

ANDRADE E SILVA DANIELLE SOUZA DE

**A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL
ACUSATÓRIO**

MESTRADO EM DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – UFPE

Recife – 2003

**A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL
ACUSATÓRIO**

DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA

**A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL
ACUSATÓRIO**

*Incongruências no sistema brasileiro em
decorrência do modelo constitucional de 1988*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, como exigência parcial para conclusão do curso de Mestrado em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Nilzardo Carneiro Leão

RECIFE

2003

SILVA, Danielle Souza de Andrade e.

A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988.

Recife, 2003. 142 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal de Pernambuco.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Nilzardo Carneiro Leão.

RESUMO

A Constituição brasileira de 1988, pródiga na outorga de direitos processuais fundamentais, traçou um modelo de processo penal publicista que se reconhece como acusatório. A institucionalização do Ministério Público, com o monopólio da ação pública, além da constitucionalização da advocacia e das defensorias públicas, fortaleceram o chamado “processo de partes”, retirando-se o julgador de atividades tipicamente “acusadoras”, em prol da indispensável imparcialidade. Nada obstante, a interpretação do processo como garantia de liberdades não tem sido atingida na prática. O apego ao dogma da verdade real, com a atribuição, por lei, de vastos poderes instrutórios ao magistrado, faz comprometer a acusatoriedade do sistema e romper a paridade de armas, em geral, em detrimento do acusado. Propõe-se uma revisão legislativa, com releitura do papel do Estado-juiz na persecução penal, em ordem a compatibilizá-lo com os cânones constitucionais, valorizando a sua nobre missão de dirimir conflitos de interesses, sem comprometimento com qualquer das partes. Para tanto, necessário se afaste o julgador das atividades administrativas de investigação, pois tal sistemática, comum nos países que adotam os Juizados de Instrução, não se amolda bem ao escopo garantístico do processo. Ao magistrado deve reservar-se, no curso da apuração prévia, a função de preservar direitos fundamentais, atuando, na persecução judicial, como estimulador do contraditório quanto às provas apresentadas, promovendo atividade instrutória supletiva, sempre que reste dúvida sobre elementos do material probatório colhido.

PALAVRAS-CHAVE

sistema acusatório – devido processo legal – imparcialidade do juiz – verdade real – investigação criminal – inquérito policial – controle externo – juizado de instrução – ônus da prova – princípio dispositivo.

Banca Examinadora

Dra. Margarida de Oliveira Cantarelli

Dr. Ricardo de Brito A. P. Freitas

Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. DIREITO E VERDADE.....	6
2.1 O PROBLEMA DA VERDADE NO DIREITO. UMA VERDADE REAL?	6
2.1.1 <i>A Teoria do Conhecimento e suas bases</i>	8
2.1.2 <i>Sobre o critério da verdade</i>	10
2.1.3 <i>Uma Teoria do Conhecimento Jurídico</i>	12
2.2 O RELATIVISMO CIENTÍFICO E A INTANGIBILIDADE DO ERRO.....	13
2.3 DESMISTIFICANDO A VERDADE: POSIÇÃO DA DÚVIDA NA PÓS-MODERNIDADE CIENTÍFICA	15
2.4 A TÉCNICA DA ARGUMENTAÇÃO NO DISCURSO JURÍDICO	17
2.5 A VERDADE PELO PROCESSO	20
3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS GRANDES SISTEMAS INFORMADORES DO PROCESSO PENAL E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA BRASILEIRO	23
3.1 SISTEMA ACUSATÓRIO	24
3.2 SISTEMA INQUISITORIAL	28
3.3 SISTEMA MISTO	32
3.4 O TEMA NO DIREITO COMPARADO: OS EXEMPLOS DO JUIZADO DE INSTRUÇÃO E DO MODELO DO DIREITO ANGLO-SAXÔNICO	34
3.5 CONCLUSÕES SOBRE O FUNCIONAMENTO DOS SISTEMAS.....	36
3.6 EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	38
3.6.1 <i>Período das Ordenações</i>	38
3.6.2 <i>Código de Processo Criminal do Império</i>	40
3.6.3 <i>Legislações processuais penais dos Estados</i>	41
3.6.4 <i>Código de Processo Penal de 1941</i>	42
3.6.5 <i>Tendências atuais</i>	44
4. CONSAGRAÇÃO DO MODELO ACUSATÓRIO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988	46
4.1 REPERCUSSÃO DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS NA CONFORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL HODIERNO.....	48
4.1.1 <i>O devido processo legal</i>	48
4.1.2 <i>Garantia da igualdade: necessidade do paralelismo entre acusação e defesa</i>	53
4.1.3 <i>A ampla defesa</i>	54
4.1.4 <i>A imparcialidade do juiz</i>	57
4.2 NOVA DIMENSÃO DAS FUNÇÕES DOS AGENTES DA JUSTIÇA CRIMINAL EM FACE DA TITULARIDADE EXCLUSIVA DA AÇÃO PENAL PÚBLICA: SEPARAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E JURISDIÇÃO	59
4.2.1 <i>O Ministério Público</i>	59
4.2.2 <i>A Polícia de Investigação</i>	67
4.2.3 <i>O advogado e a Defensoria Pública</i>	73
5. O NOVO PAPEL DO JULGADOR NA PERSECUÇÃO PENAL	77
5.1 ATUAÇÃO NA PERSECUÇÃO CRIMINAL EXTRAJUDICIAL: O JUIZ COMO GARANTIDOR DA LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO.....	78
5.1.1 <i>A participação do julgador na instauração e na condução das investigações</i>	79
5.1.2 <i>A valoração do magistrado quanto ao arquivamento do caso</i>	80
5.2 ATUAÇÃO NA ESFERA JUDICIAL	82
5.2.1 <i>O princípio dispositivo e o princípio da livre investigação das provas; verdade formal e verdade real</i>	88
5.2.2 <i>Reflexos do dirigismo probatório no julgamento: a quebra da imparcialidade</i>	92

6. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO LEGISLATIVA. PROPOSTAS DE REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA	94
6.1 PONTOS CRÍTICOS.....	94
6.2 DISPOSITIVOS EM ESPÉCIE: INGERÊNCIA DO JULGADOR NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE INVESTIGAÇÃO DO DELITO E NA ATUAÇÃO JUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	95
6.3 PROPOSTAS DE REFORMAS NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL: A SUPRESSÃO DOS INSTRUMENTOS INCONSTITUCIONAIS E A ADOÇÃO DOS INSTITUTOS DA MODERNA PERSECUÇÃO CRIMINAL	104
6.4 SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. REDIMENSIONAMENTO DO PAPEL DO JULGADOR NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA PENAL.....	106
7. CONCLUSÃO.....	110
8. ANEXOS	113
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	131
9.1 LIVROS.....	131
9.2 ARTIGOS	136
9.3 DISSERTAÇÕES E TESES	139
9.4 INTERNET	139
9.5 LEGISLAÇÃO	140

1. INTRODUÇÃO

O estudo do processo penal, sob uma perspectiva histórica, demonstra a sua evolução desde o sistema acusatório liberal-individualista romano, passando pelo arcabouço inquisitorial, em que o juiz formulava a acusação e perquiria a prova, até a adoção dos institutos do sistema acusatório público moderno, justamente em função de que foi erigida a sua autonomia científica. Essa evolução publicista em direção a um processo de partes, com separação das principais atividades processuais – acusar, defender e julgar–, possibilitou-a, sobretudo, a criação de uma instituição independente, o Ministério Público,¹ a quem foi cometida a função acusadora, desvinculando-se o juiz dessa atividade e, em consequência, resguardando-se-lhe a imparcialidade, que constitui princípio fundamental do processo criminal.

Não obstante, ainda se fazem sentir resquícios fortes do chamado processo inquisitivo, com a assunção pelo julgador, em alguns episódios, de poderes instrutórios amplos, sob o pálio da tão propalada “busca da verdade real ou material”. Essa adjetivação da verdade que se quer alcançar com o processo, conquanto ainda recorrente entre os juristas, parece-nos infeliz, seja pela natural impossibilidade de reconstituição perfeita dos fatos trazidos a juízo em todos os casos, seja porque, em qualquer situação, a verdade da decisão será mesmo ditada pelo processo, pelo encontro dialético das partes, com oportunidades equânimes de apresentação de provas e contra-argumentação.

O Prof. AFRÂNIO SILVA JARDIM, inspirado nas lições do processualista italiano LIEBMAN, ensina que “a grande dificuldade do processo penal moderno é compatibilizar este indispensável princípio da imparcialidade do Juiz, com a busca da verdade real ou material, na medida em que a outorga de poderes instrutórios pode, ao menos psicologicamente, atingir a sua necessária neutralidade”.²

¹ Sobre o aparecimento do Ministério Público tal como se o concebe hoje, delimita o Prof. OLÍMPIO COSTA JUNIOR: “Coerentemente, também não buscaremos o ‘princípio vital’ do Ministério Público fora do campo jurídico, se percebermos que ele só começa a se afirmar como órgão imparcial, munido da independência que lhe é indispensável, a partir do advento do que se convencionou chamar ‘Estado de direito’ (para muitos, ‘Estado democrático’), que se caracteriza, de resto, pela impregnação total do jurídico na estrutura ôntica do poder, ou melhor, pela ‘juridicização de todas as esferas da atividade estatal’”. Cf. COSTA JUNIOR, Olímpio. *Natureza e função do Ministério Público: sua ascensão nas democracias, sua desgraça nas ditaduras*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1978, p. 10.

² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10 ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Forense, p. 40.

Esse o desafio do processo acusatório moderno, cuja estruturação permite-nos identificá-lo, mais do que um método de descobrimento da verdade possível, como instrumento de garantia e resguardo dos direitos individuais, sem prejuízo da manutenção do interesse do Estado na defesa social, através da proteção de bens jurídicos que há por bem tutelar. Intermédio entre o processo acusatório extremamente individualista e o repudiado inquisitório, o processo penal moderno criou mecanismos para que a atividade jurisdicional se faça de forma justa, independente de interesses privados, retirando o juiz das funções persecutórias, sem, no entanto, descurar o Estado da *persecutio criminis*, o que se fez possível com a institucionalização do Ministério Público. Assim, pretende-se equacionar os interesses *liberdade e segurança*, através de uma reforma interpretativa do processo, mostrando que as garantias processuais não são meros instrumentos “a serviço do réu”, como soem ser criticadas, mas ditam as linhas mestras para o correto exercício da jurisdição, voltado à aplicação dos postulados de uma ordem jurídica justa. Urge interpretar a legislação processual a partir da Constituição, e não o contrário.³

Centrando a atenção especificamente no sistema brasileiro, vê-se que imerge na tendência mundial de adoção do sistema acusatório, atribuindo relevante papel ao Ministério Público, figura do Estado encarregada da acusação, no início da ação penal, ao que se alia a função de *custos legis*, durante todo o desenrolar do processo.

Verificar-se-á como tendência geral de nossa legislação a de purificar ao máximo o sistema acusatório (embora o modelo puro seja algo de difícil, quiçá impossível, alcance), entregando a cada sujeito processual (acusador, acusado, julgador) funções não somente precípuas, mas exclusivas, conferindo-se ao réu a segurança de um processo penal mais democrático, à medida que o julgador tem integralmente preservada a sua imparcialidade.

O tema objeto desse trabalho, centrado que é no papel do juiz na condução do processo (desde a sua participação na fase investigativa, que antecede a judicial propriamente dita) e suas limitações quanto à produção da prova criminal, será abordado de forma integrada com os princípios informadores do modelo brasileiro de aplicação da lei

³ Essa nova visão interpretativa diz com a idéia de um processo constitucional, um instrumento não puramente técnico, mas sobretudo ético e político, de atuação da justiça e garantia de liberdade, cumprindo, assim, sua vocação primeira, a de efetivação dos direitos materiais. A Constituição, resultante do equilíbrio das forças políticas existentes em um dado momento histórico, constitui-se “no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios”.

penal erigido na Constituição de 1988. Tratar-se-á das novas feições dos agentes (estatais) da persecução criminal – juiz, membro do Ministério Público, defensor público e autoridade policial –, com especial atenção ao alcance das atividades instrutórias do juiz em um processo penal informado de características acusatórias, a fim de delinear o autêntico papel do julgador no sistema posto, expondo-se algumas degenerescências ainda persistentes no ordenamento, com as sugestões para possíveis soluções.

