

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

**PAULA OLIVEIRA MARTINS COSTA**

**A GESTÃO DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA  
ANÁLISE DO PLS N. 156/2009 E SUA TENTATIVA DE  
CONSTITUCIONALIZAR O PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**Florianópolis - SC  
2012**

**PAULA OLIVEIRA MARTINS COSTA**

**A GESTÃO DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA  
ANÁLISE DO PLS N. 156/2009 E SUA TENTATIVA DE  
CONSTITUCIONALIZAR O PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à banca examinadora da  
Universidade Federal de Santa Catarina  
como requisito parcial à obtenção do grau de  
bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr.  
Matheus Felipe de Castro

**Florianópolis – SC  
2012**

“Será que Deus ouviu minha oração?  
Será que o juiz aceitou a apelação? [...]  
Cada detento uma mãe, uma crença.  
Cada crime uma sentença.  
Cada sentença um motivo, uma história de lágrima,  
sangue, vidas e glórias,  
abandono, miséria, ódio, sofrimento,  
desprezo, desilusão, ação do tempo.  
Misture bem essa química e pronto:  
Eis um novo detento.”

Diário de um detento - Racionais Mc's

## RESUMO

A presente monografia objetiva apresentar a conjuntura histórica em que se desenvolveram os sistemas processuais inquisitório e acusatório, com a finalidade de se demonstrar a raiz autoritária do vigente Código de Processo Penal e a necessidade de adequação do Processo Penal Brasileiro à Constituição da República promulgada em 1988. Dito isso, imprescindível averiguar as concepções ideológicas de cada sistema processual e realizar o cotejo entre seus aspectos mais marcantes, pelo que se elegeu a gestão da prova como critério essencial para a diferenciação dos referidos sistemas. Frente à demonstrada inquisitorialidade do atual CPP, em que o dever de produção probatória recai, também, sobre o juiz, observa-se a inadequação do atual Código de Processo Penal à escolha constitucional pelo sistema acusatório como aquele adequado aos fins da democracia processual. Nesse ponto, passa-se à análise do Projeto de Lei do Senado n. 156 de 2009, em que foram lançadas as bases para um novo Código de Processo Penal. Do estudo de seus artigos, no que toca à gestão da prova, é visível o esforço da Comissão de Juristas responsável pela redação do anteprojeto para que se consolide, por fim, o sistema acusatório no Processo Penal Brasileiro. Contudo, as mudanças, especialmente aquelas realizadas na área criminal, são passíveis de resistência em sua aplicação. Dessa maneira, as mudanças legislativas podem apresentar pouca significação caso os ditos operadores do direito não atuem politicamente na produção teórica e jurisprudencial, bem como se à norma for dada pouca eficácia. Assim, a maior barreira à adequação do Processo Penal à Constituição da República é aquela oferecida pelos próprios juristas.

Palavras chaves: Processo Penal. Sistemas Processuais. Constituição da República. Senso Comum dos juristas. PLS n. 156/09.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1. CAPÍTULO I - SISTEMAS PROCESSUAIS: CONCEITO E ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>9</b>
1.1 Sistema Inquisitório e Sistema Acusatório .....	9
1.2 A gestão da prova como critério essencial para diferenciação dos sistemas processuais.....	15
1.3 A consagração do Sistema Acusatório pela Constituição da República de 1988.....	23
<b>2. CAPÍTULO II - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 – ACUSATÓRIO OU INQUISITIVO? .....</b>	<b>28</b>
2.1 Contexto histórico da promulgação do CPP de 1941.....	28
2.2 A instrução probatória no atual processo penal.....	33
2.3. A não recepção do CPP de 1941 pela Constituição de 1988.....	40
<b>3. CAPÍTULO III - O PROJETO DE LEI DO SENADO N. 156/09 E A TENTATIVA DE CONSTITUCIONALIZAR O PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>45</b>
3.1 PLS 156/09: estrutura, investigação criminal e instrução probatória.....	45
3.1.1 Estrutura do PLS n. 156/2009.....	46
3.1.2 Investigação criminal.....	47
3.1.3 Instrução probatória.....	52
3.2 Desafios para a efetivação do sistema acusatório.....	56
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>61</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>63</b>

## INTRODUÇÃO

Inicia-se o presente trabalho por meio de uma breve análise histórica da formação dos sistemas processuais penais e de suas particularidades. Certo de que a abordagem histórica favorece a compreensão político-ideológica do objeto analisado, importante destaque se dá aos regimes políticos a que servem cada um dos sistemas processuais.

O sistema inquisitório, idealizado pela Igreja Católica e implementado em sua forma mais plena durante a Idade Média, por meio dos Tribunais do Santo Ofício, apresenta-se, ainda hoje, como um dos modelos processuais mais utilizados, especialmente durante os regimes autoritários. A inexistência da estrutura dialética durante a instrução confere ao juiz instrutor poder exacerbado para produzir provas que confirmem suas hipóteses pré-formuladas, o que torna o sistema adequado aos interesses perversos de ditaduras e Estados totalitários.

Já o sistema acusatório, concebido na Grã Bretanha, apresenta estrutura dialética e pautada apenas nas provas produzidas pelas partes, de forma que o juiz apenas realizará o cotejo daquilo que foi exposto por elas na instrução do processo. Portanto, a decisão é formulada a partir do conhecimento angariado durante a discussão processual realizada apenas pela acusação e pela defesa.

Ressalta-se que, ainda que se saiba da impossibilidade de um sistema em que o juiz se mostre completamente neutro e imparcial, o sistema acusatório se apresenta como meio mais adequado a garantir direitos individuais, pois não concentra na figura do magistrado o poder de (re)construir a Verdade, como se pretende no sistema inquisitório. A Verdade sequer é perseguida, uma vez que ela não é o objetivo.

Adotou-se, pois, o critério eleito por Franco Cordero para distinguir os sistemas: a gestão da prova. Assim, utilizando-se da obra do autor e das reverberações que a mesma provocou no pensamento de autores brasileiros como Jacinto Néilson de Miranda Coutinho, foi possível analisar as incongruências do sistema processual brasileiro ao sistema adotado pela Constituição da República em 1988.

A CR/88, ainda que por meio de uma leitura sistêmica e de normas implícitas, determina que o sistema processual adotado pelo constituinte é o acusatório, regido pelo princípio dispositivo, o que garante a existência de um processo dialético, em que a produção de provas é restrita às partes, de modo que o processo penal deve ser pautado no contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, a diretriz constitucional não foi inserida na lógica processual penal brasileira, ainda regida pelo CPP de 1941, promulgado durante a ditadura do Estado Novo, vivida pelo Brasil entre os anos de 1937 e 1945.

À época, o direito criminal foi reestruturado em sua totalidade, de modo que, além de uma nova Constituição, foram promulgados o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Contravenções Penais. Assim, é inevitável concluir que a base do sistema criminal brasileiro apresenta raízes autoritárias e completamente distintas daquelas traçadas pela nova ordem constitucional.

Da análise dos dispositivos referentes à prova contidos no CPP de 1941, vê-se muito demarcada a presença do juiz como aquele que pode dirimir controvérsias e sanar dúvidas decorrentes da instrução probatória realizada pelas partes. Da mesma forma, a utilização do material colhido durante o inquérito policial, bem como a utilização de provas ilícitas advindas de fontes independentes demonstram que a prova é matéria tratada à revelia dos dispositivos constitucionais.

A inadequação de um texto ao outro demonstra a enorme distância entre o que se vive hoje em termos de processualística penal e a implementação de um sistema verdadeiramente acusatório.

As reformas realizadas nesses 71 anos de vigência não foram senão mais material para tornar o CPP um livro de incongruências. Ademais, a inserção de elementos característicos do sistema acusatório não promove a mudança de suas raízes autoritárias, apenas o torna um sistema misto, ou seja, sua estrutura fundamental é ainda regida pelo princípio inquisitório, sendo permeado por elementos do sistema acusatório.

A necessidade de modificação tornou-se premente e a adequação do Processo Penal à Constituição é necessária, mesmo que tardia. É nesse contexto que se propõe o anteprojeto de novo Código Penal, o qual procura concretizar o sistema acusatório de modo expresse.

O PLS n. 156/2009 ainda tramita no Congresso Nacional, mas já é possível avaliar que há um grande esforço na tentativa de constitucionalização do Processo Penal Brasileiro.

Realizou-se a análise de alguns dispositivos que são norteadores dessa tentativa e, desde a modificação de alguns aspectos do inquérito policial até a definição do lugar de atuação do juiz, é visível que o projeto possui melhorias bastante interessantes.

No entanto, conforme dito, durante o processo legislativo podem ser modificados aspectos relevantes do anteprojeto e é preciso acompanhar o trâmite legislativo para que se possa tirar conclusões acerca do quanto de mudança o novo Código traz consigo.

Por fim, é relevante salientar que as mudanças propostas podem sofrer resistência por parte dos operadores do direito, uma vez o senso comum teórico do juristas é deveras arraigado a concepções conservadoras e a abertura para o novo pode ser o maior dos desafios enfrentados pelo novo Código de Processo Penal.



# CAPÍTULO I - SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: HISTÓRICO E ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

## 1.1 Sistema Inquisitório e Sistema Acusatório

A tarefa de discutir os sistemas processuais requer uma análise acurada do contexto histórico e político em que estes surgiram. Os modelos teórico-práticos que embasam tais sistemas podem ser divididos de diversas formas, porém, ainda que se saiba da existência de sistemas processuais anteriores ao século XIII, os modelos fundamentais para a compreensão do que se dá hoje, no Processo Penal Brasileiro, são aqueles datados dessa época, denominados inquisitório e acusatório.

Evidente que a concepção de um sistema processual é, fundamentalmente, política, uma vez que a escolha de determinado sistema para sustentar a práxis processual do Estado é, em última instância, a escolha do instrumento de aplicabilidade da lei e, portanto, o meio com que o Estado demonstra sua força.

Segundo Franco Cordero, os dois sistemas processuais citados podem ser identificados de acordo com a maneira com que a prova é gerida durante o processo. Jacinto Coutinho, adotando o mesmo critério assevera que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo (princípio unificador do sistema), originário da Inquisição Medieval, determina que o juiz seja responsável pela gestão da prova; e o acusatório, regido pelo princípio dispositivo (princípio unificador do sistema), originário do *trial by jury* inglês, tem nas partes (autor e réu) os responsáveis pela gestão probatória<sup>1</sup>.

Na atualidade, contudo, não se verificam sistemas processuais puros. O que se observa é a permeabilidade de sistemas predominantemente inquisitórios, por elementos do acusatório e vice versa, o que possibilita apontar para a formação de sistemas processuais mistos. Nesse aspecto, importante a colaboração de Jacinto Néilson de Miranda Coutinho, o qual conclui:

Desde uma visão mais adequada, os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual norte-americano. Neste passo, porém, ainda não se tem uma diferença concreta entre os sistemas mistos, como se pode perceber. E ela (a diferença) não se dá em razão do arcabouço filosófico colocado à

---

<sup>1</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à Teoria

disposição, muito menos pelas regras jurídicas que podem reger a matéria. Na realidade – e em compatibilidade com o que se pode ler dos fundamentos históricos dos dois sistemas – a opção, no caso, é política, seja por um seja por outro sistema.<sup>2</sup>

A formação de um sistema que se pauta em dois princípios completamente distintos ocasiona um problema conceitual, haja vista o próprio conceito de sistema não possibilitar a fusão de princípios unificadores diferentes, uma vez que estes são unos e inconciliáveis entre si. Faz-se necessária, então, para melhor compreensão do tema, a análise histórica e política da formação dos sistemas puros em conjunto à análise da formação dos chamados sistemas mistos.

Sob o ponto de vista histórico, o sistema inquisitório, nascido no seio da Igreja Católica, em Roma, tem seu marco no IV Concílio de Latrão (1215)<sup>3</sup>, o qual fornece mecanismos novos para a estruturação de um modelo processual que possibilitasse a manutenção do domínio cristão sobre o mundo conhecido.

A Igreja Católica, que perdia seu domínio secular diante das mudanças sociais que se davam no bojo da Idade Média, optou pela concentração do poder repressivo como seu mais novo instrumento processual, julgando ser este o meio capaz de frear o movimento burguês de esvaziamento dos feudos e, portanto, de esvaziamento da influência doutrinária cristã.

Diante da ameaça de crenças heréticas que se proliferavam de forma mais acentuada entre a população, a Igreja Católica formula novos direcionamentos para solucionar a crise política que se iniciava. A criação dos Tribunais do Santo Ofício e a formulação da base jurídica que fundamentava a perseguição dos hereges no novo sistema demonstram a estruturação de um sistema lógico e coeso, ainda que pautado no dogmatismo religioso.

O sistema processual que se instaurava, aos poucos, nesse contexto político e social, não possibilitava a formação de uma relação jurídica processual entre Estado, autor e réu. O Estado era o detentor da capacidade de acusar, de produzir as provas, de condenar ou absolver e, acima de tudo, de garantir que a Verdade fosse extraída daquele que a detinha: o réu.

Como a finalidade do processo era a revelação da verdade, o réu se torna o objeto da investigação. Contudo, sabendo-se que a verdade a ser extraída do acusado era

---

<sup>2</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 8-9.

<sup>3</sup> Id. *Ibid.*, p. 2.

pautada por premissas anteriores à produção de provas, a confissão tornou-se a prova máxima, de forma que sua obtenção poderia ser conseguida por qualquer meio.

Sobre o tema, leciona Coutinho:

Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um *pecador*, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele *objeto* de investigação. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão porque a tortura ganhou a importância que ganhou; e a confissão virou a *regina probationum*<sup>4</sup>

O Estado, personalizado na figura do juiz inquisidor, perquire o réu em busca da verdade pressuposta, o que culmina na criação de uma decisão preordenada, ou seja, de um resultado já projetado antecipadamente. Assim, os métodos para se alcançar a tão desejada confissão eram os mais violentos, porém, justificáveis diante da missão superior de desvelar a Verdade.

Abandona-se qualquer critério objetivo de cognição e a subjetivização do processo cria resultados já previstos. Desse modo, mediante o domínio das premissas, o juiz conduzia o julgamento a partir da verdade que sua razão havia projetado. Partindo desse ponto de vista, nenhum outro sistema mostra-se tão infalível, uma vez que os resultados são previstos pelo próprio juiz que decidirá a causa.

Franco Cordero assim discorre acerca da atuação do juiz no sistema inquisitório:

De espectador impassível que era, o juiz se converte em protagonista do sistema, excluídas as heresias ou descobertos os delitos. Mudam as técnicas; não há debate contraditório; tudo se leva a cabo secretamente; no centro está, passivo, o investigado; culpado ou não, sabe algo e está obrigado a falar. A tortura estimula os fluxos verbais contidos. Soberano do jogo, o inquisidor elabora hipóteses dentro de un marco paranoide; e assim surge o casuismo impuro das confissões contra os corréus, às vezes obtidas com promesas de impunidade. Na verdade, é um sistema legalmente amorfo, pois o segredo, esse método introspectivo e o compromisso ideológico dos que atuam excluem vínculos, formas e términos: o que conta é o resultado.<sup>5</sup>

Ressalta-se que um dos resquícios sempre presentes nos sistemas inquisitórios é a atuação do juiz como “órgão militante”<sup>6</sup>, ou seja, como aquele que

---

<sup>4</sup> Id. Ibid., p. 4.

<sup>5</sup> Tradução livre do original: “De espectador impassible que era, el juez se convierte en protagonista del sistema, excluidas las herejías o descubiertos los delitos. Cambian las técnicas; no hay debate contradictorio; todo se lleva a cabo secretamente; en el centro está, pasivo, el investigado; culpable o no, sabe algo y está obligado a decirlo. La tortura estimula los flujos verbales contenidos. Soberano de la partida, el inquisidor elabora hipótesis dentro de un marco paranoide; y así surge el casuismo impuro de las confesiones contra los correos, a veces obtenidas con promesas de impunidad. De hecho, es un sistema legalmente amorfo, pues el secreto, ese método introspectivo y el compromiso ideológico de los que actúan excluyen vínculos, formas y términos: Lo que cuenta es el resultado” CORDERO, Franco. Procedimiento penal. Vol. 1. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2002, p. 19.

<sup>6</sup> Id. Ibid., p. 21.

investiga, alcança a verdade dos fatos e condena ou absolve. Assim, demonstra-se que a imagem de juiz inquisidor permanece presente no imaginário dos que atuam dentro desse modelo processual até hoje, não tanto por opção, mas por lógica de funcionamento.

