípio da inércia da jurisdição): eis a regra básica do jogo no sistema processual democrático: um acusa (e prova), outro defende e outro julga – não se pode cogitar da inquisitorial relação incestuosa entre acusador e julgador.

- A principiologia constitucional suplantou – desde muito – estratégias como a crença mitológica de busca da “verdade real”. Dela, o que se alcança é o resultado das limitações históricas, culturais e ideológicas de cada um, exteriorizado na interpretação dos fenômenos mundanos.

- Não prestar valor absoluto à palavra da vítima e não violar o princípio da inércia da jurisdição para buscar provas afasta a atividade jurisdicional dos dogmas processuais inquisitórios impregnados na legislação infraconstitucional e na atuação jurisdicional pátrias.

- À unanimidade negaram provimento ao apelo.

E por último, a jurisprudência de lavra do Des. ARAMIS NASSIF, na Correição Parcial nº 70014869697, Quinta Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 01 de junho de 2006:

CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO *EX OFFICIO*. BAIXA DOS AUTOS À DP PARA EFEITOS DE RECONHECIMENTO DO RÉU. VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.

O juiz não pode, pena de ferir o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal, determinar diligências policiais, especialmente reconhecimento do acusado pelas vítimas. No sistema acusatório o réu é tratado como sujeito de direitos, devendo ter, portanto, suas garantias individuais (constitucionais) respeitadas. A regra é clara e comum: O Estado acusador através do agente ministerial, manifesta a pretensão ao agente imparcial, que é o estado-juiz. Essa imparcialidade que se apresenta nítida agora, com a definição constitucional dos papéis processuais, é a plataforma na construção de uma ciência processual democrática, vedando a iniciativa *ex officio* na produção da prova. Correição acolhida.

No entanto, pode-se perceber que o mesmo não ocorre em relação ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do qual se extraiu o recente julgado da Primeira Câmara Criminal do TJSC, de lavra do Des. Carlos Alberto Civinski, proferido na Apelação Criminal nº. 2009.054469-5, julgado em 23/04/2010:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006) . RECURSO DA DEFESA. OBSERVÂNCIA AO PROCEDIMENTO ESTABELECIDO NO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE DO MAGISTRADO, APÓS INQUIRIRÇÃO DIRETA DAS PARTES, INDAGAR AS TESTEMUNHAS SOBRE PONTOS QUE ENTENDER NECESSÁRIOS A FIM DE COMPLEMENTAR A INSTRUÇÃO CRIMINAL E NA BUSCA DA VERDADE REAL DOS FATOS. PARCIALIDADE DO JUÍZO A QUO NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. EXEGESE DO ARTIGO 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRELIMINARES AFASTADAS.

- Nosso ordenamento jurídico não adotou o **sistema acusatório** puro, devendo coexistir os métodos presidencialista e adversarial de produção de prova, sob pena de outorgar ao Membro do Ministério Público a faculdade de dispor da ação penal, em flagrante violação ao art. 42 do Código de Processo Penal.

- As garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório durante a instrução processual penal, dada a natureza acessória, não podem ser um fim em si mesmas (acusado contava com defensor técnico e não há qualquer alegação de excesso por parte do julgador), e jamais poderão dificultar a persecução penal (impedir a obtenção da verdade real) sem que haja vulneração a um direito fundamental, o que constituiria afronta à essência do Estado Democrático de Direito.

[...]