A dissertação encontra-se didaticamente fracionada em cinco partes, ou capítulos. Na primeira, intenta-se analisar a medida da importância da busca da verdade no Direito, através do instrumento do processo; na segunda, vale-se do elemento histórico – indispensável à compreensão de qualquer ciência social – para descrever os grandes modelos informadores do processo penal em sua evolução, bem assim a trajetória percorrida no sistema brasileiro e as tendências hodiernas; na terceira, demonstra-se a adoção, pela vigente Constituição brasileira, do sistema acusatório, a partir dos seus princípios basilares, com destaque aos papéis desempenhados pelos diferentes atores da persecução judicial e extrajudicial; na quarta, põe-se em relevo o objeto principal do trabalho, a atuação do julgador no processo penal acusatório, como vem sendo conduzida no direito pátrio e os principais pontos de descompasso com as exigências constitucionais; na quinta seção, esboçar-se-ão conclusões tendentes a promover a maior sintonia entre o direito infraconstitucional e as garantias repousadas na Lei Maior.

Fixado o substrato em que se desenvolverá o estudo que ora se propõe, cabe referir os métodos a serem adotados. Para a pesquisa, será utilizado basicamente o método bibliográfico, não nos propondo a realizar estudos empíricos de casos isolados, embora lancemos mão, vez por outra, de decisões judiciais que sirvam de ilustração à posição defendida, dado que o tema tem em si uma forte pretensão de ordem prática, qual seja, a de, através da releitura do papel do julgador no processo penal, comprovar a dissonância do sistema positivo brasileiro com o modelo acusatório de processo preconizado pela Constituição, no contexto de um Estado democrático de Direito.

No tratamento do tema, guiado por uma concepção garantista, será utilizado eminentemente o método crítico, que reputamos bastante consentâneo com o exame da Ciência do Direito, extremamente problemática, complexa e dinâmica, tal qual a realidade que pretende regular. Como já pontificara VIEHWEG, a Ciência do Direito deve ser concebida

como uma forma de manifestação da incessante busca do justo. Seu núcleo peculiar compreende uma diligente e constante reedificação e ampliação do direito.⁴ Partindo-se dessa assertiva, somente uma postura crítica serve ao jurista, uma vez que o pensamento crítico não se satisfaz em simplesmente descrever, registrar, narrar um acontecimento social, um instituto jurídico, como ele se oferece à observação.⁵

Sobre a organização formal do trabalho, ao longo dos capítulos que compõem a obra, o sistema adotado para citações da bibliografia, no corpo do texto ou em notas de rodapé, será o completo, pela facilidade que deixa ao leitor na identificação imediata das fontes pesquisadas. As notas de rodapé, por seu turno, não se cingirão a referenciar as obras consultadas (notas de referência), mas também a esclarecer conteúdos expostos no corpo do texto (notas explicativas).

Em decorrência do sistema completo de ordenação das referências, não serão utilizadas expressões latinas (*idem, ibidem, op. cit.*) para fazer alusão a obras citadas em notas anteriores, com o que acreditamos estar cooperando para um mais rápido acesso às fontes de pesquisa.

Evitar-se-á a reprodução de textos literais em língua estrangeira, por representar uma forma de escrever não raro prolixa, enfadonha ao leitor, sendo, pois, dispensável nos meios acadêmicos. Em poucas oportunidades, porém, pela clareza que apresentam, reproduzimos trechos originais no idioma espanhol.

As citações virão destacadas com aspas, quando apostas no correr do próprio texto, ou com diminuição do corpo da fonte, quando deslocadas em parágrafo autônomo. Aspas serão também utilizadas para dar a determinadas palavras um sentido diverso do que comumente carregam. O itálico se reserva para destacar, nas referências de pesquisa, os títulos dos livros, das revistas especializadas, das páginas eletrônicas e das teses consultadas. No decorrer do texto, o recurso se destina a palavras e a expressões de língua

geral do processo. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 79.)

⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964, p. 135-139.

⁵ MIAILLE explica que, através dessa metodologia jurídica, a teoria crítica torna transparente os institutos jurídicos e permite a descoberta de diferentes aspectos dinâmicos que a realidade estatal aparentemente estática estaria a ocupar. O mais importante de tudo isso é que a crítica aproxima o direito à vida, e o identifica com ela, dentro da sociedade organizada: refletindo sobre as condições e os efeitos da sua existência na vida social, a teoria reencontra a sua ligação com a prática, quer dizer, com o mundo social existente (MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Trad. Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979, p. 17-18).

estrangeira, prestando-se também a enfatizar determinadas palavras por sua importância no contexto.

2. DIREITO E VERDADE

2.1 O problema da verdade no Direito. Uma verdade real? – 2.1.1 A Teoria do Conhecimento e suas bases – 2.1.2 Sobre o critério da verdade – 2.1.3 Uma Teoria do Conhecimento Jurídico – 2.2 O relativismo científico e a intangibilidade do erro – 2.3 Desmistificando a verdade: posição da dúvida na pós-modernidade científica – 2.4 A técnica da argumentação no discurso jurídico – 2.5 A verdade pelo processo.

2.1 O problema da verdade no Direito. Uma verdade real?

A análise do problema da verdade e dos limites à sua obtenção sempre intrigou filósofos e juristas. Muito se questiona acerca da correspondência entre os fatos juridicizados – acontecimentos do mundo fenomênico sobre os quais o Direito incide, por considerá-los, à sua ótica, relevantes – e o produto da atividade judicante estatal, exercida pelos juízes e tribunais. As decisões judiciais, como expressão *in concreto* da vontade da lei – produto da atividade de representantes democráticos de uma sociedade, visto na perspectiva moderna –, devem aproximar-se o tanto quanto possível das soluções abstratamente previstas na norma geral, sem se olvidarem, contudo, as vicissitudes inerentes aos fenômenos sociais.

A cada conflito intersubjetivo que emerge no bojo de um sistema jurídico organizado, outorgam-se às partes instrumentos idôneos a compô-los, dentre os quais se destaca a jurisdição, exercida mediante o processo. A relação jurídico-processual, através da qual exercerá o Estado a jurisdição, decidindo a querela instaurada pelas partes, integra-se de três sujeitos: o ativo, o passivo e um terceiro, imparcial, equidistante dos demais, consubstanciado na figura do julgador.