Portanto, ainda que extremamente subjetivo, o processo regido pela lógica inquisitorial era simples, visto que a dialética de discursos é suprimida e a estrutura ideológica resvala no autoritarismo. Tais características fizeram com que o sistema inquisitório persistisse por séculos como um dos modelos mais utilizados de sistemas processuais como opção política de regimes francamente autoritários. Além disso, por ser um modelo que permite a manipulação de premissas, sempre interessou aos regimes ditatoriais e aos regimes de força, visto que, pautando-se em uma lógica perversa, orienta-se o êxito, o que permite ao Estado fazer o que quiser.

De outra parte, o sistema acusatório nasce na Grã Bretanha, no período do reinado de Henrique II. Este, com o objetivo de centralizar o poder em suas mãos, ajudou a implantar o sistema feudal na Grã Bretanha para, posteriormente, tornar-se o senhor de todos os feudos. Para tal, instituiu a lei do exército, pela qual impedia a formação de exércitos próprios pelos feudos, uma vez que ele, o rei, seria responsável por proteger de forma unificada o território.

A centralização do poder trouxe consigo o fim dos Juízos de Deus, presentes na ilha desde a invasão nórdica. Estes consistiam em três sistemas de avaliação da prova no processo: ordálias, duelos e juramentos, os quais se baseavam em um claro misticismo que pregava que deus interferia no processo para dar a vitória àquele que tinha razão. Assim, os acusados passavam por provas que resultavam na punição dos culpados e na vitória dos inocentes por meio de um juízo divino<sup>7</sup>.

Henrique II deu fim a esse tipo de avaliação da prova, de maneira que aqueles que quisessem reclamar seus direitos poderiam fazê-lo por meio de petições encaminhadas diretamente ao rei. Tal modelo (*forms of action*) tornou-se impraticável pelo número de demandas, o que possibilitou a implementação de um novo modelo, chamado *Trial by Jury* que se dava de acordo com o seguinte procedimento, conforme narra Coutinho:

Por ele, um *Grand Jury*, composto por 23 cidadãos (*boni homines*) *indictment* um acusado e, se admitida a acusação, seria ele julgado por um

---

<sup>7</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR. Vol. 39, 2003, p. 109-123.

*Petty Jury*, composto por 12 membros. Nele o *Jury* dizia o direito material, ao passo que as regras processuais eram ditadas pelo rei. O representante real, porém, não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa. Para tanto, a regra era a liberdade, sendo certo que o acusado era responsável pelas explicações que deveria dar. Por sinal, não se produziam provas no início: o *Jury* era a prova.<sup>8</sup>

Assim, a opção pelo sistema acusatório era notoriamente uma estratégia política de Henrique II, uma vez que a condenação ou a absolvição do réu se dava por meio de participação popular, evitando que houvesse rejeição a seus veredictos, o que, para um rei que tentava centralizar o poder em suas mãos, era extremamente interessante.

Todavia, sublinha-se que o julgamento, nesses moldes, proporcionava maior paridade de condições entre acusação e defesa e, o mais importante, os juízes decidiam o caso apenas com o que havia sido tratado pelas partes durante o processo, de modo que este se tornava um jogo dialético de argumentos que, ao final, era avaliado como única prova para fins de absolvição ou condenação.

A ausência de premissas, a desnecessidade de se buscar a Verdade real e a posição equidistante do juiz às partes dá ao sistema acusatório status de ser um modelo mais apropriado ao ideal de processo democrático.

No entanto, conforme consignado alhures, não há, hoje, sistemas puros na forma clássica em que foram estruturados, seja pelo fato de a história ter se apropriado de suas características com as nuances próprias de cada época e sociedade, seja pela impossibilidade de qualquer reprodução tornar-se o objeto reproduzido *in totum*.

Os diversos espectros surgidos a partir da concepção primeira dos sistemas acusatório e inquisitório são, equivocadamente, considerados sistemas processuais mistos, dos quais se observam características preponderantes tanto do modelo inquisitório quanto do acusatório.

A primeira manifestação de um sistema misto se deu com o Código de Napoleão, datado de 1808. Sob o comando de Jean-Jacques-Regis de Cambacérès, o código apresentava uma estrutura diversa dos modelos até então conhecidos. Era a primeira vez em que se mesclava a prática inquisitorial e a acusatória<sup>9</sup>.

O processo se iniciava com a chamada investigação preliminar, em que eram produzidas provas de acordo com os mecanismos inquisitoriais, por meio da

---

<sup>8</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado. [...] 2010, p. 5.

<sup>9</sup> Id., Ibid., p. 9-10.

atuação de um juiz instrutor. Já na fase processual, seguia a mesma linha do júri inglês, ou seja, o julgamento era realizado nos moldes do sistema acusatório. Destaca-se, contudo, que a opção pela formulação de um sistema misto era, também, uma escolha política, vez que a inquisitorialidade do processo era encoberta pelo véu democrático do sistema acusatório.

Segundo Franco Cordero, a divisão do processo em dois momentos faz com as partes sejam inseridas em uma simulação durante a fase acusatória, já que a instrução processual ocorre, efetivamente, durante a fase preliminar, na qual se dá a produção das provas pelo instrutor. Assim,

Eliminada na década de 1790 a 1800, a Ordenanza Criminal francesa apareceu reencarnada no Código de 1808, ao qual se remontam os sistemas continentais dos séculos XIX e XX; e já seu nome ressoa como emblema: “Código de instrucción criminal”. Na nomenclatura do final do século, “instrucción” significava inclusive “debate frente aos jurados”, mas, com referência às novas instituições, designa os atos realizados pelo juiz instrutor. O processo resulta dividido em dois: instrucción, no novo sentido, e debate ou juízo, no qual sobrevive o jurado, cujos defensores, satisfeitos, deixaram mãos livres aos reaccionários na outra metade; distribución desigual, se considerado o peso efetivo das duas fases.<sup>10</sup>

Os sistemas mistos, portanto, perpetuaram sua importância política a partir do século XIX. Por meio de um discurso que é pura retórica, faz-se crer que há debates de ideias e que a produção de provas se dá pela observância do contraditório. Contudo, a própria criação de um sistema misto resulta da tentativa de se mascarar a inquisitorialidade do processo, resultando, inclusive, em equívoco conceitual, pelo fato de que a concepção de sistema é incompatível com a fusão de princípios unificadores.

Entende-se, portanto, seguindo a matriz sistêmica de pensamento, especialmente aquela traçada por Kant em sua “Crítica da razão pura”, que sistemas processuais, como quaisquer sistemas postos sob análise, devem partir de uma ideia única, dada a priori. Assim, por muitos, o sistema misto sequer poderia ser chamado de sistema, a não ser que se observe que existe um princípio unificador que o rege, tornando-o inquisitório ou acusatório, ainda que permeável a características de outras estruturas.

---

<sup>10</sup> Tradução livre do original: “Eliminada en la década de 1790 a 1800, la Ordenanza criminal francesa apareció reencarnada en el Código de 1808, al cual se remontan los sistemas continentales de los siglos XIX y XX; y ya su nombre resuena como emblema: “Código de instrucción criminal”. En la nomenclatura finisecular, “instrucción” significava inclusive “debate ante los jurados”, pero con referencia a las nuevas instituciones, designa los atos realizados por el juez instrutor. El proceso resulta dividido en dos: instrucción, en el nuevo sentido, y debate o juicio, en el cual sobrevive el jurado, cuyos defensores, satisfechos, dejaron manos libres a los reaccionarios en la otra mitad; distribución desigual, si se considera el peso efectivo de las dos fases”. CORDERO, Franco. Procedimiento penal. Vol. 1. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2002, p. 57.

Todavia, sabe-se que tal problema é de ordem meramente conceitual, visto que, factualmente, os chamados sistemas mistos são largamente utilizados. O que deve ser esclarecido é o porquê de ser este sistema um instrumento para a manutenção das práticas inquisitoriais no Processo Penal no Brasil, por exemplo.

Nesse aspecto cabe verificar que, ainda que seja possível a permeabilidade do sistema acusatório às características do sistema inquisitório, quando se observa que o aspecto que é miscigenado é o critério de gestão da prova, a inquisitorialidade oblitera qualquer possibilidade de o modelo ser predominantemente acusatório. Isso porque a gestão da prova, segundo Franco Cordero, é o núcleo fundante que distingue um sistema do outro.

## **1.2 A gestão da prova como critério essencial para diferenciação dos sistemas processuais**

Faz-se imprescindível para a compreensão do tema abordado no presente trabalho o estudo dos critérios fundamentais de diferenciação dos sistemas. Isso porque, ainda que os sistemas processuais sejam distintos por natureza, é necessário demarcar qual será o critério que definirá o sistema como inquisitório ou como acusatório.

Coutinho assinala que um sistema é um “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que forma um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”<sup>11</sup>. Tal conceito permite concluir, de antemão, que o princípio unificador é aspecto determinante para a compreensão de qualquer sistema, uma vez que aquele confere organicidade e unidade ao conjunto de temas relacionados entre si.

A partir dos princípios unificadores, portanto, é possível dar início à tarefa de diferenciação entre os sistemas processuais. Nesse sentido, cabe analisar aspectos determinantes do princípio inquisitivo, bem como do princípio dispositivo, a fim de se apreender o núcleo fundante dos sistemas.

De acordo com o disposto no tópico anterior, os princípios unificadores dos sistemas processuais relacionam-se ao modo como a prova é gerida, o que importa dizer que o caminho traçado para a obtenção da prova determina o princípio unificador e, portanto, o sistema processual. Isso porque, para que se atinja o fim último do processo, qual seja, a jurisdição (*iuris dictio* ou *decire ius*), expressão da sentença (*sentire*) do

---

<sup>11</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Revista de estudos criminais, Porto Alegre, Notadez, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001, p. 28.

órgão jurisdicional<sup>12</sup>, é preciso que se trace um método de conhecimento, ou seja, um método de gestão da prova.

Sob tal ponto de vista, é possível dizer que o processo é uma tentativa de reconstituição de fatos pretéritos por meio da instrução probatória, o que dá à prova lugar destacado dentro do sistema processual. Dessa forma é que diversos doutrinadores, especialmente aqueles influenciados pela obra do processualista italiano Franco Cordero, atentam para a gestão da prova como núcleo fundante dos sistemas processuais.

Contudo, o entendimento acerca do assunto não é pacífico na doutrina. Isso porque, parte dos teóricos tradicionais sustenta que o que define um sistema é a (in)existência de separação entre as funções de acusar, defender e julgar.

Ada Pellegrine Grinover, nessa linha tradicional, leciona, por exemplo, que o sistema acusatório é caracterizado pela atribuição das funções jurisdicionais a órgãos distintos e o sistema inquisitório, pela concentração das funções no juiz inquisidor. Destaca-se o entendimento da autora quanto ao tema:

A ambigüidade e indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido. Por isso nos preocupamos, em diversos escritos, em salientar aquilo que distingue, sinteticamente, o modelo acusatório do inquisitório. No primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto, no segundo, as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da administração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo.<sup>13</sup>

Grinover, ao tratar da questão, sustenta que a diferenciação dos sistemas processuais fundada nos critérios de gestão da prova é relativa ao *inquisitorial system* e ao *adversarial system*, considerando um equívoco caracterizar os sistemas inquisitório e acusatório a partir desse critério, uma vez que estes últimos são completamente diferentes dos primeiros.

Os denominados *inquisitorial system* e *adversarial system* revelam um “processo de desenvolvimento oficial”, o que significa dizer que, em ambos, a propositura da ação é atribuída às partes, porém, os demais atos podem ser

---

<sup>12</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado. [...] 2010, p. 7.

<sup>13</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1(18), p. 15-26 - jan./jul.2005, p. 15-16.



impulsionados pelo órgão oficial. Todavia, a atuação predominante é conferida, de maneira distinta, ao juiz ou às partes, dependendo do sistema utilizado.

Discorre a doutrinadora acerca do assunto:

Denomina-se “adversarial system” o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No “inquisitorial system”, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Vê-se por aí a importância do correto entendimento dos termos *acusatório-inquisitório* (no sentido empregado no n. 2 deste trabalho) e *adversarial-inquisitorial* (no sentido utilizado agora). O termo processo *inquisitório*, em oposição ao *acusatório*, não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual se contrapõe ao *adversarial*. Um sistema acusatório pode adotar o “adversarial system” ou o “inquisitorial system”, expressão que se poderia traduzir por “*processo de desenvolvimento oficial*”. Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.<sup>14</sup>

Independentemente da identificação que possa ocorrer entre o sistema acusatório e o *adversarial system* e o sistema inquisitório e o *inquisitorial system*, salientada por Grinover como um equívoco, a (in)existência de separação entre as funções jurisdicionais não é suficiente para caracterizar os sistemas. Isso porque, ainda que haja divisão de atuação, essa divisão torna-se apenas formal quando, ao juiz, é conferido o poder de atuar na produção de provas.

Nesse aspecto, parece mais adequada a posição de Franco Cordero, adotada no Brasil por Jacinto Néilson de Miranda Coutinho, a qual certifica que o critério essencial de diferenciação entre sistemas é a maneira como a prova é gerida em cada um deles, conforme destaca o processualista brasileiro:

No nosso processo penal, no entanto, onde a estrutura é inquisitória – e daí ser tão infeliz a afirmação de parte da doutrina de que temos um processo acusatório porque se trata de um processo de partes – é muito pior: ainda que exista um arremedo de ônus da prova (art. 156 do CPP), o vero e próprio dever de sair à sua cata é do juiz, o que se percebe pela simples leitura da segunda parte do precipitado artigo: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligência para dirimir a dúvida sobre ponto relevante”. Eis, então, o núcleo do sistema; e a sua verdadeira forma de identificação: a gestão da prova.<sup>15</sup>

Desse modo, embora não haja equívoco em afirmar que o sistema acusatório tem por base a definição de papéis distintos e bem delimitados de atuação do órgão acusador e do julgador, é na gestão das provas que tais funções realmente se afastam, de forma que se inibe a separação meramente formal das funções.

---

<sup>14</sup> Id., *Ibid.*, p. 16.

<sup>15</sup> COUTINHO, Jacinto de Miranda. Glosas ao Verdade, dúvida e certeza de Francesco Carnelutti para operadores do direito. *In*: Revista de Estudos Criminais, n. 14., p. 77-94, 2004, p. 86-87.

Conferindo à gestão da prova tal função, a maneira com que esta será produzida, os limites de atuação das partes e do juiz, bem como a valoração da prova serão parâmetros para compreender, em cada sistema, a identificação do processo à construção da Verdade, em maior ou menor medida. Explica-se.

O processo, especialmente o Processo Penal, apresentar como objetivo a reconstituição de fatos ocorridos no passado, para, ao final, chegar-se à Verdade como objeto possível ao conhecimento. Somente esta proporcionaria ao órgão julgador a certeza necessária para formular seu veredicto, o que faria da sentença uma expressão da Verdade e, conseqüentemente, de uma justiça necessária.

Tal concepção e suas implicações foram motivo de críticas por Francesco Carnelutti em relevante parte de sua obra. Inicialmente, o autor italiano compreendeu a Verdade enquanto conceito divisível, o que permitia falar em verdade formal e verdade material (real).

Segundo o autor, embora a processualística tradicional buscasse a verdade material durante o processo, o máximo que se poderia obter era uma verdade formal.<sup>16</sup>

Vê-se, portanto, que a verdade processual, produzida nos autos por meio da instrução probatória, foi concebida por Carnelutti, em um primeiro momento, apenas enquanto verdade formal. Isso porque, o autor já compreendia a impossibilidade de ser reproduzida *a posteriori* a verdade real, ou seja, o processo não era capaz, ainda que bem instruído, de recriar o fato tal qual ele havia ocorrido no passado.

Isso se dá porque a prova não é o fato em si, mas *linguagem* que tem por objetivo – ainda que idealmente – trazer em juízo a representação de um fato pretérito. Em se tratando de linguagem, não tem o condão de reipristinar com exatidão e inteireza qualquer realidade passada, pois nenhuma linguagem possui essa capacidade.

Francesco Carnelutti, em seu texto ‘*Verdade, dúvida e certeza*’<sup>17</sup>, funda as bases para a afirmação de que o processo e, portanto, os julgamentos ocorrem sobre aquilo que se sabe, de antemão, não ser verdadeiro. O autor chega a desconstruir sua própria concepção de verdade formal e revelar a impossibilidade desta. Dessa maneira, a existência de uma verdade material (real) - a única possível, porém, inalcançável - é a negação da chamada verdade formal. Isso porque, conforme bem explicou Coutinho,

A afirmação de Carnelutti, algo como: *busca-se a verdade material e obtém-se como resultado a verdade formal* – e que lhe marcou a carreira e a vida

---

<sup>16</sup> CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, n. 9, p. 606-609, 1998.