**Inicialmente não prospera as alegações de nulidades absolutas arguidas.**

**Isso porque o fato de o magistrado questionar as testemunhas após oportunizar a defesa de inquiri-las não configura nulidade absoluta, uma vez que não trouxe qualquer prejuízo à defesa.**

**A nova redação dada pela lei 11.690/2008 ao artigo 212 do Código de Processo Penal destituiu o sistema presidencialista de inquirição das testemunhas, aplicando o sistema de inquirição direta, o qual estabelece que os questionamentos às testemunhas serão realizados pelas partes.**

**No entanto, o novo sistema penal não impossibilitou ao magistrado indagar às testemunhas nos pontos que entender necessário a fim de complementar a instrução criminal, após oportunizar a devida inquirição direta pelas partes.**

**Ressalta-se que a circunstância de o juiz indagar as testemunhas não viola os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade do julgador, bem como não afronta o sistema acusatório, haja vista que a atuação do magistrado na busca da tão prolatada verdade real possibilitará ao final uma decisão segura e imparcial.**

**No presente caso, verifica-se que, ausente o Promotor de Justiça, foi oportunizado à defesa a inquirição das testemunhas, mas esta nada perguntou, de modo que o magistrado, no cumprimento do seu mister, entendeu por bem efetuar perguntas às testemunhas para apurar a verdade dos fatos e complementar a instrução probatória.**

No entanto, cabe a ressalva de que, ainda que voto vencido na Apelação acima citada, pronunciou-se o Des. Rui Fortes, nos seguintes termos:

*Dissenti, data venia*, da douda maioria, por entender que, no caso em apreço, o Magistrado *a quo* não podia ter complementado a prova produzida em audiência, porque acusação e defesa nada perguntaram às testemunhas.

Na espécie, segundo se infere do termo de audiência de fl. 124, e dos termos de assentada de fls. 125 a 128, o representante do Ministério Público não se fez presente à audiência de instrução, nem há nos autos menção dos motivos de sua ausência.

Assim, não houve perguntas da acusação às testemunhas, preferindo a defesa por também permanecer em silêncio. Todavia, postando-se como verdadeiro órgão acusador, o Magistrado *a quo* passou a fazer perguntas às testemunhas, com o intuito, ao que parece, de esclarecer os fatos descritos na denúncia e apurados na fase investigativa.

Ocorre que tal comportamento não é mais compatível com o atual procedimento previsto no Código de Processo Penal, pois, segundo preceituam os arts. 156 e 212 do CPP, com nova redação dada pela Lei n. 11.690/08, a produção da prova incumbe às partes do processo, e as perguntas, na audiência de instrução, serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas, vítima e acusado, podendo o Magistrado apenas complementar a inquirição para fins de esclarecimento de informações prestadas pelos inquiridos.

Como é cediço, "partes", no processo penal, são apenas a acusação e a defesa. O Juiz é o representante do Estado, que possui o direito de punir o infrator à lei (*jus puniendi*). A ele, conforme preceitua o art. 212 do CPP, cumpre apenas complementar a prova produzida pelas partes, e não substituí-las na tarefa de produzir a prova, seja para condenar o réu, seja para absolvê-lo.

No Superior Tribunal de Justiça, ainda que escasso, encontramos o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 23945/RJ, de relatoria da Min. Jane Silva, proferido em 05/02/2009, do qual se extrai:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA. REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO POR JUIZ DURANTE A FASE INQUISITÓRIA, ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 3º, DA LEI DE PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO QUE PERMITA AO MAGISTRADO PROCEDER À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. RETORNO AO SISTEMA INQUISITÓRIO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GARANTIAS DO CIDADÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Hipótese em que o Juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da Lei 7.960/1989.
2. A lei da prisão temporária permite ao magistrado, de ofício, em relação ao preso, determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito. Em relação à autoridade policial o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.
3. A Lei 7.960/1989 não disciplinou procedimento em que o Juiz pode, como inquisidor, interrogar o réu.
4. O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional.
5. O sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes.
6. No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem.
7. Recurso provido.

Pelo todo exposto, verifica-se que, ainda que timidamente, a jurisprudência de alguns tribunais pátrios e superiores vêm acolhendo o modelo de sistema processual penal acusatório, como opção constitucional, e remetendo às partes a gestão probatória. Desta forma, coibindo a atividade inquisitorial de determinados magistrados que, sob o auspício da mitológica busca da verdade real, têm repetidamente aplicado o Código de Processo Penal de 1941 em contrariedade evidente aos ditames da Constituição da República e aos princípios norteadores do Processo Penal Constitucional.