Segundo os princípios que norteiam a prática judiciária, o magistrado, órgão instituído e encarregado da função judicante, deve valer-se dos elementos contidos nos autos e deles extrair aquela que seja a expressão mais próxima da verdade, a fim de realizar-se a justiça.⁶ Reconhece-se, porém, que nem sempre se consegue reproduzir, através de documentos, depoimentos de testemunhas e outros meios de convencimento, a realidade dos fatos localizados num tempo pretérito, terminando o juiz por decidir sobretudo com base nesses elementos formais. Há uma perspectiva limitada, portanto, para o conhecimento da realidade, justificada inclusive em função de garantias outorgadas aos indivíduos nas diversas Cartas de Direitos. Demais disso, a verdade extraída de uma decisão judicial pode não corresponder, e com frequência não corresponde, ao significado normativo do fato ou conjunto de fatos que se quer regular. Casos deveras semelhantes, processados em Juízos diferentes, não raramente terão soluções diversas.

Tal não significa, contudo, devamos ter uma visão pessimista do discurso jurídico, tampouco considerá-lo falsificador de uma realidade posta aprioristicamente, pois o Direito, tal como a natureza humana, não comporta essências imutáveis, mas é construído em um contexto histórico-valorativo, como produto da incessante transformação do homem mesmo. Aqui adquire papel importante a teoria da argumentação no Direito, como forma de resgate de uma racionalidade no discurso, de uma fundamentação dialógico-retórica em que se supere qualquer analogia ao modo matematizante (*more geometrico*) de fazer ciência.

No Direito Processual Penal, um dos pontos mais delicados no tratamento da busca da verdade – qualificada como verdade material, ou real – concerne à delimitação dos poderes instrutórios do juiz, indagando-se em que medida lhe seria dada uma faculdade (ou mesmo obrigação) de ordenar a execução de atos a pretexto de suprir falhas ou omissões apresentadas pelas partes. Demonstrar-se-á que o binômio verdade real X verdade formal, assaz utilizado para contrapor o processo penal ao civil, acaba por arrefecer, eis que o julgador criminal não pode valer-se de dados estranhos aos autos do processo para formar seu convencimento, não lhe sendo dado produzir a prova, sob pena de desfavorecer um dos pólos da relação processual e revelar uma nítida esfera de parcialidade, não admitida em face dos proclamos da acusatoriedade dominantes nos sistemas processuais modernos.

⁶ A idéia de justiça há muito se associa à de verdade. Já Pilatos, quando do julgamento de Jesus, se perguntava: “o que é a verdade?” (Jó 18:39). A respeito de uma crítica histórica da Escritura e sua importância para o abandono, no século XVIII, da idéia de unicidade interpretativa, cf. GADAMER, Hans-Georg. *Truth and method*. 2nd rev. ed. Transl. Joel Weinsheimer and Donald Marshall. New York: Continuum, 1998, p. 174-184.

2.1.1 A Teoria do Conhecimento e suas bases

Na tentativa de imprimir-se racionalidade ao discurso jurídico, portanto de encontrar parâmetros que estabeleçam a cientificidade desse tipo de conhecimento, buscase desvendar em que medida se pode alcançar a verdade acerca do objeto do Direito.

ARISTÓTELES iniciara a procura da concepção semântica de verdade apontando que um enunciado é verdadeiro se há correspondência entre o que se diz e sobre o que se fala,⁷ a partir daí surgindo diversas escolas filosóficas, geralmente enfrentando o problema sob dois prismas: o metafísico – fundado em uma teoria do ser, da realidade última, o absoluto, enfim – e o epistemológico – baseado em uma teoria da conformidade entre o conhecimento e a situação objetiva. Esse último âmbito tem sido explorado pela disciplina filosófica denominada Teoria do Conhecimento, reunindo-se correntes desde as mais céticas às mais pretensamente totalizadoras.

Um dos problemas fundamentais da Filosofia – vista como uma crítica das condições de certeza da ciência – respeita à Teoria Geral do Conhecimento e à Teoria da Conduta. É a parte da Filosofia denominada *Ontgnoseologia* que cuida de investigar um tipo peculiar de relacionamento que o homem estabelece com o mundo, chamado conhecimento, buscando uma explicação geral do universo e da vida, tendo por problema essencial a correlação entre pensamento e realidade, sujeito cognoscente e objeto cognoscível.⁸

Algumas perguntas são postas diante do problema do conhecimento. O que se conhece? Como se conhece? Até que ponto o conhecimento do real é válido e certo? Quais as suas possibilidades, sua origem, seu valor, seus limites?

Costuma-se dizer que a teoria do conhecimento aparece com KANT, mas não é certo dizer que a Gnoseologia se tenha constituído parte autônoma da filosofia graças ao criticismo kantiano. Esse processo de pensamento já encontra suas raízes nos períodos clássico e medieval, sendo que KANT marca o seu ponto culminante. Devemos distinguir três

⁷ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Da verdade dada à verdade buscada. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 8, n. 101, abr. 2001, p. 12.

⁸ Sob a ótica das condições do conhecimento pertinentes ao sujeito que conhece, está-se diante da *Gnoseologia*; sob o prisma das condições segundo as quais algo se torna objeto de conhecimento, tem-se a *Ontologia* – duas ordens distintas de pesquisa em que se desdobra a *Ontgnoseologia* (Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 23-27).

fases do pensamento filosófico, segundo o predomínio maior ou menor do problema do conhecimento como problema autônomo com relação à especulação propriamente metafísica.

Primeiramente, tem-se a filosofia dos gregos e a medieval, que foram, acima de tudo, uma ontologia (parte geral da metafísica entendida como a teoria do *ser* em geral), mas não apenas de ordem metafísica. Os gregos tiveram consciência da existência de um problema relativo às possibilidades e aos limites do conhecimento humano. Os cétricos⁹ e, antes deles, os sofistas, além dos filósofos pré-socráticos e toda a produção platônico-aristotélica, dão-nos uma idéia de que os gregos, muito cedo e profundamente, sentiram a necessidade de responder às questões inerentes ao conhecimento – problemas que, todavia, tinham caráter secundário diante de outros ligados à explicação do “ser enquanto ser”.