<sup>17</sup> Id., Ibid, p. 606-609.

intelectual até 1965, quando publica o *Verdade, dúvida e certeza* -, acaba sendo o grande ponto de partida, pela negação da última (verdade formal), porque a primeira “jamais pode ser alcançada pelo homem”. A verdade se assim o é, há de ser, ou melhor, é uma só, e aquela dita formal, por evidente, em sendo um mero reflexo no espelho, “não é a verdade”. O processo, porém, continua tendo conteúdo, mas é de outra coisa que se trata.<sup>18</sup>

Partindo-se da impossibilidade de se conhecer a verdade material e da inexistência de qualquer outra verdade, a tentativa de reconstruí-la por meio da prova processual se torna uma tarefa impossível.

Contudo, em cada um dos sistemas, a maneira de ser produzida essa suposta Verdade é diversificada. No inquisitório, devido ao seu caráter persecutório, a sua busca ocorre em meio ao autoritarismo estatal, o que permite ao órgão julgador gerir e produzir provas para, ao final, revelar a Verdade delas extraída. Conforme Coutinho alerta: “a escolha inquisitorial é determinada pela imagem – quiçá a primeira -, tomada como possível, como real, como verdade: eis o quadro mental paranóico”<sup>19</sup>.

No sistema acusatório, por sua vez, a dialética de argumentos que se dá entre as partes proporciona ao juiz a formulação de uma escolha racional. Assim, diante da racionalidade inerente ao processo nos moldes do sistema acusatório, chega a ser incoerente utilizar o termo Verdade para designar o escopo processual.

Nesse viés, Carnelutti vai além da busca cega pela Verdade (inalcançável) e propõe que as questões que a envolvem sejam, também, analisadas. A Verdade, segundo o teórico, tem ligação íntima com o conceito de certeza. Esta, por sua vez, implica em uma escolha, o que gera o maior dos problemas conhecidos em matéria de processo, pois a escolha pressupõe uma dúvida. Diria o autor:

A certeza, escreveria então, implica uma escolha, e isso, provavelmente, foi o passo decisivo para compreender não só o valor do seu conceito, mas também o drama do processo. Escolher entre o quê? Escolher por quê? Quando se põem essas perguntas emerge o valor da dúvida, que está na raiz do conceito de certeza [...] Necessita dizer que a dúvida é o contraste ou a incompatibilidade, não tanto entre dois juízos, quanto entre dois raciocínios; e aqui relembrar a diferença entre juízo e raciocínio; e recordar que primeiro se julga e, depois, raciocina-se, e as razões fundadas nas provas são, propriamente, o meio para testar o juízo. Ora, não existe, infelizmente, juízo algum, cujo teste não ponha, quem o deve pronunciar, de frente àquele contraste, do qual a dúvida se constituiu.<sup>20</sup>

É dessa construção que se conclui que, no processo, as provas não são capazes de reconstituir fatos, mas servem apenas para testar o juízo previamente formulado (hipótese) sobre o fato, de modo que Carnelutti pontua:

---

<sup>18</sup> COUTINHO, Jacinto de Miranda. *Glosas ao Verdade ...* Op. cit. p. 81.

<sup>19</sup> Id., *Ibdi.*, p. 86.

<sup>20</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza*. Trad. Eduardo Cambi. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, n. 9, p. 606-609, 1998, p. 607.

O ponto de partida da reflexão, que estou por fazer, é portanto a explicação dessa relação, que considero fundamental: ‘nós falamos em provar *um fato*, mas se deveria dizer: provar um *juízo*; é o juízo que se põe à prova. Provar, afinal, tem o mesmo significado de *tentar*.<sup>21</sup>

Tal maneira de proceder (*primeiro se julga e, depois, raciocina-se*) está deveras arraigada ao sistema processual inquisitório, porém, seria ingênuo dizer que nos demais sistemas isso não ocorre, visto ser característica humana a formulação de juízos prévios (antecipação de hipóteses) sobre um fato determinado.

Contudo, ainda que se vislumbre a humanidade indescartável do juiz, deve-se decidir; é preciso absolver ou condenar. E decidir (escolher) será sempre uma ação perpetuada pela dúvida.

As provas, portanto, não são aptas a criar a certeza, ao contrário, são elementos que possibilitam apenas a escolha da hipótese que se apresenta como a reconstrução fática mais aceitável, dentre as hipóteses possíveis. Assim, vale dizer, a função maior da prova é suscitar uma escolha.

Essa escolha deveria se inserir, idealmente, em um plano lógico, cronológico, psíquico específico, ao final do processo, no momento de sua justificação. Esta, conforme aponta Alexandre Morais da Rosa, deve(ria) ser realizada através da ordenação dos significantes produzidos no processo e não através do preenchimento de hipóteses prévias e solipsistas<sup>22</sup>.

Pretende-se evitar aquilo que Franco Cordero chamou de *primado das hipóteses sobre os fatos*<sup>23</sup>, o que consiste na manipulação das provas para que se confirme a hipótese eleita pelo juiz como a mais adequada a fundamentar sua decisão, ou seja, há uma clara inversão da ordem.

No entanto, deve-se levar em conta que esse modelo teórico encontra respaldo na própria estrutura do psiquismo humano que, ao antecipar hipóteses, tende a adequá-las ao conjunto probatório, sendo possível que o juiz chegue ao final ou mesmo inicie o processo com uma decisão tomada, partindo dela às provas e não o inverso, de modo que o ato decisório se reduziria apenas à escolha da prova adequada para conferir suporte à escolha efetuada.

Sobre o tema, Cordero afirma:

---

<sup>21</sup> Do original: “Il punto di partenza delle riflessioni, che sto per fare, è dunque il chiarimento di codesto rapporto, che considero fondamentale: ‘noi parliamo di provare *un fatto*, ma si dovrebbe dire: provare *un giudizio*; è il giudizio che si mette alla prova. Provare, al postutto, ha lo stesso significato di *tentare*” CARNELUTTI, Francesco. Principi del processo penale. Napoli: Morano Editore, 1960, p. 162.

<sup>22</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Decisão penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 367.

<sup>23</sup> CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1986, p. 51.

A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemo-os ‘primado das hipóteses sobre os fatos’: quem investiga segue uma delas, às vezes com os olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula, cautelarmente, a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção de ‘sua’ hipótese.<sup>24</sup>

Entretanto, para que a dúvida (inevitável) não seja respondida por meio do preenchimento de hipóteses prévias mediante a manipulação das provas, o juiz é sacrificado a se manter dentro da ideologia dominante que permeia o mundo jurídico, acometendo-lhe o fardo da decisão justa, como ressaltou Coutinho<sup>25</sup>.

Carnelutti, por sua vez, reconhece que a equação é de difícil resolução, e conclui:

[...] mas se o pensamento não é suficiente para eliminar toda a dúvida e, por isso, para permitir a escolha, como faz o juiz para escolher? [...] Para obter a solução disso, é necessário novamente meditar em torno da relação entre crer e saber, ou, se preferíssemos, em outros termos, entre ciência e fé. [...] O ciclo da ação se abre com o juízo: ora, o juízo simples, nu, ainda não verificado, consente em dizer, a quem o formula: creio, mas ainda não sei. Então, ele se adentra no dedal dos raciocínios; mas isso, infelizmente, não consegue nunca eliminar a dúvida. [...] Ciência e fé não devem conceber à guisa de duas linhas paralelas, as quais, diziam os matemáticos de algum tempo, não se podem encontrar nunca [...]. A verdade é que o ciclo da ação se inicia e se fecha com a fé.<sup>26</sup>

O que se retira da leitura de Carnelutti é que o autor, ao se dar conta da impossibilidade de se elidir a dúvida e, portanto, de se atingir a Verdade, a desaloja do processo, não se furtando, no entanto, de colocar algo em seu lugar. Esse algo, como se depreende do texto ‘*Verdade, dúvida e certeza*’ atua como mais um mito. Ou seja, retira-se o mito da Verdade e coloca-se, em seu lugar, o mito da fé<sup>27</sup>.

Alexandre Morais da Rosa bem pontua essa questão:

Ao esbarrar com a finitude proposta por Heidegger, Carnelutti talvez teve o sentimento que indiquei no início dessa falação: a melancolia e "o desejo de plenitude e de aniquilamento que habita a melancolia". Desse desvelamento Carnelutti tinha pelo menos duas saídas: A primeira era de trazer a linguagem para o centro da compreensão andando em terreno à época árido, enfeitando tudo que havia construído....; a segunda opção clamava pelo preenchimento da Verdade verdadeira advinda da razão por alguma outra coisa. E como a Verdade é demais para nós: só Deus salva: ele é a

---

<sup>24</sup> Do original: “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi ao lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidei. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente a garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, ne questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’hà intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi”. CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1986, p. 51.

<sup>25</sup> COUTINHO, Jacinto de Miranda. Glosas ao Verdade ... op. cit. p. 87.

<sup>26</sup> CARNELUTTI, Francesco. Verdade ... op. cit., p. 608-609.

<sup>27</sup> Id., Ibid, p. 608-609.

verdade. Esse recurso metafísico veio preencher o vácuo do registro do simbólico, plenamente exigível... em alguma coisa ele precisava se apegar..... e se apegou em Deus.<sup>28</sup>

As conclusões do texto retornam, portanto, à concepção metafísica clássica da Verdade. Deve-se destacar, no entanto, que a grandiosidade do texto não reside em suas conclusões, mas sim em reconhecer a limitação da racionalidade. É com essa limitação que o juiz convive diariamente, fazendo com que a certeza do julgamento se consubstancie em uma escolha, e a escolha num ato de fé, ou seja, numa crença.

O que não se pode esquecer é o papel fundamental da prova nessa escolha, mas não por meio de sua manipulação. A prova precisa estar sujeita a um controle jurídico que a legitime, no intuito de se evitar que seja utilizada apenas como mecanismo antidemocrático de legitimação de um ato pré-constituído.

Para tanto, mister que a prova ingresse no processo com a observação de procedimentos legalmente estipulados, bem com sejam delimitadas suas funções no seio do processo para, a partir de então, identificar os sujeitos processuais responsáveis pela produção probatória. Acima de tudo, porém, está a necessidade de que as hipóteses formuladas previamente pelo julgador sejam, ainda que concebidas, afastadas, para que não se torne inócua a atividade probatória das partes.

Tais modificações no bojo do Processo Penal são fundamentais para que se dê eficácia material à Constituição, contudo, tais modificações são difíceis de acontecer ou, como afirma Coutinho:

A única esperança, diante de tal quadro, é o juiz desconfiar, sempre e sempre, das suas próprias aparências/imagens e, de consequência, das suas decisões, colocando-as à prova até quando não mais for possível, em face do rito e o momento determinado para a sentença, porque, teoricamente, nela, poderia encerrar sua atividade judicante no caso concreto. Estar-se-ia, por elementar, no oposto da lógica deformada e, por certo, seria o ideal. Trata-se, como se pode perceber, de tarefa impossível; ou quase. Seria como que pedir ao humano que deixasse de pensar ou, por outro lado, que resistisse sempre às pulsões inconscientes. Em realidade, não é possível nem uma, nem outra e, se assim é, a solução – no plano da normalidade – está em outro lugar.<sup>29</sup>

### **1.3 A consagração do Sistema Acusatório pela Constituição da República de 1988**

A promulgação da Constituição da República de 1988 deu início a uma profunda mudança na concepção de Estado e, como não poderia deixar de ocorrer, por

---

<sup>28</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Fragmento de melancolia: aproximações sobre a glosa de ‘verdade, dúvida e certeza’, de Carnelutti. *In*: Informativo INCIJUR, Joinvile, set. 2004, p. 10-11.

<sup>29</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório... op. cit., p. 13.

consequência, os direitos individuais e coletivos passaram a ser vistos de forma completamente nova.

Ainda que a Constituição tenha contemplado interesses diversos e, por muitas vezes, contrários entre si, sua estrutura de direitos fundamentais é um dos aspectos mais marcantes da mudança que pretendia o legislador constituinte de 1988. A base principiológica, especialmente, demarca a mudança pretendida e fomenta enormes discussões.

Sem dúvidas, a noção de Estado Democrático de Direito é orientada pela necessidade de reconhecimento e afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, tanto como meta de política social, como critério de interpretação do direito<sup>30</sup>. Assim, a ordem constitucional que rege o Estado brasileiro desde 1988 determina que as leis infraconstitucionais estejam adequadas à proteção dos direitos fundamentais e, deste ponto de vista, a interpretação dada a essas normas deve ser referenciada na Constituição.

Relativamente ao Processo Penal, a Constituição exprime normas de caráter fundamental para a consolidação das garantias individuais do réu, determinando princípios gerais para guiar a práxis processual penal. Tais normas, expressas ou implícitas, fazem parte desse projeto de Estado que se encontra, infelizmente, longe de sua efetivação.

Segundo Pacelli, a interpretação das normais penais e processuais penais, sob o ponto de vista constitucional, deve levar à afirmação dos direitos fundamentais, portanto, chega-se à concepção de um direito penal de intervenção mínima. Deste ponto de vista, o autor destaca, na esfera penal e processual penal, a existência de parâmetros claros de interpretação que são deduzidos do sistema constitucional:

Dois postulados de interpretação constitucional surgem como exigência de uma ordem jurídica constituída no âmbito de um Estado Democrático de Direito, afirmativos de direitos fundamentais, quais sejam, o da máxima efetividade dos direitos fundamentais e o da proibição de excesso.<sup>31</sup>

Da observância de tais aspectos, bem como da existência de normas constitucionais que definem a estrutura básica do Processo Penal, é possível concluir que não há lugar para práticas inquisitoriais dentro de um processo marcado pela constitucionalidade vigente.

---

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 28.

<sup>31</sup> Id., Ibid., p. 28.

Ao analisar princípios básicos previstos na Constituição Federal, a exemplo do princípio republicano, do princípio da isonomia, do devido processo legal, da fundamentação de todas as decisões e de tantos outros mais, observa-se que não se sustenta a atuação inquisitorial do Estado no processo<sup>32</sup>. A opção do constituinte pelo sistema acusatório é, portanto, clara.

Um dos pontos mais relevantes dessa afirmação é que a maneira de proceder dada pela concepção acusatória de processo, deduzida dos postulados constitucionais, permite que os juízes assumam o lugar que a Constituição lhes reservou: a função de garante. Nesse sentido, destaca Coutinho que, mesmo

Contra tudo e contra todos, se constitucional, devem os magistrados assegurar a ordem posta e, de consequência, os cidadãos individualmente tomados. À ordem de prevalência, nesta dimensão, não se tem muito o que discutir, mormente porquanto não há direito coletivo mais relevante que aqueles fundamentais do cidadão.<sup>33</sup>

O juiz, portanto, deve exercer seu papel de garantidor dos direitos fundamentais do acusado, uma vez que sua atuação é representativa do Estado e, portanto, da ordem constitucional estabelecida. Contudo, é tênue a linha que separa tal papel do indesejado ativismo judicial.

Daí se depreende que o magistrado, mesmo que tenha papel indispensável diante do que lhe determina a Constituição, não está autorizado a atuar de modo instrutório, ainda que sua intervenção tenha a finalidade de produzir provas defensivas, isso porque

[...] à intervenção probatória do magistrado não se tem, pela lei, qualquer mecanismo de garantia que não atuará ele contra o réu; e sim a seu favor. Mais que jurídica, portanto, a questão se demonstrará ética; e os riscos da sobrevivência inquisitorial serão concretos dado se continuar a depender dos próprios juízes e, assim, da construção de uma cultura que os coloque, para sempre, no seu devido lugar, algo aparentemente muito difícil no início, enquanto não houver (contra o sistema atual) uma mentalidade constitucional arraigada.<sup>34</sup>

O que se pretende é a tomada de consciência dos juízes para que atentem ao fato de que não estão ali para produzir resultados durante a instrução probatória. A função do órgão julgador é de garantir o constante exercício da prestação jurisdicional, o que, de plano, retira o magistrado de uma posição de total inércia e o coloca no lugar de um guardião do devido processo legal. Nesse sentido, ressaltou Busato:

---

<sup>32</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório... op. cit., p. 13.

<sup>33</sup> Id., Ibid., p. 15-16.

<sup>34</sup> Id., Ibid., p. 15.