Segundo Coutinho (2010, p.12), a opção por um Código de Processo Penal de base num *Sistema Acusatório* é uma prestação de contas com a realidade, pois não faz sentido,

após 1988, qualquer ordenamento que seja contrário à Constituição, pois “o princípio republicano, o princípio da isonomia, o princípio do devido processo legal e o princípio da fundamentação de todas as decisões (dentre outros) formam um quadro no qual não há espaço para o predomínio da base do *Sistema Inquisitório*”.

O papel do juiz no processo penal constitucional, tendo a Carta Magna escolhido o modelo acusatório, passa de inquisitor para protetor dos direitos e das garantias fundamentais do acusado. Assevera Lopes Jr. (2010a, p. 570), que:

[...] aos juízes não lhe compete o papel de inquisidores, de guardiões da segurança pública e de responsáveis pela “limpeza social”, como muitos – até inconscientemente – pensam ser. O papel do juiz no processo penal é de guardião da Constituição e da máxima eficácia dos direitos fundamentais do réu a ele submetido. Daí porque, não se lhes incumbe, democraticamente, a missão de reveladores da verdade. Lutem contra essa “ambição de verdade”! Julguem com tranquilidade, com base na prova produzida no processo, e absolvam sem culpa. Por outro lado, condenem, é claro, quando a prova produzida no processo for plena e disso estiverem realmente convencidos.

A dúvida deve dar lugar à absolvição, não ao sofrimento. Quem não for capaz de compreender isso, esta no lugar errado, fazendo a coisa errada.

Tendo em vista que se pode extrair da Constituição da República de 1988 que o modelo de processo penal escolhido tenha sido o acusatório, e mesmo que um novo código de processo penal nasça desta escolha, e enfim, estabeleça a função constitucional de cada na parte processo, acolhemos a ressalva de Rosa (2010b, p. 129), ao afirmar que “o processo de desubstancialização do lugar do juiz não depende de uma alteração processual, embora possa auxiliar. Depende fundamentalmente de uma postura”. Mais difícil que a mudança normativa será a mudança de mentalidade de toda uma geração de juristas que nasceram sob a égide da função inquisitória. Nestes, operar-se-á a verdadeira mudança.

## CONCLUSÃO

Inicialmente, abordamos o critério para conceituação de sistema e optamos pela corrente que define sistema a partir de seu núcleo fundante. Desta forma, abordamos para a definição e a classificação dos sistemas processuais penais, a gestão da prova como identificador do sistema. Ainda que o critério mais tradicional se pautasse na separação das funções de julgar e acusar, tal critério se mostrou reducionista para separar as complexas relações existentes no sistema processual hodierno.

Assim, no sistema acusatório, o princípio unificador é o princípio dispositivo no qual a gestão da prova se encontra nas mãos das partes responsáveis pela acusação e pela defesa, sendo que o juiz é terceiro imparcial, que visualiza o confronto penal em posição equidistante com relação às partes. Já no sistema inquisitório, seu princípio identificador é a gestão da prova pelo juiz, de forma que ao juiz compete a função de julgar e de sair em busca de provas que possa utilizar em seu julgamento.

Em cada sistema se incluem vários elementos secundários, não sendo, portanto, fundamentais na caracterização de um ou outro sistema, podendo, inclusive, coexistir elementos secundários que habitam ora no sistema acusatório, ora no sistema inquisitório.

O sistema acusatório surge no direito ateniense a fim de garantir a participação do povo nos julgados e de implantar a democracia, ainda que de forma rudimentar. Após, esteve presente, também, no direito romano, no qual, no último século do período republicano, a acusação era realizada por um cidadão do povo, distinto do juiz e não pertencente ao Estado. As principais características do processo penal romano eram a atuação passiva do juiz, cabendo às partes a gestão das provas, a acusação por escrito e a indicação das provas, havendo contraditório e direito de defesa, procedimento oral e julgamentos em público.