Uma teoria do conhecimento autônoma somente se fez desenvolver a partir do *Humanismo*, que revelou grande preocupação com os limites e possibilidades do conhecimento, sobretudo do conhecimento científico – o problema do homem enquanto ente que conhece passa a ser a principal questão da Filosofia. A essa tendência da Filosofia Moderna veio acrescentar-se o pensamento de GALILEU GALILEI, precursor da metodologia moderna, para quem o pensamento ordena, segundo razão matemática, os elementos sensíveis. Sob uma perspectiva mais crítica, o homem moderno, antes de filosofar sobre a natureza ou sobre o ser, indagou das possibilidades de seu próprio pensamento.

A busca pelos fundamentos das verdades científicas em oposição a meros argumentos de autoridade acentua-se com a formação das correntes do *Racionalismo* de RENÉ DESCARTES e do *Empirismo* de FRANCIS BACON, que se ocupam dos problemas referentes ao método do conhecimento científico, às bases do conhecimento certo, à conquista da natureza por leis descobertas metodicamente pelo espírito humano. Também as obras de HOBBS e LOCKE – e, posteriormente, as de LEIBNIZ, GIOVANNI BATTISTA VICO, GEORGE BERKELEY e DAVID HUME – já denotam uma preocupação gnoseológica. O que fez KANT, após, foi sintetizar elementos do racionalismo e do empirismo, transformando a própria Metafísica em uma crítica dos princípios do conhecimento, sendo sucedido, em correntes diversas, por FICHTE, SCHELLING, HEGEL, SCHOPENHAUER e outros.

⁹ Mesmo o ceticismo absoluto, ao afirmar a impossibilidade do conhecimento, com essa afirmação exprime um conhecimento, e assim cai em uma contradição consigo mesmo (Cf. BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 74; HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. Antônio Correia. 8. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987, p. 43).

É certo que HEGEL condenou formalmente o criticismo transcendental, repudiando uma gnoseologia *in abstracto*, mas, ao identificar o real e o racional, termina por adotar uma teoria do conhecimento em concreção, enfocando o *ser* e o *conhecer* em uma unidade dialética inseparável.

Atualmente há uma tendência à revalorização do problema do *objeto*, uma preocupação em realizar uma nova síntese que supere explicações incompletas ou unilaterais no sentido do sujeito ou do objeto. Afinal, ambos são elementos essenciais dentro do conhecimento.¹⁰ Além disso, cabe fazer referência a um terceiro elemento do conhecimento: a imagem do objeto, que surge no sujeito como resultado da sua apreensão das propriedades do objeto.

2.1.2 Sobre o critério da verdade

Dentre o leque de problemas que pode suscitar o estudo do conhecimento humano, toca-nos, por exigência metodológica, examinar o que diz respeito ao critério de verdade. Cumpre-nos indagar que parâmetro nos diz, concretamente, se um conhecimento é ou não verdadeiro.

A verdade está intimamente relacionada à essência do conhecimento, principalmente ao conhecimento científico. Apenas se consideraria conhecimento aquele que fosse verdadeiro, aquele cujo conteúdo (imagem) concordasse com o objeto designado; o conhecimento falso, a seu turno, seria um erro, uma ilusão.¹¹ Para a consciência natural, é a verdade, pois, uma relação de concordância do conteúdo do pensamento com o objeto pensado, verificada pela experiência. Não cabe indagar da verdade ou falsidade do objeto em si, porém sempre da representação que se faz dele, daí por que se diz ser um conceito

¹⁰ “Todo o conhecimento designa (‘intende’) um objecto, que é independente da consciência cognoscente” (HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. António Correia. 8. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987, p. 28).

¹¹ Considere-se, a respeito, a concepção de NIETZSCHE, para quem a verdade não passa de uma ilusão, um “batalhão de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias” (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral*. In _____. *Obras Incompletas*. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. (Coleção Os Pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 57).

transcendente da verdade.¹² Na terminologia de JACOB BAZARIAN, é chamada *verdade material*, ou real, ou verdade de fato.¹³

De outro lado, poder-se-ia conceituar a verdade não como algo transcendente ao pensamento, mas residente dentro dele próprio, como a concordância do pensamento consigo mesmo, com suas próprias leis (conceito *imane*nte, idealista, puramente formal), posição defendida por KANT. Seria a *verdade formal*, ou lógica, ou verdade da razão. Outras verdades, como as *axiomáticas* (típicas das matemáticas) e as *axiológicas* (em que se incluem os sistemas de normas éticas, como o Direito) têm caráter convencional, sendo que as primeiras são menos arbitrárias que as segundas, dado o caráter relativo e subjetivo destas, variáveis conforme o tempo e o espaço. BAZARIAN recusa o caráter de verdade às axiomáticas e às axiológicas, admitindo como científicas apenas as verdades formal e material, que constituiriam, a seu ver, uma unidade dialética.¹⁴

Mas se é a verdade o fiel reflexo do objeto na mente, como detectar se determinada percepção reflete corretamente as qualidades do objeto real, ou, em outras palavras, como ter certeza de que um conhecimento é ou não verdadeiro? O critério verdade é o princípio que tenciona resolver essa celeuma, sobre a qual vêm os filósofos, ao longo dos tempos, debruçando-se sem, no entanto, encontrar soluções válidas generalizadamente. Diversos critérios foram apresentados, destacando-se os da *autoridade* (critério mais antigo, que se guiava pela opinião dos mestres, dos pais), da *evidência* (difundida por DESCARTES e SPINOZA e mais adotado entre os filósofos), da *não-contradição* (válido apenas para a Lógica Formal e as Matemáticas, que lidam com objetos ideais), da *utilidade* (propagado pelo Pragmatismo, defensor de que verdadeira é a idéia que tem sucesso, que traz vantagem – daí ser extremamente subjetiva) e da *prova* (segundo o qual uma proposição é verdadeira, e não mais suscetível de dúvida, desde que cientificamente provada – princípio da razão suficiente).

¹² Cf. HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. António Correia. 8. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987, p. 147. A importância de uma contraposição entre a verdade lógica, a verdade material e a verdade transcendental, para o Direito Penal, foi rechaçada por MITTERMAYER. Segundo ele, não há falar senão em uma verdade empírica, aplicável às coisas tangíveis em um mundo sensível, suficiente para a direção das ações humanas (MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*: ou exposição comparada. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. 2. tir. Campinas: Bookseller, 1997, p. 59-60).