Ora, mesmo que se reconheça como ideal que o sujeito juiz permaneça afastado de modo absoluto da interferência no processo, não ser o juiz inerte, neste caso, destina-se tão-somente a colocar o juiz na condição de garantidor do regular exercício da prestação jurisdicional e não da produção de qualquer classe de resultado. Menos ainda de um resultado pretendidamente verdadeiro, o mito que há muito foi soterrado no âmbito das pretensões de realização do processo.<sup>35</sup>

A prestação jurisdicional, nesse contexto, passa a ter status de direito fundamental, pois, como leciona Lopes Jr.,

É nessa dimensão que a jurisdição deve ser tratada, como direito fundamental e não apenas como um poder-dever do Estado. Significa descolar da estrutura de pensamento no qual a jurisdição é um poder do Estado e que, portanto, pode pelo Estado ser utilizado e definido segundo suas necessidades. Ao desvelarmos a jurisdição como direito fundamental, consagrado que está na Constituição, ela passa a exigir nova estrutura de pensamento, como instrumento a serviço da tutela do indivíduo.<sup>36</sup>

Tal visão da jurisdição é, também, compatível com o sistema acusatório, uma vez que sua finalidade não está voltada às necessidades do Estado – o que ocorre no sistema inquisitório. A prestação jurisdicional, portanto, conforme a Constituição, deve ser realizada mediante a atuação judicial garantidora de direitos fundamentais do réu.

Há, no entanto, além da demarcação da atividade do juiz, diversas disposições constitucionais que sinalizam a escolha do constituinte pelo sistema processual acusatório como aquele adequado aos fins da nova ordem constitucional.

Afrânio Silva Jardim, por exemplo, pontua a escolha do legislador pelo sistema acusatório sob o ponto de vista das atribuições conferidas ao Ministério Público, de modo que considera tal característica uma das mais marcantes da acusatoriedade do processo penal constitucional:

Agora, diante da nova Constituição da República, a questão ainda se tornou mais fácil, vez que estão varridas do nosso sistema processual quase todas as funções persecutórias, por isso que anômalas, que o velho Código de Processo Penal ainda, residualmente, deixara ao Poder Judiciário. Isto se depreende dos incisos do art. 129 da Constituição, bem como do tratamento sistemático dado à estruturação da atividade jurisdicional do Estado, que não se compatibiliza com o controle externo da polícia judiciária.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> BUSATO, Paulo César. De Magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos do processo em um sistema acusatório. p 103-124. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 107.

<sup>36</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. V. 1. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: 2011, p. 423.

<sup>37</sup> JARDIM, Afrânio Silva. O papel do poder judiciário em face do sistema processual penal acusatório. *In*: Revista Justitia, São Paulo, APMP, p. 71-74, jul-set 1989, p. 73.

Destaca-se, a partir desse ponto de vista, que o princípio da oficialidade, em conjunto ao princípio da inércia da jurisdição, prima pelo afastamento do órgão jurisdicional da persecução criminal, de modo que cabem ao Ministério Público a propositura da ação penal pública e a provocação do judiciário para que ocorra a movimentação do processo.

A acusatoriedade também se manifesta na delimitação da atuação de cada uma das partes do processo, contudo, conforme dito anteriormente, tal critério não é o único que define o sistema. Ressalta-se, todavia, que tal delimitação é extremamente relevante para que se compreenda que a Constituição é clara quanto à adoção do sistema acusatório.

Nesse ponto, é inegável que a função destinada ao Ministério Público é aspecto determinante para que as práticas inquisitivas sejam afastadas do Processo Penal. Isso porque, ao *Parquet* não cabe apenas a função de acusar, mas, também, a de fiscalizar o processo, sendo seu dever atuar em benefício do réu quando observado que a lei assim permite.

A Constituição da República, portanto, apresenta inúmeros dispositivos que podem ser vinculados à compreensão de acusatoriedade do Processo Penal. A exigência de contraditório, a determinação da ampla defesa e do devido processo legal, a presunção de inocência, por exemplo, perdem o sentido sob a ótica inquisitorial.

Da mesma forma, a garantia do juiz natural, os princípios da imparcialidade do órgão jurisdicional e do livre convencimento motivado, bem como da publicidade dos atos processuais são elementos indispensáveis à democracia e, em última instância, a adoção constitucional do regime democrático também aponta para a escolha do sistema acusatório.

Assim, é que Geraldo Prado anotou:

[...] se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 195.

Portanto, vê-se que, ainda que a Constituição não expresse de modo taxativo a escolha pelo sistema acusatório, a sua estrutura e composição deixam claro que não há como ser diferente, pois qualquer outra interpretação seria vazia de sentido.

Há, nesse contexto, uma clara necessidade de que a Constituição seja interpretada de forma sistemática, uma vez que ela, em si, constitui um sistema<sup>39</sup>. Sua composição principiológica e de garantias individuais e coletivas deve ser compreendida em harmonia, a fim de que se consiga extrair de sua leitura o alcance teleológico dos dispositivos para que isto se reflita na sua concretização, o que se faz, também, por meio do Processo Penal.

Não há como se construir um Estado Democrático tal qual estruturado na CF/88, a não ser pela compreensão de que o sistema normativo como um todo deve ser guiado pelo projeto de Estado traçado pelo constituinte originário, o que torna incompatível a manutenção de práticas processuais penais pautadas no princípio inquisitório.

Em outras palavras, *“na medida em que a Constituição da República opta pela tutela dos direitos fundamentais, a estrutura processual daí derivada há de ser imposta com estrita observância do modo pelo qual é possível harmonizarem-se todos estes direitos”*<sup>40</sup>, o que importa dizer que, diante da ordem constitucional brasileira atual, o Processo Penal deve ser pautado pelo princípio dispositivo, concretizando um sistema processual acusatório por essência.

---

<sup>39</sup> FREITAS, Juarez; ROCHA, Leonel Severo. Interpretação sistemática do direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas. 1994. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, p. 290.

<sup>40</sup> PRADO, Geraldo. Sistema acusatório... op. cit., p. 47.

## **CAPÍTULO II - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 – ACUSATÓRIO OU INQUISITIVO?**

### **2.1 Contexto histórico da promulgação do CPP de 1941**

A partir da análise histórica dos fatos, é possível compreender as características mais marcantes de um Estado. A promulgação de um código, a edição de leis e, por certo, toda e qualquer atividade legislativa são apenas reflexos de um modelo político determinado historicamente.

Desse ponto de vista, para compreender a estrutura da legislação processual penal brasileira, indispensável descrever a situação histórica e política, vivida no Brasil, à época em que o Código de Processo Penal foi promulgado.

Em 1941, ano da promulgação do CPP, o Brasil vivia a ditadura do Estado Novo, sendo governado por Getúlio Vargas.

À época do golpe, 10 de novembro de 1937, esperava-se pelas eleições presidenciais marcadas para janeiro de 1938. Contudo, após articulações do governo getulista para que o presidente fosse mantido no poder, forjou-se a existência de um suposto plano comunista para a tomada da presidência: o chamado Plano Cohen.

Diante da “ameaça comunista” que causava pavor às oligarquias, foi sem empecilhos que Getúlio Vargas deu novo golpe de Estado e se manteve no poder. Daí para frente, a ditadura getulista passou por seu período de maior rigidez, expressa em uma república com executivo forte, militarista, conservadora e autoritária.

No mesmo ano (1937), foi outorgada uma nova Constituição, conhecida como “Polaca”, em razão de sua clara influência da autoritária Constituição polonesa.

Francisco Campos, responsável pela redação da Constituição, nomeado Ministro da Justiça, foi também o encarregado pelo projeto do Código de Processo Penal de 1941, acerca do qual Pacelli pontua:

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado com bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia 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.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal... op. cit., p. 5.

Vê-se, portanto, que o plano político traçado por Getúlio Vargas era respaldado por uma intensa produção legislativa que servisse a seus intentos autoritários e centralizadores.

O Código de Processo Penal não destoava desse entendimento, uma vez que sua redação primitiva estava inserida na práxis ditatorial e policiaesca do Estado Novo.

Da leitura da Exposição de Motivos do CPP de 1941, observa-se a ideologia de proteção do “interesse social” como discurso de base, o que se dá em detrimento do interesse individual. Assim dispõe Francisco Campos no referido texto:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.<sup>42</sup>

É muito clara a lógica de controle estatal sobre o indivíduo que permeia o discurso. O fato de o CPP de 1941 ser fruto de um governo ditatorial esclarece muitas de suas diretrizes, o que faz concluir que o cerne desta codificação, ainda que reformada por diversas vezes, traduz autoritarismo exacerbado.

Salienta-se aqui que a promulgação do CPP de 1941 somente se deu após ser promulgado o Código Penal de 1940, o qual possuía influências do chamado Código Rocco de 1930, o Código Penal Italiano editado durante o governo fascista de Mussolini, nomeado assim em homenagem ao jurista Alfredo Rocco.

Cordero destaca alguns aspectos do Código Penal italiano de 1930:

É manifesto o autoritarismo fóbico na codificação de 19 de outubro de 1930; o ministério público se apresenta mais poderoso, dono das alavancas (a decisão de arquivamento ficou em suas mãos), e o instrutor foi equiparado ao juiz; foram expulsos os advogados; realizada de forma automática por uma ampla casuística legal, a detenção preventiva não era submetida a términos peremptórios; no centro de gravidade reside mais que nunca o trabalho oculto dos instrutores, com os perversos efeitos aportados pelo processo sumário (no qual o ministério público elabora, como “órgão de justiça”, as provas com que perseguirá o acusado no debate); desaparecem as nulidades absolutas; as

---

<sup>42</sup> Francisco Campos. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. 1941

leituras são quase indiscriminadas, e os recursos são limitados por regras vexatórias. Pretende ser e é um sistema ferozmente contrário às garantias.<sup>43</sup>

Para compreender a base teórica da qual surgiu a codificação penal italiana e, portanto, também a brasileira, convém esclarecer que Alfredo Rocco produziu a mais significativa sistematização da chamada escola Técnico-Jurídica, fundada na Alemanha por Karl Binding e Franz Von Liszt<sup>44</sup>. Tal escola primava pelo método jurídico e pelo conteúdo dogmático, separando o Direito da Criminologia, da Sociologia e da Antropologia.

De acordo com o Tecnicismo Jurídico, uma orientação metodológica bem estruturada possibilitaria a formulação de uma verdadeira ciência do Direito Penal. Desse entendimento é que se criou a necessidade de decodificação de conceitos como ‘crime’, ‘pena’, ‘responsabilidade penal’ e tantos outros quantos bastassem para que a técnica não deixasse brechas às interpretações jusracionalistas (Carrara) ou criminológicas (Lombroso, Ferri)<sup>45</sup>.

Assim, desta matriz teórica, funda-se o Código Penal Italiano e, em razão de sua influência na legislação brasileira, acaba por permear o Código Penal de 1940. Da mesma forma, por ter sido outorgado após o CP de 1940, o Código de Processo Penal apresenta a mesma pretensão técnica dos demais. Retira-se tal conclusão de sua Exposição de Motivos:

(...) ficara inicialmente resolvido que a elaboração do projeto de Código único para o processo penal não aguardasse a reforma, talvez demorada, do Código Penal de 90. Havia um dispositivo constitucional a atender, e sua execução não devia ser indefinidamente retardada. Entretanto, logo após a entrega do primitivo projeto, organizado pela Comissão oficial e afeiçoado à legislação penal substantiva ainda em vigor, foi apresentado pelo Senhor Alcântara Machado, em desempenho da missão que lhe confiara o Governo, o seu anteprojeto de novo Código Penal. (...) Decretado o novo Código Penal, foi então empreendida a elaboração do presente projeto, que resultou de um cuidadoso trabalho de revisão e adaptação do projeto anterior. Se for convertido em lei, não estará apenas regulada a atuação da justiça penal em correspondência com o referido novo Código e com a Lei de Contravenções

---

<sup>43</sup>Tradução livre do original: “Manifiesta autoritarismo fóbico em la codificación del 19 de octubre de 1930; el ministerio público se presenta en él agigantado, dueño de las palancas (la decisión del archívese es asunto que quedo em sus manos), y el instructor quedó equiparado al juez; fueron expulsados los defensores; hecha automática por una amplia casuística legal, la detención preventiva no quedó sometida a términos perentorios; el centro de gravedad reside mas que nunca em la labor oculta de los instructores, com los perversos efectos aportados por el proceso sumário (en el cual el ministerio público elabora, como “órgano de justicia”, las pruebas com las que perseguirá al acusado en el debate); desaparecen las nulidades absolutas; las lecturas son casi indiscriminadas, y los recursos quedan limitados por reglas vejatórias. Pretende ser y es un sistema ferozmente contrario a las garantias”. CORDERO, Franco. Procedimiento penal.... Op. cit., p. 61

<sup>44</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 80.

<sup>45</sup> Id., Ibid., p. 82.

(cujo projeto, nesta data, apresento igualmente à apreciação de Vossa Excelência): estará, no mesmo passo, finalmente realizada a homogeneidade do direito judiciário penal no Brasil, segundo reclamava, de há muito, o interesse da boa administração da justiça, aliado ao próprio interesse da unidade nacional.<sup>46</sup>

Da homogeneidade das leis penais, processuais penais e de contravenções, fundaram-se as bases para um arcabouço jurídico de repressão à criminalidade e eficiência do sistema de justiça penal.

O processo, dentro desse projeto de Estado repressor e eficiente, é o meio pelo qual a força de sua lei é exteriorizada, ou seja, nada mais congruente que a harmonização das leis penais, no mesmo momento político, para que o Estado se demonstre ainda mais forte e uno.

Assim, o soberano interesse de punir, fundamentado na tutela social, posiciona o réu em um lugar de culpabilidade presumida. As garantias individuais, hoje tão destacadas na Constituição de 1988, eram, em 1941, consideradas “favores” que deveriam ser extirpados da legislação, pois tornavam a repressão defeituosa e retardatária<sup>47</sup>.

Nesse aspecto, sustenta Pacelli:

Na redação primitiva do CPP, até mesmo a sentença absolutória não era suficiente para se restituir a liberdade do réu, dependendo do grau de apenação da infração penal (antigo art. 596). Do mesmo modo, dependendo da pena abstratamente cominada ao fato, uma vez recebida a denúncia, era decretada, automaticamente, a prisão preventiva do acusado, como se realmente do acusado se tratasse (antigo art. 312). (...) O princípio fundamental que norteava o CPP era, como se percebe, o da presunção de culpabilidade. Manzini, penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de inocência, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente?<sup>48</sup>

Tal pergunta, formulada a partir da lógica do regime autoritário italiano da década de 1930, é coerente a um modelo de processo que se sustenta pela persecução da prova confessional. Contudo, a mesma pergunta perde o sentido quando o processo não está voltado à lógica do “primado das hipóteses sobre os fatos”, como apontou Cordero. Uma vez que o Processo Penal seja concebido como meio para a promoção de um debate dialético entre as partes, de forma igualitária, não há porque rir-se da presunção de inocência.

---

<sup>46</sup> Francisco Campos. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, 1941, p.1.

<sup>47</sup> Id., Ibid., p. 1.

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal... op. cit., p. 6.

É de se destacar que, por óbvio, durante os 71 anos de vigência do CPP, ocorreram diversas reformas que trouxeram alguns avanços e retrocessos na prática processual penal. Contudo, tais modificações não foram suficientes para descaracterizar o autoritarismo do CPP de 1941.

Após a promulgação da Constituição de 1988, inúmeras leis modificativas do Código de Processo Penal foram editadas, transformando a estrutura do CPP em um retalho que, por ter uma matriz claramente autoritária e inquisitiva, não era coerente com as próprias mudanças inseridas em sua redação.

Tentar consertar a inadequação do CPP à nova ordem constitucional por meio de reformas parciais apenas fomenta a criação de maiores incongruências dentro do sistema legislativo. Coutinho bem destaca essa questão:

Quando o assunto é reforma, o primeiro ponto é o fundamental porque trata do núcleo dos problemas: é preciso manter o foco no que há de ser reformado, fugindo-se às questões intra-sistemáticas para se reconhecer que o problema está no próprio sistema, o que não se atinge com reformas parciais e, desde este ponto de vista, meros remendos. Se é assim, qualquer reforma deve ser global e incidente sobre todo ele, bastando recordar a origem fascista do Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941), e seu absoluto descompasso para com a atual Constituição da República, democraticamente promulgada em 5 de outubro de 1988.<sup>49</sup>

Portanto, após terem sido lançadas as bases para um Estado Democrático de Direito, por meio de uma Constituição que prima pelas garantias individuais, a tentativa de “salvar” um Código de Processo Penal por meio de reformas parciais é insuficiente para que o sistema processual penal seja compatibilizado à ordem constitucional.