No período imperial romano, o sistema acusatório foi, pouco a pouco, substituído pelo sistema inquisitório, inclusive com a utilização de tortura, vindo a reaparecer somente no direito inglês do século XII e, posteriormente, no século XVIII, a partir dos ideais da Revolução Francesa e da superação do sistema inquisitório que vigorou por séculos na Europa Ocidental.

Hoje, o sistema acusatório, como visto no subcapítulo 1.1, é regido pela gestão das provas pelas partes e corroborado por características secundárias; em geral, pelo princípio da publicidade dos atos judiciais, ressalvados os atos secretos para evitar exposição em determinados tipos penais; pelo contraditório e pela ampla defesa, sendo o réu sujeito de

direitos e garantias constitucionais; pelo sistema de livre valoração das provas pelo juiz, e; pela imparcialidade do julgador, que deve estar equidistante das partes e conduzindo o processo de forma a manter as garantias e direitos fundamentais do acusado.

O sistema inquisitório, assim como o acusatório, existiu tanto na Grécia como em Roma, mas foi a partir do século XIII que ele tomou sua forma mais cruel e conhecida, naquele que ficou conhecido como o período da Inquisição. Pode-se perceber que os sistemas inquisitórios serviram sempre a governos autoritários e totalitários, assentado sobre o berço da busca da verdade real, promoveu barbáries e uma verdadeira caçada aos culpados, extraindo-se a verdade através de confissões que legitimavam os meios, inclusive, de tortura.

De forma geral, é possível enumerar as características do sistema inquisitório como: concentração das funções de acusar e julgar nas mãos dos juízes, processos sigilosos, sem contraditório e ampla defesa, sendo o acusado mero objeto do processo e sendo a prova tarifada, com a confissão sendo a rainha das provas.

O dito sistema misto nasce com a superação da Inquisição, como modo de se reestabelecer os direitos e as garantias fundamentais do homem, iluminado pelos ideais da Revolução Francesa. É misto porque absorve características tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitório e, em sua origem, mantinha a fase pré-processual como inquisitiva e a fase processual como acusatória.

Hoje, a partir do marco teórico optado nesta obra, no qual ao sistema cabe um núcleo fundante, foi entendida como incongruência lógica a possibilidade de um sistema misto, por ser incapaz de coexistir no núcleo mais de um princípio. Portanto, ou o sistema é eminentemente acusatório, com a gestão da prova regida pelas partes, mesclado com características inquisitórias, ou é o contrário.

No caso brasileiro, foi abordado, no subcapítulo 1.4, que a doutrina se diverge por diversos motivos, sendo o principal a confusão teórica acerca da definição de sistemas. O que nos leva a concluir que o sistema processual, hoje apresentado como o Código de Processo Penal de 1941, é inquisitório com características secundárias do acusatório pois, apesar de termos a separação das funções de julgar e acusar, ao juiz ainda incumbe várias ações inquisitórias, em busca da verdade real e pelo interesse público do processo penal.

No Capítulo 2, foi estudada a Constituição e a normas processuais penais, ficando determinado que as Constituições refletem a ideologia vigente na época de sua promulgação e, portanto, que devem irradiar todos seus princípios nas normas infraconstitucionais. No caso brasileiro, nossa Constituição da República de 1988, veio operar uma ruptura com o Estado autoritário de ditadura que se operou por décadas. Desta forma, veio recheada de princípios e



garantias fundamentais, de maneira a atingir o regime democrático, limitando a atuação do Estado frente aos indivíduos.

Nas seções do subcapítulo 2.2, foram abordados os princípios constitucionais do sistema processual penal trazidos à luz pela Constituição da República de 1988. Entre outros, os princípios mais importantes: o princípio de juiz natural, os princípios de direito ao silêncio e de não autoincriminação, o princípio do contraditório, o princípio de ampla defesa, o princípio de presunção de inocência, o princípio de motivação das decisões judiciais e o princípio acusatório. Todos levando à conclusão de que a Constituição optou por um sistema acusatório.