¹³ BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 136.

¹⁴ BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 138. Discordamos do autor quando nega cientificidade às disciplinas normativas (ou *axiológicas*, como as denomina), porque pretende estabelecer como parâmetro de ciência o próprio critério da verdade (material ou formal), que também é arbitrariamente posto, e mormente porque não se podem admitir, no estágio atual do conhecimento, verdades universais e invariáveis nem mesmo nas ditas ciências “naturais”.

A prova é a apresentação de fatos pelos quais se constata a verdade de uma proposição. Geralmente está associada à idéia de demonstração, uma espécie de prova teórica e lógica por meios indiretos, que mais se confunde com o gênero que a engloba. Por ser um processo de comprovação indireta, a demonstração se vale de fundamentos que também são, eles mesmos, verdades já verificadas na prática. De maneira geral, diz-se que a verdade de uma tese prova-se pela prática imediata (verificação) ou mediata (demonstração). Tem-se sublinhado o papel da prática no processo de conhecimento, elevando-se-a a critério decisivo da verdade. Na fórmula citada por ENGELS, a prova de que a ciência é verdadeira é que ela nos permite transformar o mundo natural e social. Também MARX assim escreveu: “O problema de saber se o pensamento humano pode atingir a verdade objetiva não é uma questão teórica, mas uma questão prática. É na prática que é preciso que o homem prove a verdade, isto é, a realidade e o poder do seu pensamento”.¹⁵

Se KANT duvidou que o espírito humano pudesse conhecer a realidade, pois seria estranho à matéria, anterior à experiência e imutável, o materialismo mostra que ele (o espírito humano) é um produto da evolução, da prática, sendo a consciência humana um produto social, portanto capaz de refletir corretamente as leis da natureza e da sociedade. É a oposição entre uma verdade apenas relativa e uma verdade absoluta.¹⁶

Essa exposição do marxismo não significa devermos sobrepujar o critério da teoria. Teoria e prática não se contrapõem; antes, se complementam. O papel da primeira seria dar-nos um conhecimento da realidade; o da segunda, transformá-la. “Assim como a teoria sem a prática é estéril, a prática sem a teoria é cega”.¹⁷ Veremos adiante como uma concepção de verdade pela prática (aliada à teoria) se insere no âmbito do Direito.

2.1.3 Uma Teoria do Conhecimento Jurídico

¹⁵ *Apud* POLITZER, Georges; BESSE Guy; CAVEING, Maurice. *Princípios fundamentais de filosofia*. Trad. João Cunha Andrade. São Paulo: Hemus, [1994?], p. 157.

¹⁶ O marxismo (materialismo) não contesta a existência de uma verdade objetiva absoluta, ou seja, de acordo com a realidade em si mesma, conquanto admita limites (historicamente relativos) de aproximação entre nosso conhecimento e essa verdade.

¹⁷ BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 164.

Aplicada a Teoria do Conhecimento ao âmbito da Ciência do Direito, indaga-se a que condições deve atender o jurista para estruturar cientificamente o Direito. Saímos, então, do campo de estudo das condições originárias do conhecer para incursionarmos em um conhecimento científico particular, situando-nos no estudo da *Epistemologia*, que não se distingue da *Gnoseologia* senão pelo âmbito particular ou geral de abrangência de cada uma.¹⁸

Considerado uma ciência cultural-normativa, o Direito preocupa-se não com a descrição e a prova de fenômenos naturais, mas com a prescrição de condutas e a ordenação da vida social, motivo por que seus enunciados mais se utilizam da lógica moderna, baseada em juízos de dever-ser. Estes, ao contrário dos juízos descritivos utilizados pela lógica clássica, contêm sempre um elemento valorativo, estimativo. O problema da verdade jurídica, assim, não raro aparece associado ao da teoria dos valores jurídicos. E, como sabido, estes comportam uma variabilidade histórica: as idéias de certeza, segurança e justiça somente são compreensíveis dentro de determinado contexto, de determinadas ordens jurídicas concretas.¹⁹

Mas proposições de direito não são – como observa DWORKIN – meras descrições da história jurídica, nem são simplesmente valorativas. São interpretativas da história jurídica, combinando elementos de descrição e de valoração. Quando se trata de valoração, entrará sempre um traço pessoal do aplicador da norma e, pois, subjetivo, porque os valores, ou sua hierarquização, dependerão sempre do contexto em que são tomados pelo intérprete.²⁰

2.2 O relativismo científico e a intangibilidade do erro

¹⁸ Os termos não raro são utilizados como sinônimos, sobretudo por autores ingleses. Como assinala o Prof. ADEODATO (ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência: através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1), o conceito de filosofia científica (epistemologia), espécie do gênero gnoseologia, “se tornou tão importante que quase eclipsou as outras formas de se fazer filosofia”.

¹⁹ Cf. SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 136.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 219.

Com relação ao valor da verdade a que pode atingir o nosso conhecimento, basicamente três posturas teóricas se podem adotar: o *Absolutismo*, que afirma só existirem verdades absolutas, imutáveis, eternas; o *Relativismo*, que rejeita a possibilidade de se conhecer a essência das coisas, a verdade absoluta, sendo apenas possível conhecer os fenômenos, a aparência das coisas; e o *Absolutismo relativista*,²¹ posição conciliadora segundo a qual é possível conhecer a verdade absoluta, mas esta só é alcançada num processo paulatino, dividido em etapas, cada uma com suas limitações históricas e, portanto, de caráter relativo, porém objetivo.

Não se pode negar que todo conhecimento científico pressupõe determinadas bases em que se assentar e sobre as quais deverá desenvolver todas as proposições que nortearão a pesquisa de seu objeto (sem essas bases ou premissas seria extremamente difícil alicerçar um sistema de conhecimento).²² É importante ter em consideração, todavia, que, à exceção da extremada teoria absolutista (a qual cremos não ter validade a não ser no plano do conhecimento teológico, que apenas concebe Deus como essência eterna e imutável), nenhuma doutrina refuta a incapacidade de obtenção de verdades absolutas, definitivas e invariáveis a respeito do homem e do universo, haja vista seu caráter também extremamente relativo e mutante. É por essa razão que rejeitamos mesmo a (simples) pretensão alentada por BAZARIAN de, um dia, aprofundar-se tanto o conhecimento humano que se chegará a uma verdade absoluta.