Assim é que, diante da história não há como negar que a vigência do Código de Processo Penal de 1941 até os dias atuais constitui uma clara resistência à mudança exigida pela Constituição da República. As reformas realizadas ao longo desses 71 anos não são tentativas de adequação, mas sim tentativas de mascarar a manutenção do sistema inquisitório e das práticas autoritárias.

Quanto ao tema, Coutinho ainda salienta:

Assim, se tem diferenças estruturais, há que se optar, sem meias palavras, por um processo penal de defesa social, típico dos regimes autoritários, ou por um processo penal constitucionalizado, garantidor dos direitos do acusado, limitador da violência do Estado. (...) Infelizmente, no entanto, é, no fundo, o anseio punitivo que pauta e motiva as reformas parciais, em que pese o espírito democrático (sincero) de muitos dos autores das idéias reformistas; e é por isso que o país continua assim: porque se reforma e se reforma para não mudar nada, seguindo na crença que se melhora com mais pena, mais prisão,

---

<sup>49</sup> COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda Coutinho. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho, 2008.



mais punição. Faz-se reforma pelas mudanças que, de fato, só se darão quando mudar a base epistêmica. Contudo, quanto sabem, de fato, os juristas, de epistemologia? Se é preciso, efetivamente, mudar o sistema, nota-se que não é algo simples nem fácil: é inquisitório, foi inquisitório, e se tudo se reduzir à aprovação destas reformas parciais, continuará inquisitório.<sup>50</sup>

Sabe-se que a concretização de um Estado Democrático de Direito, segundo os moldes traçados pela CF de 1988, é tarefa de difícil execução. Contudo, a primazia das diretrizes constitucionais perpassa uma necessária mudança legislativa: normas de matrizes autoritárias e inquisitoriais não podem se sobrepor às garantias individuais. Reformas, ainda que tentativas de adaptar o Código de Processo Penal à Constituição, são apenas formas paliativas de resolver o problema.

A necessidade de mudança, de avanço, de criar novas saídas não é comportada por pequenas mudanças, mas sim por uma nova codificação que respeite preceitos fundamentais do Estado Brasileiro nascido em 1988. Tal necessidade em nada é compatível aos regimes ditatoriais e às matrizes teóricas que os sustentavam.

## **2.2 A instrução probatória no Código de Processo Penal de 1941**

A estrutura do CPP de 1941 é dividida em seis livros, os quais tratam respectivamente do processo em geral, dos processos em espécie, das nulidades e dos recursos em geral, da execução, das relações jurisdicionais com autoridade estrangeira e, por fim, das disposições gerais.

No Livro I, do processo em geral, estão dispostos os artigos que determinam as atribuições da polícia judiciária, exercidas mediante a instauração de inquérito policial (artigos 4º a 23 do CPP). Da mesma forma, a instrução probatória e as disposições que a detalham estão previstas no mesmo Livro I (artigos 155 a 250 do CPP).

Para que seja realizada a análise global da instrução probatória do atual Código de Processo Penal, é imprescindível que, além dos aspectos meramente formais, sejam agregados à análise a prática judiciária como ela efetivamente se dá. Por isso, ainda que a estrutura da legislação afaste as investigações policiais da produção probatória em juízo, não é possível analisar a maneira como a prova é produzida sem se reportar ao inquérito policial.

Ressalta-se que a existência de uma investigação preliminar ao processo é indispensável, pois é nesse momento que são colhidos elementos que justificam ou

---

<sup>50</sup> Id., Ibid.

inibem a instauração da ação penal. Há diversas formas de serem apurados tais elementos. No Brasil, o sistema de investigação preliminar adotado é o inquérito policial. Assim é que Lopes Jr. o define:

Chamaremos de investigação/instrução preliminar o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com fim de justificar o processo ou o não-processo.<sup>51</sup>

O autor também destaca que “*a função do procedimento preliminar não deve ser entendida no sentido de uma preparação ao procedimento definitivo, mas, ao contrário, no sentido de um obstáculo a superar antes de poder abrir o processo penal*”.<sup>52</sup>

Portanto, a instrumentalidade constitucional deve guiar a investigação preliminar, de modo que o investigado inocente não sofra as consequências de uma indevida ação penal. Partindo desse ponto de vista, é notória a crise vivida pelo inquérito policial.

A chamada investigação preliminar ou instrução preliminar, como preferem alguns autores como Aury Lopes Jr.<sup>53</sup>, pode se dar sob a titularidade de uma autoridade policial, de um juiz instrutor ou de um órgão do Ministério Público.

Como no Brasil a investigação preliminar é atribuída à polícia, a titularidade da investigação é da autoridade policial. Tal atribuição é normativa e se encontra delineada no art. 4º do Código de Processo Penal<sup>54</sup>.

Da mesma forma, a Constituição Federal, ao dispor acerca da segurança pública, atribui à polícia federal e à polícia civil o papel de polícias judiciárias da União e dos demais entes federativos, respectivamente (art.144).

O inquérito pode ser considerado um procedimento administrativo pré-processual, visto que seria absurdo compará-lo ou integrá-lo à atividade judicial, especialmente, em razão da ausência da estrutura dialética existente no processo.

O inquérito policial é realizado de forma autônoma pela polícia, contudo, depende da intervenção judicial para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais (prisão preventiva, busca e apreensão, interceptação telefônica, etc).

---

<sup>51</sup> LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal.... op. cit., p. 218.

<sup>52</sup> Id., Ibid., p. 219.

<sup>53</sup> Id., Ibid., p. 217.

<sup>54</sup> Art. 4º - A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria.

A grande questão que envolve a crise do inquérito policial está ligada ao fato de que o procedimento é marcado por forte caráter inquisitivo e por certa prepotência policial, uma vez que as instituições policiais no Brasil ainda reproduzem um modelo autoritário em que pequenos poderes assumem posições desproporcionais diante do indivíduo que supostamente praticou um crime.

Ademais, ainda que a Constituição autorize que o Ministério Público exerça controle externo da atividade policial (art. 129, VII), a lei não é muito clara sobre a forma como a fiscalização deve ser feita. Assim, a autonomia da polícia judiciária é tamanha que se torna incompatível com o fato de ser o MP o titular da ação penal e de o inquérito servir para a formulação do convencimento do Promotor que decidirá pela denúncia ou não, após a sua análise.

O ponto de conflito é que o inquérito policial vem sendo utilizado de maneira indevida, pois, mesmo enquanto procedimento administrativo e carente de contraditório, tem atuado como elemento de convencimento do juiz durante a fase judicial, em total desacordo com os ditames da Constituição Federal.

Ainda que o indiciado deva ser ouvido, conforme dispõe o art. 6º do CPP, mediante a observância do disposto nos artigos da Lei Processual que tratam do interrogatório do réu, o que é produzido nesta fase, em nada poderia fundamentar a decisão judicial.

Em suma, o inquérito policial deve servir, enquanto procedimento administrativo, somente para fornecer elementos de convencimento ao órgão do Ministério Público quanto à necessidade de denunciar ou não denunciar. Sua função não pode ser confundida com a da instrução probatória realizada em juízo e que ocorre sob a observância de princípios constitucionais como a ampla defesa e o contraditório.

Da mesma forma, a atuação do juiz durante o inquérito é de garantidor dos direitos fundamentais do indiciado, de modo que:

O inquérito policial somente gera atos de investigação, com uma função endoprocedimental, no sentido de que sua eficácia probatória é limitada, interna à fase. Servem para fundamentar as decisões interlocutórias tomadas no seu curso, (como fundamentar o pedido de prisão temporária ou preventiva) e para fundamentar a probabilidade do *fumus commissi delicti* que justificará o processo ou o não-processo.<sup>55</sup>

A instrução probatória, efetivamente, ocorre mediante o disposto nos artigos 155 e seguintes do Código de Processo Penal. Ainda que haja a possibilidade de

---

<sup>55</sup>LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal.... op. cit., p. 295

produção antecipada de provas no curso do inquérito policial, a regra é que somente é considerado prova aquilo que for produzido, após a instauração da ação penal, sob a verificação do que dispõem os citados artigos.

Contudo, ainda que o discurso declarado seja de que a produção de provas no atual sistema respeita as garantias fundamentais dos réus e que o juiz não participa da instrução probatória, o que ocorre na prática é a distribuição da prova nas mãos da acusação, da polícia, do juiz e, por vezes, ainda se inverte o ônus da prova para que a defesa demonstre a inocência do acusado.

Alguns dos dispositivos presentes no CPP são amplamente permeados pela lógica inquisitória, o que fere preceitos constitucionais de grande importância para a democratização do Processo Penal. Os artigos 155, 156 e 157 do Código de Processo Penal são reflexos dessa constatação e, por tratarem de aspectos gerais da produção probatória, são, talvez, os mais relevantes para a presente análise.

Tais artigos foram objeto de reformas recentes, todavia, mesmo que tenha sido feito um esforço para que a legislação estivesse mais adequada à CR de 1988, a redação dos artigos ainda diz muito sobre a inquisitorialidade do sistema vigente. O artigo 155, por exemplo, dispõe:

Art. 155 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A redação do citado artigo foi modificada de forma substancial em 2008, após a edição da Lei n. 11.609/2008, responsável por mudanças bastante significativas. Segundo Lopes Jr., a redação original do projeto não continha o termo ‘exclusivamente’<sup>56</sup>. A simples inserção do advérbio, após as emendas, converteu uma norma constitucional em inconstitucional. Fez-se isso em claro reflexo da política criminal que vige no Brasil, pela qual as garantias individuais dos réus são vistas como promotoras de impunidade, então, não havendo provas judiciais, o juiz deve recorrer ao inquérito para fundamentar a condenação, uma vez que o processo tem como objetivo a condenação.

Do famigerado artigo, portanto, retira-se a possibilidade de o magistrado utilizar-se de elementos indiciários como fundamento de sua sentença, o que é flagrantemente inconstitucional.

---

<sup>56</sup> LOPES JR, Aury. Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 202-203.

Lopes Jr. resume a questão:

Manteve-se, assim, a autorização legal para que os juízes e tribunais sigam utilizando a versão dissimulada, que anda muito em voga, de “condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito”. Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito. Isso é violar a garantia da própria jurisdição e do contraditório<sup>57</sup>.

O artigo 156 também foi modificado pela referida reforma e apresenta a seguinte redação:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

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

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante

A atuação de ofício pelo juiz, em muitas situações, é louvável, contudo, frente a já demonstrada opção constitucional pelo sistema acusatório, tem-se muito claro que a atuação judicial relativamente à produção de provas deve ser nula.

Nesse aspecto, vale destacar o entendimento de Pacelli no tocante ao artigo 156 do CPP:

É perfeitamente aceitável a disposição do artigo 156 do CPP, segundo a qual “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Não é o caso, contudo, da nova redação do artigo 156, I, CPP, dada pela Lei n. 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, adequação e proporcionalidade da medida. O retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade da novidade é patente. O juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação.<sup>58</sup>

A Lei, portanto, possibilita ao juiz transpor o papel das partes, assumir o controle da produção de provas e valorar o que é relevante e urgente, sob a verificação da necessidade, adequação e proporcionalidade, juízos muitas vezes utilizados de maneira equivocada. Assim é que a atividade judicial toma ares de ativismo, o que extrapola sua função, determinando a produção de provas que sequer a defesa ou a acusação julgaram importantes para a instrução.

É nesse ponto que se revela tão problemática a previsão legal de produção antecipada de provas. Contudo, não foi a reforma de 2008 que trouxe tal possibilidade à

---

<sup>57</sup> LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.... Op. cit., p. 298.

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal...Op. cit., p. 325.

tona, sabe-se que há muito os juízes possuem a prerrogativa de atuar *ex officio* na fase instrutória, sistemática que Coutinho assinala:

Agora, sem embargo, o texto é mais honesto se medido em relação à realidade que se vive, deixando claro o absurdo fascista das entranhas do sistema, inclusive em relação ao próprio magistrado. Afinal, permite-lhe expressamente, nas duas fases da persecução, ordenar *ex officio* a produção de provas (os fundamentos suprem-se retoricamente a partir de conceitos indeterminados como necessidade, adequação, proporcionalidade e — pior — “dúvida sobre ponto relevante”) e, depois, cobra-se dele, a partir da base constitucional, equidistância e equilíbrio na condução do processo (ainda confundido, em 2008, com ação penal) e no acertamento do caso penal.<sup>59</sup>

É tamanha a inconsistência do sistema que, ao ser analisado em conjunto às normas constitucionais, vê-se que a processualística penal brasileira remonta incongruências inconciliáveis entre si. A necessidade de uma nova codificação, estruturada pela lógica acusatória e formulada de maneira coerente é indispensável para a consolidação de garantias individuais que há muito são desrespeitadas pela própria Lei.

O mesmo desacato às normas constitucionais é observado no artigo 157 do CPP, haja vista sua previsão de que serão admitidas provas derivadas das ilícitas, nos casos em que estas puderem ser obtidas por uma fonte independente daquela que originou a prova ilícita, nos seguintes termos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexó de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (Vetado).

O *caput* do artigo, como se vê, está em perfeita consonância com os preceitos constitucionais. Contudo, o legislador criou exceções (§ 1º) que, por si só, esvaziam a norma e permitem que provas produzidas ilegalmente sejam admitidas como tal no curso do processo.

---

<sup>59</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho, 2008.

O citado artigo atua mediante uma espécie de abstração. Provas ilícitas são produzidas e, durante a produção de tais provas, provas derivadas das ilícitas (e, portanto, ilícitas por decorrência da ilicitude dos meios) são descobertas. Contudo, o magistrado, para fazer valer as chamadas provas derivadas, deve realizar uma abstração, qual seja, analisar a possibilidade de terem sido descobertas as mesmas provas ilícitas, por meios lícitos, ainda que isso não tenha ocorrido no plano da realidade.

Coutinho assinala a inconstitucionalidade do art. 157 do CPP da seguinte maneira:

Não se salva da inconstitucionalidade nem o novo texto do art. 157, o qual aterra no âmbito infraconstitucional a regra do art. 5º, LVI, CR (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”), tentando explicitar a proibição à prova ilícita, como se para ganhar vida a Constituição fosse preciso uma reforma no CPP, algo muito próprio de um Brasil Profundo em matéria de respeito e aplicação das leis. (...) Ora, os §§ 1º e 2º, com conceitos indeterminados (o princípio da taxatividade não convive com eles em um espaço democrático porque a CR não deixa), quase acabam com o direito do cidadão, mais uma vez criando-se restrições onde a CR não criou e, pior, deixando a completude delas ao “critério” do juiz. Afinal, é ele quem, de fato, dirá o que é e quando se dará uma prova derivada de outra ilícita em face do “nexo de causalidade” ou quando ela poderia ser obtida “por uma fonte independente” (§ 1º).<sup>60</sup>

Mesmo que o § 2º tente esclarecer o que são fontes independentes, fica, mais uma vez, a critério do juiz a determinação de sua natureza ilícita ou não, seja pelo nexo de causalidade seja pelas fontes independentes. Isso torna claro que o poder excessivo concedido ao magistrado é sintoma do ideal de neutralidade e imparcialidade que o permeia, o que, no imaginário do legislador e de grande parte dos juristas, confere às suas decisões maior acerto e confiabilidade. Esquecem-se, no entanto, que o ideal de imparcialidade se aproxima do magistrado quanto mais este se distancia da produção das provas.

Aspecto interessante de salientar é, também, o texto previsto para o § 4º do art. 157 que foi vetado. No projeto da reforma, havia a previsão de que o juiz que entrasse em contato com as provas ilícitas não poderia proferir a sentença.

Do dispositivo vetado, se verifica, portanto, um compromisso para que a inutilização das provas ilícitas se desse de forma efetiva, pois é impossível para um juiz que conhece do conteúdo de provas ilícitas julgar o feito sem que aquele conteúdo conhecido interfira em sua decisão.

Coutinho bem destaca a escolha do legislador pelo veto ao texto do § 4º:

---

<sup>60</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho, 2008.