Princípios estes que, aplicados ao Código Penal de 1941, demonstram a falta de sincronia constitucional, tendo-se em vista que este código possui caráter autoritário e inquisitório, fruto da ideologia repressiva que vigorava à época de seu nascimento, durante o Estado Novo e sob os auspícios da Constituição de 1937. O que torna fundamental a filtragem Constituição dos artigos da norma processual penal que se encontre em confronto com a Carta Magna, para acolhimento integral dos princípios e garantias constitucionais e para a adaptação ao Estado Democrático de Direito.

No Capítulo 3, abordaram-se os estudos acerca das funções dos atores judiciais no processo penal eminentemente acusatório, onde, primeiramente, analisou-se a problemática caracterização das partes no processo penal e onde a aplicação da Teoria Geral do Processo gera diversas divergências, concluindo-se que, a partir do objeto do processo penal, da pretensão acusatória, são partes aquele que formula e aquele contra quem é formulada a pretensão acusatória. Desta forma, o juiz não é parte do processo penal acusatório, e sim, sujeito.

Entendido dessa forma, são partes no processo a acusação e o acusado, e a ação penal pública cabe privativamente ao Ministério Público, assim como a pretensão acusatória, sendo este órgão redefinido a partir da Constituição de 1988, com inúmeras e relevantes funções na defesa jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ao acusado, da mesma maneira, foram recepcionados todos os direitos e todas as garantias constitucionais, além dos estabelecidos pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, tornando-se ele (o acusado) verdadeiramente sujeito do processo penal, sendo protegido contra o poder autoritário estatal, devendo, em teoria, todo acusado sofrer um processo justo e, ao final, sendo proferida uma sentença a condená-lo pelo crime cometido e

licitamente provado, ou, atendendo-se ao princípio da presunção de inocência, na dúvida ou não sendo provado, cabendo-lhe a absolvição.

No subcapítulo 3.2, foi estudado que a prova no processo penal tem como função primordial a formação da convicção do juiz a respeito da existência ou não dos fatos e situações relevantes para a sentença, devendo, portanto, ser a prova produzida pelas partes, mantendo o juiz a imparcialidade necessária à produção da sentença. Desta forma, a partir da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, o ônus probatório incumbe à acusação, que move a ação penal.

Entretanto, foram abordadas, no subcapítulo 3.3, a gestão da prova e a função constitucional do juiz criminal. Parcela significativa da doutrina pátria entende que, embora a gestão da prova esteja nas mãos das partes, ao juiz, no processo penal, incumbem a busca da verdade real e a defesa do interesse público na penalização dos crimes, não devendo o juiz permanecer inerte frente ao desleixo das partes, devendo ele produzir as provas que entenda pertinente e razoável para apurar o fato criminoso.

Ainda que seja minoritária a visão da doutrina, entendemos ser acertada a opinião de que o juiz não deve produzir prova de ofício, uma vez que a Constituição optou pelo sistema acusatório, estruturando a acusação pelo órgão estatal do Ministério Público, extremamente organizado e profissional. A fim de manter a imparcialidade e o respeito ao contraditório e à ampla defesa, o juiz deve se manter inerte à produção de provas, podendo solicitar a produção de provas para dirimir as dúvidas acerca das provas trazidas pelas partes, nunca além delas. Desta forma, compreende-se que o juiz que sai em busca da prova compromete sua imparcialidade pois, primeiro, ele decide e, depois, sai em busca do material probatório que confirmaria sua versão inicial, provocando uma inclinação perigosa para o ato de sentenciar.

Da mesma forma que na doutrina pátria, foi verificado que, na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a ideologia dominante ainda aceita a produção de provas de ofício pelo juiz criminal, justificada na busca da verdade real e do interesse social, numa clara influência dos ideais inquisitoriais do Código de Processo Penal de 1941 e contrariando a Constituição da República de 1988.