Se sabemos, por exemplo, que o divórcio no Brasil foi proscrito durante muito tempo, considerado mesmo ato imoral, somente sendo permitido a partir de 1977, isso apenas demonstra que, mormente por força de variáveis históricas, a verdade não se fecha em uma solução inarredável e absoluta. Para a explicação especialmente de fatos sociais, há que esforçar-se ao máximo por uma abordagem científica e, pois, criativa, considerando-se contingências concretas que variam espacial e temporalmente.

O século XX trouxe humildade epistemológica à ciência: a própria Física Quântica admitiu que o comportamento dos *quanta* (partículas subatômicas) é relativo. Como salienta SOUTO BORGES, “a ciência nada pode antecipar ou garantir quanto ao conteúdo-de-

²¹ Tendência assumida por JACOB BAZARIAN (*O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 168).

²² Não se quer, com isso, afirmar que tais premissas ou pontos de partida sejam absolutos, fechados à variação.

verdade de uma teoria. Há sempre que contar com a eventualidade do erro na pesquisa científica”.²³

Em uma visão genuinamente positivista da verdade, “só existe de absoluto no Direito o que corresponde, no Homem, ao relativo das leis infinitas do universo”.²⁴ E o relativismo em ciência (seja nas ciências “exatas” ou na Ciência do Direito) substitui uma certeza de verdades por uma certeza apenas de probabilidades. As verdades são admitidas até que outras as superem. Não há hipóteses científicas insuscetíveis de serem falseadas. Só não existe erro se não há investigação profunda; e manter-se na superficialidade dos conceitos, no imobilismo intelectual, sem dúvida, não condiz com a cientificidade pós-moderna, da qual falaremos adiante.

2.3 Desmistificando a verdade: posição da dúvida na pós-modernidade científica

À época iluminista, que sucedeu a Idade Média, costuma-se referir como moderna, identificando-se em seu bojo uma corrente filosófica racionalista, que tem em RENÉ DESCARTES o primeiro expoente. É marcante, a essa altura, o processo denominado *secularização*, com a passagem de uma maneira de pensar guiada pelo teológico para um o predomínio das formas leigas de pensamento.

Espelha bem o espírito moderno a obra *Discurso do Método*, na qual o pensador francês pretende refutar a herança da filosofia escolástica e dar um valor maior à razão como instrumento de obtenção de um conhecimento claro e seguro. Ele via no conhecer uma perfeição maior que no duvidar. Do simples ato de pensar que tudo era falso (ou de duvidar) já se poderia extrair ao menos uma proposição verdadeira: a dúvida já importaria o conhecimento do ato de duvidar.²⁵

²³ BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 19.

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Naturalidade do fenômeno jurídico. In SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. 2. ed. atual. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 127.

²⁵ “(...) adverti que, enquanto eu queria assim pensar que tudo era falso, cumpria necessariamente que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade: *eu penso, logo existo*, era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cétricos não seriam capazes de a abalar, julguei que podia aceitá-la, sem escrúpulo, como o primeiro princípio da Filosofia que procurava.” (DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2. ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril

Para DESCARTES, só se poderia extrair uma verdade de cada coisa e, quando o pensamento não conseguisse atingir as opiniões mais verdadeiras, deveria seguir as mais prováveis e tomar estas por muito certas e verdadeiras, porque a razão assim o é. O espírito da dúvida, pode-se afirmar, não está ausente no racionalismo, porém as proposições duvidosas também levariam a conclusões verdadeiras – ao menos a de que não contêm nada de certo.

Essa breve alusão ao racionalismo serve de ponto de confronto com o que se convencionou chamar pós-modernidade, expressão indicadora de um período iniciado após a Segunda Guerra Mundial e contraposto a tudo o que foi afirmado na modernidade, notadamente às idéias de sistematização do pensamento e de certeza científica. Enquanto em DESCARTES a dúvida tinha função apenas metódica, instrumental, no período contemporâneo (ou pós-moderno) tem papel sistemático. Amainada a ferrenha ânsia de certeza, vê-se que mesmo as leis científicas mais rigorosas, inclusive as das chamadas ciências *exatas*, garantem apenas alta probabilidade de ocorrência, pois haverá sempre uma parcela da realidade não controlada experimentalmente. Bem situadas as palavras do Prof. CLÁUDIO SOUTO, para quem “a pós-modernidade científica não chega a dispensar a razão, mas substitui uma razão de certeza por uma razão apenas probabilística”.²⁶

À confiança na razão, pois, alia-se o espírito de incerteza quanto às possibilidades do conhecimento humano, que cada vez mais se percebe como capaz de atingir verdades somente relativas.²⁷ Para driblar a presença da dúvida, ou a ciência se refugia nas formas e reconhece a impotência de um saber substantivo, ou enfrenta o estabelecimento de conteúdos – essa última postura é adotada principalmente pelas chamadas ciências naturais: a própria Física se abre, como visto, a grandes problemas filosóficos. Quando se trata da ciência jurídica, o que se percebe, todavia, é ainda uma pré-modernidade de conteúdo (um progressivo esvaziamento diante da complexidade do seu objeto, utilizando-se definições

Cultural, 1979, p. 46-51). Dessa verdade primeira deduzir-se-iam todas as outras verdades. Todas as idéias e noções que fossem coisas reais seriam verdadeiras.

²⁶ SOUTO, Cláudio. *Tempo do direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 27.