Enfim, o que era bom do art. 157 foi vetado, isto é, o § 4º: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. E tudo em nome do concreto escopo das reformas, pelo menos do que se vê das “razões do veto”: “imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo”; mesmo que o preço para tanto seja aviltar a democracia processual-constitucional. Deste modo, preferível teria sido não se reformar nada, deixando-se a CR construir a sua história. Em uma reforma global que mudasse o sistema, jamais se cogitaria de preceitos como estes.<sup>61</sup>

Nesse contexto, é inquestionável que os dispositivos que tratam da produção de provas no Processo Penal não apresentam comprometimento com os ditames constitucionais e, desse modo, ferem garantias individuais indispensáveis aos cidadãos, perpetuando a arbitrariedade e o autoritarismo, características incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

### **2.3 A Incompatibilidade do Código de Processo Penal e a Constituição da República de 1988: ideologias conflitantes e necessidade de adequação**

Após analisar a opção da Constituição da República pelo sistema acusatório, bem como os dispositivos do Código de Processo Penal que dispõem acerca da instrução probatória, fica clara a incompatibilidade entre as normas processuais penais presentes no CPP de 1941 e as disposições constitucionais.

A mudança que a nova ordem constitucional realizou foi profunda e, não se pode negar que a manutenção de normas diametralmente opostas aos propósitos da CR de 1988 inibe sua efetivação, pois a existência de uma pressupõe a não realização da outra.

As reformas realizadas no CPP, por sua vez, não foram capazes, como já foi exposto, de modificar a estrutura inquisitória da Lei. Além disso, salienta-se que o próprio processo democrático em que as reformas ocorrem possibilita a colisão de entendimentos sobre o papel do Direito Processual Penal e, não é de se estranhar que as motivações políticas das reformas tenham sido mais relevantes que a efetiva adequação do CPP à Carta Constitucional.

O grande ponto de dissonância entre as normas aqui cotejadas é a maneira como cada uma, ideologicamente, dispõe acerca da função do Processo Penal. Os dispositivos constitucionais partem de uma lógica garantista do processo, em que as garantias individuais se sobrepõem ao punitivismo estatal; por sua vez, o Código de Processo Penal ainda remonta uma lógica de exceção, em que o Estado se sobrepõe ao

---

<sup>61</sup> Id., Ibid.



indivíduo, o que faz do processo um meio para a arbitrariedade sob o discurso do interesse social.

As garantias penais e processuais que se consolidaram na Constituição da República formam, em seu conjunto, um sistema coerente e unitário que está orientado a assegurar o “*máximo grau de confiabilidade e racionalidade do juízo e, portanto, de limitações do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade*”.<sup>62</sup> Nesse aspecto, a norma constitucional norteia a práxis processual penal de forma a limitar o Estado sob o argumento da legalidade estrita.

Contudo, a concepção garantista que se quer extrair do texto constitucional não mais remonta o modelo garantista da legalidade penal e processual penal traçado pelo pensamento iluminista, o qual se baseava na ideia de julgamento como silogismo perfeito e do juiz como a boca da lei.

Tal modelo é deveras frágil do ponto de vista epistemológico e se apresenta de forma impraticável juridicamente. Isso porque, é negável a falibilidade de um sistema jurídico que queira negar as condições semânticas que envolvem o processo, bem como os espaços de valoração equitativa e de discricionariedade dispositiva inerentes à jurisdição.

O garantismo de que se quer falar não corresponde a esse racionalismo utópico, mas sim à satisfação dos direitos fundamentais, conforme Ferrajoli assevera:

Entende-se que, nesse sentido, o “garantismo” não tem nada a ver com o mero legalismo, ou formalismo ou processualismo. Aquele consiste sim na satisfação dos direitos fundamentais: os quais – da vida à liberdade pessoal, da liberdade civil e política às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles “artifícios” – como os chamou Hobbes – que são o direito e o Estado, e cujo gozo por todos forma a base substancial da democracia.<sup>63</sup>

Nesse ponto, é importante lembrar que a processualística penal deve ser analisada dentro da complexidade que envolve a matéria criminal como um todo. A (in)satisfação de direitos fundamentais não ocorre apenas no âmbito processual, mas em todos os âmbitos que envolvem o sistema de justiça criminal, desde a criminalização primária até a execução da pena.

Na medida em que há uma relação mútua de complementaridade funcional entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal, ou seja, como são partes de uma

---

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

<sup>63</sup> Id., Ibid., p. 22.

mesma unidade, a um Direito Penal autoritário e extremamente rigoroso deve seguir um Direito Processual Penal da mesma ordem. Em verdade, se o Direito Penal é conduzido em desajuste aos valores constitucionais, inevitavelmente assim também será o Direito Processual Penal.

Com efeito, frente à criminalização exacerbada de condutas, ao aumento das penas e ao rigor punitivista das leis penais, vive-se o esvaziamento das garantias individuais na seara criminal como um todo, o que reflete de maneira direta no Processo Penal que muito bem recepciona tais leis, uma vez que o CPP está envolto pelo sistema inquisitório.

Desse modo, o movimento sentido nos últimos anos de expansão do Direito Penal, o neopunitivismo, até sua vertente mais cruel do Direito Penal do Inimigo<sup>64</sup> é sentida, sem dúvidas, na legislação processual penal, em um verdadeiro Processo Penal do Inimigo.

É nesse ponto que o Processo Penal, espaço limítrofe entre a liberdade do indivíduo e a autoridade estatal, reflete o (des)equilíbrio entre esses dois valores em uma dada sociedade.

O que se vê, no entanto, na legislação processual penal vigente é o despreparo para a efetivação de um processo garantidor dos direitos do réu, sobretudo porque, ao que parece, o simbolismo que envolve as questões de segurança pública são reproduzidos sistematicamente pelo próprio Estado, o que enfraquece a Constituição, trançando o caminho inverso daquele que se espera de uma sociedade que busca a realização de um Estado Democrático de Direito.

Ainda que cada uma das esferas envolvidas no sistema de justiça criminal apresente âmbitos limitados de atuação e objetivos específicos, há algo em comum entre todas elas no que se refere a um objetivo pressuposto que corresponde à inserção no Estado Constitucional, qual seja, a satisfação de direitos fundamentais. Contudo, o sistema de justiça criminal está isolado desse contexto constitucional e vem sendo inflado pela cultura do medo e da resposta pela punição.

Parece ter razão Luiz Guilherme Marinoni, embora sua exposição se dê no âmbito do direito processual civil, ao falar da jurisdição e do processo dentro do Estado constitucional. De fato,

---

<sup>64</sup> Sobre o tema da expansão do Direito Penal e do Direito penal do inimigo ver: ZAFFARONI, Eugénio Raúl. O inimigo no direito penal. Trad. Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

a jurisdição, no Estado constitucional, caracteriza-se a partir do dever estatal de proteger os direitos. Como é evidente, a idéia de proteção dos direitos não tem a ver com a antiga e remota concepção de tutela dos direitos privados, própria à época anterior à afirmação da autonomia do direito processual. O Estado constitucional tem o dever de proteger os direitos fundamentais, seja através de normas, de atividades fáticas administrativas ou da jurisdição. Além disso, a jurisdição, no Estado contemporâneo, tem o dever de proteger todas as espécies de direitos, com isso se querendo evidenciar que o juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de compreendê-la a partir dos direitos fundamentais, no caso concreto.<sup>65</sup>

É patente, portanto, que a Constituição é um marco regulador da atividade processual. Não é opção aplicar ou não os ditames constitucionais. A aplicação destes em detrimento de normas não recepcionadas pela CR/1988 é dever do órgão estatal responsável.

Assim é que, por representarem concepções distintas de como deve ser a atuação estatal, o CPP e a Constituição não são conciliáveis. Desse ponto de vista, ou se continua a esvaziar a Carta Constitucional por meio de um processo inquisitório por essência, ou se modifica a lógica vigente e esvazia-se a inquisitorialidade do processo, dando eficácia material à Constituição.

Para tanto, a formulação de uma nova codificação processual é imprescindível e, diante da necessidade premente de mudança, foi redigido, por uma comissão de juristas, o anteprojeto do novo Código de Processo Penal, consistente no Projeto de Lei do Senado n. 155/2009.

Jacinto Néelson de Miranda Coutinho, membro da comissão, em análise sucinta do projeto, esclarece:

Agora que uma Comissão de Juristas nomeada no âmbito do Senado Federal faz um anteprojeto (global, de todo o Código), do que pode vir a ser o novo CPP brasileiro, a questão começa a se colocar por aqui. E isto porque se decidiu, na dita comissão, mormente para se cumprir a Constituição da República, mudar o sistema processual penal, talvez se começando a enterrar a base inquisitorial que, na legislação atual, copiada do Codice Rocco (italiano), de 1930, fazia — e ainda faz — a sobrevida dos papas Inocêncio III, Gregório IX, Inocêncio IV e tantos outros [...] A solução inicial para tanto, assim, é mudar para o sistema acusatório, retirando a gestão das provas das mãos do juiz e se fazendo cumprir o *onus probandi* às partes. Deste modo o juiz pode ter — se ganhar consciência de seu principal mister constitucional — a possibilidade concreta de funcionar como garante da Constituição — talvez o principal — e, por elementar, do cidadão; justo porque livre do dever referente à iniciativa probatória. Sem ele, não corre o risco de agir guiado

---

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 402.

pelos fantasmas das decisões *a priori* e, portanto, pode se colocar corretamente no lugar de equidistância das partes, como exige a CR.<sup>66</sup>

Não se sabe se a nova codificação será suficiente para que se realize esse giro epistemológico, contudo, a busca por soluções e por mudanças que deem maior aplicabilidade à Constituição parece o caminho mais acertado.

O que não se pode deixar de examinar no processo legislativo é exatamente a ambivalência do sistema de justiça criminal como um todo, o qual é permeado pela lógica inquisitorial de forma arraigada.

E é nesse sentido que Coutinho alerta para a possibilidade de o operador do direito não permitir que o sistema acusatório se consolide, pois é preciso readequar a compreensão das atribuições de cada uma das partes no processo, além de se criar outra dinâmica de atuação tanto na fase policial, quanto na judicial.

Assevera o autor:

Uma lei de tal porte é para todos — se ainda se crê na isonomia constitucional — e o mínimo a se ter é humildade para reconhecer que se não é dono da verdade, cabendo construir um código onde se erre o menos possível. Este é o espírito que preside a comissão e, assim, não só se recolhem sugestões desde o início de seu funcionamento, através do site do Senado federal como, concluídos provisoriamente os trabalhos, passar-se-á a fazer audiências públicas, abrindo-se os debates. Enfim, pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído, mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar.<sup>67</sup>

Assim é que se passa a análise do PLS n. 156/2009, tanto no que diz respeito aos dispositivos que têm por finalidade positivar o sistema acusatório no Processo Penal Brasileiro, quanto aos desafios relativos à sua aplicabilidade.

---

<sup>66</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>. Acesso em 18/11/2012.

<sup>67</sup> Id., Ibid. Acesso em 18/11/2012.

## **CAPÍTULO III - O PROJETO DE LEI DO SENADO N. 156/09 E A TENTATIVA DE CONSTITUCIONALIZAR O PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

### **3.1 PLS 156/09: estrutura, investigação criminal e instrução probatória**

Desde a promulgação da Constituição de 1988, há uma pressão por parte dos juristas para que o Direito Brasileiro se adeque às promessas inscritas naquela Carta. Cresce o número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, leis e trechos de leis não recepcionados pela Carta Constitucional são retirados do ordenamento e o argumento principiológico apresenta cada vez mais força.

Não destoando dessa compreensão, o CPP de 1941 já não mais corresponde ao momento histórico vivido pelo Brasil, muito menos às necessidades sociais que se apresentam. Após 71 anos de vigência, sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito almejado pela Constituição de 1988 é perceptível àqueles que se filiam a uma corrente mais avançada do estudo processual. Nesse aspecto, a convergência é quase absoluta: necessita-se de um novo Código de Processo Penal.

Diante da verificação da incompatibilidade do Decreto-Lei n. 3.689/1941, o Projeto de Lei do Senado n. 156 de 2009 traz em si relevantes mudanças que serão precursoras da constitucionalização do Processo Penal Brasileiro, caso sejam mantidas na redação final do novo código.

Ainda que a visão geral acerca do Projeto de Lei seja otimista, é importante salientar que a análise aqui realizada será relativa ao texto original do Anteprojeto e ao Substitutivo da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, o que pressupõe uma análise da concepção inicial do novo CPP, idealizada pela comissão de juristas que escreveu o anteprojeto e o apresentou ao Senado Federal e as primeiras modificações feitas pela CCJ.

Nesse diapasão, cumpre salientar que a análise dos dispositivos do Projeto de Lei será realizada a partir da adequação do texto processual ao sistema acusatório, adotando-se a gestão da prova como critério para caracterização do sistema, conforme delineado alhures. Isso significa dizer que a discussão será concentrada nos artigos que tratem sobre o tema proposto, deixando de lado regras meramente procedimentais.

#### *3.1.1 Estrutura do PLS n. 156/2009*

A disposição textual de um Código, por muitas vezes, facilita a compreensão da intenção do legislador.

A comissão de juristas formada para redigir o anteprojeto, em clara alusão à vinculação do projeto à Constituição da República, propôs que os primeiros sete artigos do novo Código de Processo Penal tratem apenas da base principiológica que guiará a nova Lei.

Iniciar o texto com a disposição dos princípios fundamentais do Código não é uma escolha que deve ser subestimada, pois, além de sistematizar o processo, também especifica os balizamentos teóricos adotados pelo legislador, o que permite uma interpretação sistêmica da nova Lei.

Dessa maneira, a nova codificação será iniciada (Título I do Livro I) pela disposição dos princípios fundamentais regentes da ordem constitucional e, portanto, do Processo Penal Democrático.

Foram destacados de maneira genérica os princípios fundamentais previstos na Constituição da República de 1988 e, de maneira específica, os princípios da ampla defesa, do contraditório, da proibição de excesso, da efetividade da tutela penal e da imediata aplicação da lei processual.

Salienta-se que o princípio acusatório foi explicitado no art. 4º, o qual dispõe que *“O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”*.

Vê-se, portanto, que a comissão aplica o critério da gestão da prova para caracterizar o sistema processual escolhido. No caso, frente à opção pelo sistema acusatório, está vedada a produção de provas pelo juiz, seja durante a investigação, seja na fase judicial.

Diante da explicitação de um princípio que é implícito na Carta Constitucional, Hamilton Carvalhido e Eugênio Pacelli de Oliveira esclarecem, na exposição de motivos do anteprojeto, a relevância da positivação do princípio dispositivo:

A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ser o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão *transindividual*, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer

das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. Esclareça-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na Constituição da República, a demandar ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, não se posicionam ao lado da preservação da eficiência investigatória. Quando se defere ao juiz o poder para a autorização de semelhantes procedimentos, o que se pretende é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação.<sup>68</sup>

A explicação dada pelo Ministro, mais do que delinear a tentativa de adaptação do novo CPP à Constituição, tenta evitar que os magistrados tomem a redação do art. 4º como uma restrição à devida atividade jurisdicional, uma vez que a maior resistência ao citado dispositivo, acredita-se, será encontrada junto aos juízes que ainda tomam a função jurisdicional como atividade despojada de limites.

De outra parte, a inserção taxativa do princípio acusatório na redação do Projeto confere ao Ministério Público maior responsabilidade em sua atuação, uma vez que a o juiz não mais atuará fazendo as vezes da acusação.

Desse modo, a base principiológica atua como regente do sistema processual como um todo e abre o Código com a apresentação daquilo que virá em sequência, como as modificações relativas à investigação criminal e à instrução probatória.

### *3.1.2 Investigação criminal*

Em sequência, o Título II trata da Investigação Criminal. Os artigos iniciais apresentam disposições gerais quanto ao assunto, limitando o apetite inquisitório da polícia, de modo que é concedido ao investigado livre acesso aos autos da investigação, bem como lhe é facultado identificar fontes de provas e entrevistar pessoas que possam contribuir para o esclarecimento dos fatos (investigação defensiva).

Da mesma forma, confere à autoridade responsável o dever de zelar pelo sigilo das informações relevantes ao caso e pela preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas e do investigado, destacando-se a possibilidade de que a autoridade diligencie para que as pessoas não sofram exposição pelos meios de comunicações.

---

<sup>68</sup> <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf> Acesso em 18/11/2012.

Em suma, o lugar do investigado, segundo se observa dos referidos dispositivos, é fixado como *locus* de garantias do cidadão.

Um dos pontos mais relevantes da nova investigação criminal é referente à figura do *juiz das garantias*, esmiuçada entre os artigos 15 e 17.

Ainda que a investigação preliminar siga nos moldes do inquérito policial, tentou-se distanciar o juiz da ação penal o máximo possível da fase investigativa, de modo que provas produzidas sem o devido contraditório ou até mesmo as provas ilícitas não influenciem o convencimento do magistrado que julgar o mérito da ação.