Exceções à regra verificam-se nos julgados das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que já passam a acolher a opinião defendida nesta obra a favor da doutrina minoritária, pela qual, no sistema acusatório constitucional, a gestão das provas são encargos específicos da acusação e da defesa, devendo a condenação emergir da

convicção plena do julgador. No caso de prova controversa, insegura e que provoque dúvida, esta milita a favor do acusado, estando isso consagrado no princípio do *in dubio pro reo*.

Percebe-se que, mais necessária do que a criação de um novo código de processo penal em conformidade com a Constituição é a mudança de mentalidade na doutrina e na jurisprudência brasileira. Só assim se atingirão o fim último da opção constitucional e a concretização do Estado Democrático de Direito. E por fim, respondendo a pergunta que orienta esta pesquisa, conclui-se que a função guardada ao juiz no processo penal, a partir dos princípios norteadores da Constituição da República, do regime democrático e da opção pelo sistema acusatório, é de assegurador dos direitos e das garantias fundamentais do acusado, mantendo-se afastado da produção de prova de ofício e, desta forma, contribuindo para a construção de um processo dialético no qual são respeitados os princípios do contraditório e a da ampla defesa, assim como de uma decisão imparcial.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARREIROS, José António. *Processo penal*. Lisboa: Almedina, 1981.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Atualizada até a Emenda Constitucional 67. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 06 de junho de 2012.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº. 3.689 de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 06 de junho de 2012.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. . Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 23945/RJ. Relator: Min. Jane Silva. Julgada em 05/02/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 10. mai. 2012.
- BUSATO, Paulo César. De Magistrados, Inquisidores, Promotores de Justiça e Samambaias. Um Estudo sobre os Sujeitos no Processo em um Sistema Acusatório. In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 103-124.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Perspectivas Principiológicas de um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório . In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19-24.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3º. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000 (2 vol).
- COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de estudos criminais*, Sapucaia do Sul, n.º 01, p.26-51, 2001a.
- \_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b, p. 03-55.
- \_\_\_\_\_. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-17.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Zica et al 3ª. ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título original: Diritto e ragione: teoria del garantismo penale.

FIORI, Ariane Trevisan. O desafio do Novo. In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69-75.

GORGULHO, Alessandra Villaça. Permeabilidade Inquisitorial de Um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório. In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37-45.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. *As Nulidades no Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HARTMANN, Helen. Alguns Apontamentos sobre o Projeto de Lei 156/2009-PLS e o Interrogatório do Acusado. In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77-89.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

\_\_\_\_\_. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro, Lumens Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ª Edição, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça de Rio do Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. Apelação Criminal nº. 70026105965. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Julgada em 17/09/2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 10. mai. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça de Rio do Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. Apelação Criminal nº.70006183826. . Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Julgada em 28/05/2003. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 10. mai. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça de Rio do Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. Correição Parcial nº. 70014869697. Relator: Des. Aramis Nassif. Julgada em 01/06/2006. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 10. mai. 2012

ROSA, Alexandre Morais da. *Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento Antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Thiago Fabris de. *Processo Penal Eficiente e Ética da Vingança: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010a.

\_\_\_\_\_; Quando se Fala de Juiz no Novo CPP de Que Juiz se Fala? . In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b, p. 125-129.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal nº. 2009.068813-3. Relatora: Des. Salete Silva Sommariva, Julgada em 09/09/2010. Disponível em: < <http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 10. mai. 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Primeira Câmara Criminal. Apelação Criminal nº. 2009.054469-5. Relatora: Des. Carlos Alberto Civinski, Julgada em 23/04/2010. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em: 10. mai. 2012.

SCANDELARI, Gustavo Britta. Os Atos Jurisdicionais Penais e sua Vinculação às Garantias Constitucionais. In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177-184.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.