Assim, haverá um juiz que atuará apenas na fase de investigação, nos seguintes termos:

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da *Constituição da República Federativa do Brasil*;

II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 553;

III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;

IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;

V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;

VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI – decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de 37 informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

XII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 447, §1º;

XIV – arquivar o inquérito policial;

XV – outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada automaticamente.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/74696.pdf> Acesso em 19/11/2012.



O juiz das garantias não apenas representa um gestor da tramitação do inquérito, mas, também, um responsável direto e imediato das inviolabilidades pessoais dos investigados. Assim, sua atuação estará voltada a garantir que a investigação seja realizada de acordo com os parâmetros constitucionais, esvaziando-se o que há muito ocorre indevidamente nas delegacias.

A competência do juiz das garantias cessa após a propositura da ação penal, de forma que estará impedido de atuar na fase judicial o juiz que realizar qualquer ato previsto no art. 14 como função exclusiva do juiz das garantias.

Essa separação das fases de maneira bem delimitada é um dos aspectos mais relevantes da nova codificação. Acerca do tema, Casara destaca:

Registre-se que a introdução do “juiz das garantias” no direito processual penal brasileiro, a partir da constatação de que as características e a finalidade da fase de investigação preliminar (persecução penal pré-processual) mostram-se distintas do processo propriamente dito (em que se dá a persecução penal em juízo), acabará por consagrar normas de competência funcional. Tratar-se-á, aliás, da mais importante distinção funcional, do ponto de vista da técnica processual, entre os juízes penais.<sup>70</sup>

O maior problema que envolve a figura do juiz das garantias é relativo à efetivação do verdadeiro dever dessa nova figura processual, uma vez que grande parte dos agentes públicos envolvidos na esfera criminal insistem em perpetuar a lógica inquisitória, sempre atrelados à ideologia eficientista, o que torna mais difícil que a norma processual seja aplicada da maneira devida. Cabe, aqui, o entendimento de Casara:

A hipótese aqui defendida é a de que o grande problema, o principal obstáculo à concretização do “juiz das garantias”, não se dá no plano da legislação: trata-se de uma questão hermenêutica. Mesmo diante de dispositivos legais que estipulam garantias processuais e estabelecem uma competência funcional voltada ao controle do poder estatal em atenção aos direitos fundamentais, é no momento da aplicação das normas (e o texto legal, apesar de impor alguns limites semânticos, não se confunde com a norma aplicada) que se impede o sofrimento do investigado ou que se decreta, ou mantém, prisões cautelares desnecessárias; é no momento de aplicação das normas que se asseguram garantias ou se sonegam direitos. Diante de uma Constituição Federal que fez nítida opção pelo sistema acusatório, a insistência dos membros do Poder Judiciário em atuarem comprometidos com o êxito, a eficácia e os resultados da investigação preliminar revela tanto os limites de um texto legal quanto que a possibilidade, ou não, de um “juiz de garantias” deve ser compreendida à luz da hermenêutica.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> CASARA, Rubens. Juiz das garantias: Entre uma missão de liberdade e o contexto da repressão. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 171.

<sup>71</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 173.

A partir desse ponto de vista, as mudanças previstas pelo Projeto exigirão uma nova compreensão dos deveres dos magistrados, o que, de certa forma, já permite antever que a resistência às modificações será aspecto relevante para a efetivação do novo Código de Processo Penal.

Da mesma forma, as novas regras relativas ao Inquérito Policial exigirão da autoridade policial que reestruture sua atuação, pois, ainda que o Inquérito não tenha sido extirpado do novo CPP, há clara intenção de que as práticas autoritárias que ocorrem nas delegacias cedam lugar a uma investigação garantidora dos direitos individuais dos investigados.

Nesse aspecto, outro ponto de grande relevância diz respeito à possibilidade de a investigação ser realizada por outros órgãos administrativos ou pelo Ministério Público. No texto original do Projeto, não havia a previsão de que outros órgãos pudessem atuar na investigação.

Após emenda proposta à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania<sup>72</sup>, pelo então Senador Demóstenes Torres, o tema foi debatido, para que fossem inseridas expressamente as autoridades administrativas e o Ministério Público como órgãos capacitados para realizarem a investigação. O artigo foi modificado, contudo, não se achou conveniente inserir de forma expressa a possibilidade de o MP realizar a investigação, uma vez que tal disposição seria foco de grandes tensões corporativas, de forma que a emenda foi acolhida apenas no tocante à inserção da atribuição às autoridades administrativas da mesma função.

Segue fundamentação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania:

Aproveitamos parcialmente a Emenda nº 3, que acrescenta parágrafo ao art. 18 do Substitutivo. Não se nos afigura adequado que o Ministério Público exerça o papel de polícia judiciária, procedendo a investigações de forma autônoma, como se essa fosse a regra. Enquanto o STF não decidir definitivamente a questão da constitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público, não nos parece inteligente investir sobre o tema, foco de muitas tensões corporativas. Reconhecemos, todavia, que deve ser ressalvada a competência atribuída legalmente às autoridades administrativas, como consta do parágrafo único do art. 4º do CPP em vigor, que, de forma parcial, atende ao quanto proposto pela emenda.<sup>73</sup>

Assim, pertinente ao Inquérito Policial, algumas mudanças que seriam de grande relevância não foram realizadas em razão das chamadas “tensões corporativas”, uma vez que há discussões acaloradas sobre o tema entre os representantes da Polícia e do Ministério Público.

---

<sup>72</sup> <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/73446.pdf> Acesso em 22/11/2012.

<sup>73</sup> <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/74697.pdf> Acesso em 22/11/2012.

Outra emenda proposta, dessa vez pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), demonstra a resistência dos magistrados ao sistema acusatório. A emenda aditiva propunha a possibilidade de o Inquérito Policial ser iniciado mediante requisição do juiz. Tal disposição, por óbvio, contraria a essência do princípio acusatório, o que importaria na transformação da escolha feita pelo sistema acusatório em pura retórica no novo CPP. No relatório final, foi mantida a redação original do artigo, sob a seguinte fundamentação:

Recebemos também correspondência da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), preocupada com a vedação de o juiz ter a iniciativa de produção de provas. Todavia, cumpre-nos esclarecer que, no processo penal de tipo acusatório, a produção das provas cabe precipuamente às partes, devendo o juiz conservar-se em posição de equidistância, justamente em respeito ao princípio da imparcialidade. Por outro lado, não é demais ressaltar que o projeto de Código preserva a faculdade de o magistrado realizar, por iniciativa própria, diligências para esclarecer dúvida sobre as provas produzidas.<sup>74</sup>

O que se observa das emendas propostas, em especial daquelas que tratavam de mudanças no Inquérito Policial, é a tentativa de que o novo CPP reutilize práticas do sistema misto.

Um dos artigos que sofreu alterações previa a adoção do sistema hierárquico de controle do arquivamento. Segundo esse sistema, ao ser realizado o arquivamento do inquérito pelo MP, a vítima, o investigado, a autoridade policial e a instância de revisão do próprio órgão ministerial seriam informados acerca do fato. Ao não concordar com as razões do arquivamento, a vítima poderia, em 30 dias, submeter a questão à revisão pela instância competente do Ministério Público (Conselho Superior, órgão colegiado).

A emenda proposta argumentava que, se o arquivamento do inquérito policial é decidido no âmbito do Judiciário, não há como a vítima, seu representante ou terceiros interessados, não concordando com o arquivamento, submeterem a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial. Assim, a sugestão de redação voltou àquela já apresentada no artigo 28 do CPP de 1941, qual seja, a decisão final recai sobre as mãos do Procurador-Geral, cargo político, o que pode comprometer a idoneidade do arquivamento.

Marco Aurélio Nunes da Silveira, ao tratar do tema, assume o seguinte posicionamento:

A alteração nos parece grave, eis que, por um lado, perde-se a oportunidade de se privilegiar a vítima na persecução penal e, por outro lado, não se ignora que a autoridade que exerce a palavra final, em relação ao arquivamento, é nomeada politicamente, com intervenção direta do chefe do poder executivo.

---

<sup>74</sup> <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/74697.pdf> Acesso em 22/11/2012.

É necessário, pois, que o controle do arquivamento seja realizado por outro órgão do ministério público, para que não se possa por em causa sua presunção de imparcialidade.<sup>75</sup>

Contudo, ainda que pareça mais adequada, a idéia originária prevista no anteprojeto foi substituída por um texto muito similar àquele disposto no CPP de 1941<sup>76</sup>.

Por fim, quanto à investigação preliminar, resta ainda falar sobre o juízo de admissibilidade da acusação, ponto que tem gerado algumas discussões.

Foi mantida no relatório final a redação original do anteprojeto que dispõe que o Inquérito Policial será objeto de análise pelo juiz do processo, que proferirá juízo de admissibilidade da acusação e prosseguirá atuando no feito, mediante a realização da instrução e do julgamento.

O modelo previsto prejudica a estrutura acusatória, uma vez que o juiz do processo tomará decisão de tamanha importância mediante análise das provas produzidas nas investigações preliminares, o que, ao que parece mais razoável, deveria ser realizado pelo juiz das garantias.

Ainda que o mais adequado seja que o juiz do processo sequer entre em contato com o teor do Inquérito Policial, a total desvinculação da investigação preliminar dos autos do processo não é algo que aconteceria facilmente. Contudo, esperava-se o máximo afastamento do juiz da ação penal daquilo que foi produzido sem a observação do devido processo legal durante a fase policial.

É de se ressaltar que o Inquérito Policial apresentou mudanças importantes, porém, diversos problemas que poderiam ser resolvidos com a chegada do novo Código de Processo Penal foram ignorados e suas causas foram mantidas intactas, infelizmente.

### *3.1.3 Instrução probatória*

---

<sup>75</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Notas sobre o Inquérito Policial no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). Vol. 2. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 63.

<sup>76</sup> Redação do Substitutivo: “Art. 37. O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena

Parágrafo único. O juiz das garantias, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Da mesma forma como foram analisadas as disposições gerais acerca da questão probatória no CPP de 1941, pertinente trazer à discussão os dispositivos correspondentes ao tema dispostos no PLS n. 156/2009.

O anteprojeto redigido pela comissão de juristas sofreu algumas modificações relativas à prova, as quais, por vezes, significaram avanços e, por vezes, retrocessos.

Os dispositivos que tratam do tema estão dispostos no Título VIII, o qual se inicia com o capítulo referente às disposições gerais relativas às provas.

Frente à acusatoriedade do sistema, o anteprojeto redigido pela comissão de juristas tratou a questão probatória de maneira adequada às finalidades de um processo regido pelo princípio acusatório, contudo, algumas alterações foram realizadas e alguns traços do sistema inquisitório ainda se fazem presentes. Veja-se.

A iniciativa probatória, no sistema acusatório, como já se viu, é exclusiva das partes, contudo, nos dispositivos do vigente Código de Processo Penal, confere-se ao juiz essa capacidade de instruir o feito, por meio de diligências.

Segundo o anteprojeto apresentado inicialmente pela comissão de juristas, a redação do citado artigo seria modificada, dispondo sobre o assunto nos seguintes termos:

Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.

Após a apresentação das emendas e a apresentação do relatório final da CCJ, a nova redação do artigo modificou o parágrafo único, de modo que, mais uma vez, fez-se do princípio acusatório mera retórica, uma vez que a nova redação é, na verdade, semelhante à redação do CPP de 1941 após as reformas, qual seja:

Art. 165. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.

Dessa forma, será facultado ao juiz determinar diligências, antes da sentença, com a finalidade de esclarecer dúvida quando às provas produzidas, o que se torna uma possibilidade de que o juiz atue além de suas funções e promova a diligência com o objetivo de instruir o processo.

Assim, já se observa que, da redação inicial, mais atenta à necessidade de serem adequados os dispositivos que tratam da prova ao sistema acusatório, foram realizadas mudanças que agregam aspectos inquisitórios ao Processo Penal, de modo que

a revisão do anteprojeto pelas casas do Congresso Nacional ainda pode modificar a concepção inicial do projeto relativamente à congruência do sistema.

Na sequência, trata-se da prova ilícita.

O anteprojeto apresentou redação simplificada quanto ao tema, de modo que silenciou quanto à aplicabilidade da teoria das fontes independentes, bem como da descoberta inevitável como excludentes da ilicitude das provas. A redação apresentava a seguinte disposição:

Art. 167. São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos e as delas derivadas.

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, contudo, apresentou-se favorável à emenda que sugeriu a inserção de mais dois parágrafos que tratassem das excludentes de ilicitude, os quais teriam a seguinte redação:

§ 2º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por fonte independente das primeiras.

§ 3º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Contudo, após reanálise do Substitutivo apresentado pela CCJ, a Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, apresentou a seguinte fundamentação para que o texto proposto inicialmente não fosse modificado, prevalecendo, neste caso, os ditames constitucionais:

O Senador Antonio Carlos Valadares propõe nova redação para o art. 164 do Substitutivo aprovado em Plenário ao PLS nº 156, de 2009, para torná-lo mais simples e harmônico com o texto consagrado no inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal. Aponta o Senador que a emenda atende a uma solicitação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que entendeu que as exceções contidas nos parágrafos 2º e 3º do Substitutivo acabam por invalidar a norma constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, tantas as ressalvas à regra geral que estabelecem.<sup>77</sup>

Assim é que o texto encaminhado à Câmara dos Deputados, ao menos quanto ao artigo supracitado, apresentou maior coerência ao escopo do novo Código de Processo Penal, uma vez que não cedeu à resistência apresentada pela CCJ.

Entretanto, alguns juristas apontam para o fato de que o silêncio quanto ao tema pode não ser interpretado como um impedimento para que se continue a admitir a aplicabilidade de excludentes de ilicitude, visto que há algum tempo o STF aceita a possibilidade de sua utilização para que a prova seja considerada lícita.

---

<sup>77</sup> <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84353&tp=1> Acesso em 25/11/2012.

E, da mesma forma, ressalta-se que o silêncio, especialmente quanto ao tema da descoberta inevitável pode dificultar a atuação do magistrado, uma vez que este pode se remeter à redação do antigo Código, a qual foi infeliz ao tratar do tema. Ou seja, ainda que a nova redação esteja adequada aos ditames constitucionais, para alguns autores, o novo CPP poderia usar a oportunidade para melhor delimitar essas questões.

Assim pondera Nascimento:

[...] a omissão relativamente a ressalva das provas derivadas das obtidas por meio ilícito que decorrem de fonte independente ou de descoberta inevitável significará que estas soluções estão sendo retiradas do sistema? [...] É de se recordar que antes da previsão expressa da reforma implantada com a Lei n. 11.690/2008 já se aceitava essas ressalvas condicionantes do reconhecimento da ilicitude derivada como inerentes ao sistema. A redação legislativa não foi feliz, pois trata ausência de causalidade como fonte independente desconsiderando que nesta situação sequer se poderia falar em ilicitude derivada, o que se busca resguardar é uma fonte relativamente independente que por si só produziria o resultado e aborda a descoberta inevitável de modo muito amplo. Não há necessidade de que estas ressalvas estejam expressas em lei, mas a sua conformidade constitucional depende, no caso da descoberta inevitável, de que a apuração que se deduz pudesse levar à prova tenha sido deflagrada antes da prova obtida por meio vedado, para evitar que se possa construir *a posteriori* justificativas de ilicitudes cometidas.<sup>78</sup>

Benéfico, também, o entendimento previsto pelo projeto que dispõe que o juiz deverá formular seu convencimento a partir das provas produzidas sob o contraditório, não mais sendo possível que se utilize dos elementos colhidos do Inquérito Policial quando coerentes com as demais provas processuais.

A redação do artigo ainda prevê a impossibilidade de serem utilizados indícios como fundamentos para a existência de um fato, bem como a necessidade de os depoimentos dos co-autores ou partícipes serem coerentes às demais provas, evitando-se a valoração exacerbada da prova oral. Segue a nova redação:

Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.

§ 1º A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes.

§ 2º As declarações do coautor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova colhidos em juízo que atestem sua credibilidade.

Por fim, permanecem previstas as provas emprestadas como meio hábil a se instruir o processo, sob a condição de que tenha participado do contraditório aquele

---

<sup>78</sup> NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. A limitação dos meios de prova: Prova ilícita de iniciativa da defesa. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 100.

contra quem a prova será utilizada. Mais uma vez, fez-se presente o entendimento acolhido pelos tribunais superiores. Veja-se:

Art. 169. Admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada.

§ 1º Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou a remessa de cópia autenticada.

Conforme já foi dito, durante o processo legislativo verificaram-se avanços e retrocessos, porém, importante que as modificações que ainda estão por vir não desvirtuem ainda mais o propósito originário do anteprojeto: a adequação constitucional do novo Código de Processo Penal.

### **3.2. Desafios para a efetivação do sistema acusatório**

O maior desafio a ser enfrentado pelo novo Código de Processo Penal é relativo à atuação dos aplicadores do Direito. Isso porque a formação jurídica ainda está atrelada a concepções conservadoras do Direito, especialmente quanto aos temas relacionados ao Direito Criminal.

A proposta de novo Código de Processo Penal apresenta modificações relevantes quanto à atuação do juiz e das partes durante o processo, o que não se restringe, por óbvio, a mudanças puramente procedimentais, mas, também, a mudanças relativas ao comportamento de magistrados, promotores e advogados quanto à compreensão das próprias funções.

Ainda que a mudança legislativa seja reflexo tardio da promulgação da Constituição da República em 1988, a mudança epistemológica que ocorreu à época da Constituinte não trouxe consigo, do dia para a noite, a efetivação de direitos básicos do cidadão. A CR/88 teve papel fundamental para que o caminho da democratização fosse iniciado, porém, dentro de um sistema jurídico que possuía e ainda possui traços autoritários, sua eficácia em diversos temas restou prejudicada.

Também não se deve esquecer que a transformação social traz a necessidade de adaptação legislativa, mas, por vezes, somente a positividade do impensável é capaz de trazer progresso na efetivação de direitos, especialmente o direito das minorias.

Nesse sentido, é indispensável observar que as mudanças legislativas advêm, em última instância, de um processo de deslocamento epistemológico e, por óbvio, tal deslocamento somente é possível mediante a observância da falácia das verdades jurídicas e da exposição das relações de força e poder que as sustentam factual



e simbolicamente. Assim, o movimento de transformação da lei poderá se iniciar por meio desse processo que é, essencialmente, político.

Contudo, há que ser dito: a quebra das barreiras do senso comum teórico não é fácil e a permeabilidade de tais barreiras à heterodoxia de novos métodos e resultados é desanimadora. Dessa maneira, as mudanças legislativas podem apresentar pouca significação caso os ditos operadores do direito não atuem politicamente na produção teórica.

Isso porque, o cientificismo exacerbado da dita Ciência do Direito tem impedido a compreensão dos sistemas de significações de que a sociedade é composta, o que impossibilita a comunicação com o que é político, visto que conceituar o objeto analisado passa a ter mais valor que o próprio objeto, restringindo sua análise.

Para os operadores do direito, muitas vezes, o rigor de um cientificismo vazio é mais importante que a possibilidade de incursão de aspectos políticos cruciais no mundo jurídico.

Vive-se uma época de “verdades” questionáveis, porém, poucos são capazes de questioná-las, pois a padronização do pensamento é envolta por discursos deveras sedutores para aqueles que se acomodam em seus papéis previamente estipulados na estrutura de poder que os sustenta. Os juristas coadunam com a referida padronização, reproduzindo um saber conservador e ortodoxo que barra mudanças de natureza democrática, pois nega a permeabilidade política em seu discurso, assumindo um papel científico apenas.

Nada mais oportuno, portanto, destacar a fala de Luís Alberto Warat ao tratar do senso comum teórico dos juristas:

É importante ressaltar que o deslocamento epistemológico não deve ser realizado nem pela supremacia da razão sobre a experiência, tampouco da experiência sobre a razão, mas sim, pelo primado da política sobre ambas. Portanto, a análise das verdades jurídicas exige a explicitação das relações de força, que formam domínios de conhecimento e sujeitos como efeitos do poder e do próprio conhecimento. A ortodoxia epistemológica do direito não realiza a análise acima referida, visto que está preocupada, - como o restante da epistemologia das ciências sociais - com o enclausuramento lógico referencial dos discursos produzidos em nome da ciência. Com isso, aliena o conhecimento científico em sua expressão material, como acontecimento significativo, politicamente determinado. Assim, a ortodoxia epistemológica reduz as significações a conceitos. Trata-se de uma demarche conceitual, que procura colocar, fora de dúvidas e fora da política, a fala da ciência.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *In*: Revista Sequência, n.º 5, junho de 1982 - p. 48-57.

A justificativa para tal deslocamento, assim como se deu na Constituinte de 1988, deve partir do primado político de que trata Warat, pois somente mediante a compreensão das estruturas de poder que comportam a manutenção da lógica atual que rege o Direito Penal e Processual Penal é que se pode dar início a uma mudança com viés verdadeiramente crítico.

O novo discurso que a Carta Constitucional de 1988 trouxe, o qual funda a necessidade de modificações na legislação infraconstitucional, ainda não se encontra efetivado. Segundo a compreensão de Warat, o processo de reconhecimento do discurso constitucional pode ou não se efetivar, o que não necessariamente apresenta relação com a produção do mesmo. É preciso, contudo, compreender o processo de interpretação discursiva, isto é, refletir sobre os problemas derivados da passagem da produção ao reconhecimento.

Nesse ponto, importante destacar a fala do autor quanto ao reconhecimento do discurso constitucional:

Enfim, as funções constitucionais se exercitam a partir de uma gramática de seu reconhecimento discursivo. Esta gramática não pode ser exclusivamente normativa, sustentada na lei. As funções constituintes como reconhecimento discursivo, apresentam-se intertextualizadas através de uma microfísica de processos de recepção discursiva: político-econômicos, educacionais, científicos, junto com outra gama de discursos como seria o da sexualidade, da psicanálise, da saúde, etc. Nesta linha de raciocínio me interessa ponderar que o saber jurídico com suas crenças, mitos, ficções e fetiches, desempenha funções constitucionais substantivas maiores que as derivadas dos sentidos da lei, dados exclusivamente a partir de sua gramática de produção com uma total omissão de seu circuito comunicativo. No saber jurídico encontraremos as claves interpretativas que facilitaram a passagem da produção ao reconhecimento das significações jurídicas. Certamente esta passagem não será linear, poderá ser baseada nas crenças imobilísticas da ortodoxia jurídicista e apoiadas nas formas de racionalidade, na gramática que vem gerando — conforme o rótulo aqui adaptado — “o pensamento jurídico insatisfeito”.<sup>80</sup>

Portanto, as funções constitucionais não se cumprem com exclusividade no nível das normas constitucionais. Uma Carta Constitucional não gera autonomamente suas significações. Esse sentido advém da totalidade do sistema normativo positivado. Contudo, isto apenas se refere ao sentido constitucional formal, uma vez que o sentido material é encontrado na história que é o aspecto determinante dos atos de interpretação.

Assim, falar em materializar o texto constitucional está diretamente ligado à interpretação que se dá a ele e essa interpretação é fruto do desenvolvimento histórico de um Estado. Segundo Warat,

---

<sup>80</sup> WARAT, Luís Alberto. As funções constitucionais do saber jurídico e os caminhos da transição democrática. *In: Revista Sequência*, n.º 12, 1986, p. 47-54.

prisioneiros das ficções juricistas, somos predominantemente levados a reduzir as funções constitucionais a um plano meramente formal e de sentidos descontextualizados: dados em textos legais desprovidos de história. Reivindicar o caráter substantivo das funções constitucionais implica a replantação da totalidade do ordenamento legal na história.<sup>81</sup>

Nesse aspecto, insta relacionar o histórico ao político e referenciar a interpretação constitucional a uma compreensão democrática que legitime as práticas provenientes dessa nova hermenêutica.

O saber jurídico, por esse viés, é de enorme relevância. Porém, aqui não se está falando do saber dominante dos juristas que impregna as academias e tribunais, está se falando do saber divergente, que “exercita por ele mesmo funções constitucionais substantivas”.<sup>82</sup>

Nesse contexto, pode-se utilizar o argumento acima disposto para que se avalie a mudança que o novo Código de Processo Penal quer realizar.

Conforme já se ressaltou alhures, o grande objetivo do anteprojeto apresentado pela comissão de juristas é a constitucionalização do Processo Penal Brasileiro. Tal intenção, no entanto, não é garantia de que a interpretação dada a essa nova norma vai conferir efetividade à Constituição nas práticas processuais penais.

O maior temor relativo ao novo CPP é referente à manutenção da lógica conservadora sobre a lógica crítica, vez que será necessária uma nova compreensão, especialmente por parte dos juízes, quanto ao papel que terão que desempenhar. O novo CPP não quer restringir a atividade jurisdicional, mas sim demarcar as funções de cada uma das partes do processo a fim de garantir a acusatoriedade prevista pela CR de 1988.

Contudo, seja pela costumeira prática dos magistrados de produzirem as provas do processo, seja pela sanha condenatória que cega muitos juízes e promotores (e, também, a sociedade), teme-se pela eficácia do novo Código, pois é possível que a mudança seja realizada nos mesmos moldes de um *isomorfismo reformista* já alertado por Foucault<sup>83</sup>, em que há uma reposição reiterada do mesmo projeto fracassado.

Frente ao fato de que nem sequer se chegou à redação final do novo CPP e que diversas modificações ainda podem ser efetuadas pela Câmara dos Deputados, ainda não é possível avaliar se o conteúdo do código continuará primando pela Democracia Processual.

---

<sup>81</sup> Id., Ibid., p. 50.

<sup>82</sup> Id., Ibid., p. 54.

<sup>83</sup> FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 35ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 195-254.

Assim, a maior ameaça aos intentos da nova codificação é, sem dúvida, o senso comum teórico dos juristas, os quais se negam a ver a falibilidade (ou falência) do sistema processual que se mantém vigente há 71 anos.

É preciso que se observe o poder social desse senso comum teórico dos juristas, que se reproduz incessantemente.

Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz “off” do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam. A grosso modo, podemos dizer que os hábitos semiológicos de referência encontram-se constituídos: por uma série móvel de conceitos, separados, estes últimos, das teorias que os produziram; por um arsenal de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias; por opiniões costumeiras; por premissas não explicitadas e vinculadas a valores; assim como, por metáforas e representações do mundo. Todos estes elementos, apesar de sua falta de consistência, levam a uma uniformidade última de pontos de vista sobre o direito e suas atividades institucionais. Os juristas chamam esses hábitos semiológicos de ciência, conseguindo, com isto, a uniformidade dos pontos de vista em nome da verdade. Uma verdade que foi construída em luta contra as representações costumeiras e que, no entanto, volta como um grau diferente dessas mesmas representações.<sup>84</sup>

Para se evitar que essa “luta contra as representações costumeiras” não se transfigure em mais uma das verdades uniformizadoras do senso comum jurídico, é preciso dar força de Lei à lei e demarcar lugares e funções dentro do processo, retirar juízes da autoimagem divinizada que tudo pode, dar voz à defesa em paridade à voz que é dada à acusação, garantir direitos individuais e zelar pela democracia processual.

O anteprojeto de Código de Processo Penal apresenta aspectos relevantes que o aproximam desse ideal. Dessa forma, ainda que haja resistência, é imprescindível que ele seja debatido e promulgado, bem como se mantenha fiel ao ideal político que o rege. É preciso construir o novo, pois, há muito, o Estado Brasileiro padece de carência de democracia processual.

---

<sup>84</sup> WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *In*: Revista Seqüência, n.º 5, junho de 1982, p. 48-57, p. 54.

## CONCLUSÃO

As mudanças são inevitáveis. Seja em razão do transcurso do tempo, implacável em sua ação transformadora, seja em razão da imposição do novo pelos homens que não se acomodam ao local confortável do não pensar.

A base autoritária do Processo Penal Brasileiro não mais se sustenta. Ainda que bradem os conservadores, não há mais lugar para o autoritarismo estatal. A necessidade de mudança é um reclame histórico e a legislação não pode refletir um passado que se deseja esquecer.

Por mais que a modificação do sistema processual não represente a modificação da mentalidade inquisitória que norteia a atuação de grande parte dos operadores do direito, a demarcação do lugar das partes e do juiz dentro do processo, por meio da positivação dessas funções, pode dar início a uma nova compreensão de como ocorrerá o processo.

A positivação, de maneira explícita, do sistema acusatório tornou-se necessária em vista do constante desrespeito às diretrizes constitucionais. Não se trata de uma mudança repentina e abrupta, pois desde 1988 o sistema adequado ao Estado Democrático de Direito é o acusatório, não cabem mais questionamentos quanto a isso.

Difícil será destituir a paranoia que se desenvolveu em torno do Processo Penal, em que a sanha punitivista tomou proporções irracionais. A lógica foi subvertida e o Estado patrocina o desrespeito às garantias individuais daqueles que são excluídos das práticas neoliberais e, por isso, as ameaçam.

A busca incessante pela reconstrução da Verdade é mais um dos sintomas desse quadro paranoico e que também terá que ser desconstruída, pois não é compatível com um sistema acusatório em que o juiz não tem esse dever e, muito menos, esse interesse.

O CPP de 1941 ainda traz consigo regras de caráter inquisitório que possibilitam que a responsabilidade de produção da prova seja distribuída entre acusação, defesa e juiz, sem falar na possibilidade de que, por vezes, o Inquérito Policial seja utilizado como tal. No entanto, após a mudança proposta pelo anteprojeto, essas concepções terão de ser desconstruídas e o jurista terá de se abrir para o novo.

O novo CPP não será a solução de todos os problemas do Processo Penal, porém, deve-se ressaltar, a discussão de certos temas e a inserção destes na legislação

permite a transformação do novo Código de Processo Penal em um lugar de luta política. Sem dúvidas, é esse o aspecto mais relevante do projeto.

Dessa forma, discussões que se davam exclusivamente no âmbito da produção acadêmica ganham espaço na prática jurídica e legislativa, o que permite observar que o caminho até aqui traçado por muitos críticos desse sistema processual posto e conformado está ganhando força em espaços em que tais discussões eram impensáveis.

A transposição da crítica acadêmica ao Congresso Nacional configura um verdadeiro avanço. Não se ignora, contudo, que ainda há um caminho tortuoso a percorrer, mas, ao que parece, pela primeira vez, o caminhar está direcionado para a constitucionalização do Processo Penal.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm).

\_\_\_\_\_. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei n. 2.848 de 7 de setembro de 1941. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm).

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 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).

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 156/2009 do Senado Federal**. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>

BUSATO, Paulo César. **De Magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos do processo em um sistema acusatório**. p 103-124. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

CARNELLUTI, Francesco. **Verdade, dúvida e certeza**. Trad. Eduardo Cambi. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, n. 9, p. 606-609, 1998.

\_\_\_\_\_. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano Editore, 1960.

CASARA, Rubens. Juiz das garantias: **Entre uma missão de liberdade e o contexto da repressão**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010

CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Vol. 1. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2002.

\_\_\_\_\_. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: cada parte em seu lugar constitucionalmente demarcado**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal)**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Coord.: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo.** Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro.** Revista de estudos criminais, Porto Alegre, Notadez, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001.

\_\_\_\_\_. **Glosas ao Verdade, dúvida e certeza de Francesco Carnelutti para operadores do direito.** In: Revista de Estudos Criminais, n. 14., p. 77-94, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>. Acesso em 18/11/2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão.** Tradução: Raquel Ramallete. 35ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

FREITAS, Juarez; ROCHA, Leonel Severo. **Interpretação sistemática do direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas.** 1994. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1(18), p. 15-26 - jan./jul.2005, p. 15-16.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro.** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR. Vol. 39, 2003, p. 109-123.

JARDIM, Afrânio Silva. **O papel do poder judiciário em face do sistema processual penal acusatório.** In: Revista Justitia, São Paulo, APMP, p. 71-74, jul-set 1989.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional,** volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil. v. 1: teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **A limitação dos meios de prova: Prova ilícita de iniciativa da defesa.** In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal).** Vol. 2. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.



OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 195.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Quando se fala de juiz no novo CPP de que juiz se fala?** In: O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 125-129.

\_\_\_\_\_. **Fragmento de melancolia: aproximações sobre a glosa de ‘verdade, dúvida e certeza’, de Carnelutti**. In: Informativo INCIJUR, Joinville, set. 2004, p. 10-11

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Notas sobre o Inquérito Policial no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal)**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

WARAT, Luis Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. In: Revista Seqüência, n.º 5, junho de 1982 - p. 48-57.

\_\_\_\_\_. **As funções constitucionais do saber jurídico e os caminhos da transição democrática**. In: Revista Seqüência, n.º 12, 1986, p. 47-54.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.