²⁷ O Prof. SOUTO MAIOR BORGES, voltando-se contra o que chama de “tirania da educação para o brilho”, destaca com proficiência quão importante é a presença do erro na pesquisa científica: “Ignora-se que, se algo não pode ser falseado, não será sequer científico, mas evita-se o erro, supremo agravo da vida do espírito. (...) E o destino de toda hipótese científica não é tanto a sua corroboração experimental, quanto o seu conclusivo falseamento, pela identificação do erro” (BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79).

formais que podem mesmo abarcar conteúdos contraditórios) e uma modernidade racional tão-somente de linguagem, com o estabelecimento de hipóteses apenas particulares.²⁸

Percebe-se, hoje, que a segurança aparentemente oferecida por uma rigidez de formas na ciência é puramente ilusória, porque comporta conteúdos em contradição, o que lhe confere instabilidade. A solução encontrada é, então, a confiança apenas relativa na ciência (como relativa é a confiança na capacidade humana de oferecer segurança à vida do homem), de modo a se enfrentarem teórica e praticamente conteúdos, com uma referência científico-empírica. Mas, sendo o Direito um fenômeno social, não pode o jurista nutrir apego cego ao método empírico, porquanto suas conclusões não são exatas (no sentido de uma aplicação generalizada), mas tão-só probabilísticas, sempre passíveis de erro. Advirta-se, portanto, para os nefastos resultados de uma submissão à tirania do método, cujo primado sobre a ciência tem sido uma característica da modernidade. Com propriedade, acentua PONTES DE MIRANDA:

É preciso o método, a observação, a experiência, a educação psicológica indispensável para pesquisar a verdade, ainda depois de firmada a opinião, e alimentar a dúvida, sempre que se trate de solução adquirida sem os seguros guias da análise científica. (...) O que devemos condenar é o empirismo ignorante, a medicina das leis votadas por pessoas sem nenhum cabedal de Ciência positiva do Direito (...), porque antagônica a toda a idéia de socialização e de adaptação do homem à vida social, segundo o máximo 'atualmente' possível de verdade.²⁹

2.4 A técnica da argumentação no discurso jurídico

Podemos distinguir basicamente dois modos de pensar o fenômeno jurídico: o modo sistemático e o problemático.³⁰ São atitudes mentais diversas formadas a partir de uma situação de conflito, em que se deve fazer uma escolha do caminho a seguir.

²⁸ Cf. SOUTO, Cláudio. *Tempo do direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 29-33.

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Naturalidade do fenômeno jurídico. In SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. 2. ed. atual. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 125-126.

³⁰ Acerca da oposição entre sistema e problema, esclarecedora a obra de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 28-36. O autor ressalta a incontornável obscuridade que paira sobre essa distinção.

Toda teoria pressupõe sempre um sistema, um conjunto de dados organizados segundo determinados princípios. Quando há o conflito de dados ou de soluções, surge o problema, sendo que, na perspectiva sistemática, o problema é descartado por não se adequar às premissas do sistema: ou existe uma resposta para o caso dentro do sistema, ou não existe problema a perquirir.

O Prof. JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, fazendo alusão ao ensinamento de NICOLAI HARTMANN, descreve o *pensar por sistemas* como “a preocupação em aferrar-se a verdades preestabelecidas (...), rejeitando dados observáveis que não se encaixem no sistema adotado e freqüentemente superestimando aspectos que parecem em acordo com ele”. Conclui, de forma crítica, que “a unidade deve ser procurada, é certo; uma teoria não se deve limitar a proposições descritivas esparsas, mas é preciso evitar a tendência a ver conexões inexistentes e fixar antecipadamente critérios como pontos arbitrários de partida”.³¹ Essa uma nova atitude de pensamento, mais adequada à filosofia e ao direito.

Devido à idolatria do sistema, do modo de representação conceitual, o pensamento jurídico moderno cai em descaminho. O refúgio em uma juridicidade axiomática, como tentativa de vencer a constante tensão entre o binômio justiça/certeza e fugir às aporias jurídicas – como se fosse possível subtrair ao direito a sua historicidade – acabou por retirar do direito algo que lhe é essencial: a perspectiva dialética.³²

Com o arrefecimento do positivismo jurídico-metodológico, frustrado por ensejar uma Ciência do Direito nos moldes rigorosos das ciências naturais – reduzindo o direito à lei – e por incapaz de controlar o fenômeno jurídico, surgem movimentos de renascer metodológico, a ressaltar que o direito não se encerra em um sistema (embora dele não se desvincule), mas depende inarredavelmente do problema, porque existe à medida que com este se envolve. Um pensamento jurídico autônomo, dotado de uma racionalidade crítica, comprometida metodologicamente, põe em relevo as ponderações argumentativas. O discurso jurídico, assim como o argumentativo, tem como ponto de partida o problema decidendo e visa a fundamentar entimematicamente a razoabilidade prática da solução de uma controvérsia concreta.³³ Ganham campo a Tópica, trazida ao Direito por THEODOR VIEHWEG,

³¹ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência: através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 75.

³² A esse respeito, conferir MIGUEL REALE (*O direito como experiência*, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 31 e ss.).

³³ Sobre a substituição de uma lógica demonstrativa por uma índole argumentativa no Direito, cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE (*Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado?* In SEMINÁRIO DE DOUTORAMENTO, 1., 5. Semana, Coimbra, 2000).

e a Teoria da Argumentação, de que é expoente CHAÏM PERELMAN, ambas se propondo a criticar o modelo cartesiano do saber sistemático.

Os romanos já praticavam o método tópico (do grego *topos* = lugar-comum, termo empregado já por ARISTÓTELES³⁴). Trata-se da técnica de valer-se de “pontos de vista utilizáveis e aceitos universalmente, empregados a favor e contra o opinável e que parecem conduzir à verdade”.³⁵ São, pois, instrumentos retóricos, a serviço da dialética. Ao contrário do método sistemático, cujo processo de descoberta da verdade jurídica é condicionado pela dedução, a partir de axiomas ou hipóteses científicas, em uma lógica bivalente (verdadeiro/falso), a tópica é a técnica do pensamento a partir de problemas³⁶ e suas premissas comportam diversas possibilidades de argumentação dialética. Malgrado a importante função instrumental exercida pela tópica jurídica, ela não basta para fundamentar as decisões judiciais. Além da utilização de *topoi*, é necessário recorrer a uma específica ordem de validade reconhecida e vinculante, donde o relevo ao papel da retórica, sobretudo nos moldes revigorados por PERELMAN.

Para o autor belga, mais do que persuadir os interlocutores, importa fundamentar argumentativamente, recorrendo a uma lógica do preferível (desdenhando, assim, qualquer preocupação científica fundada em um ideal de verdade universalmente válida). A demonstração, segundo preleciona, não esgota o espaço da racionalidade, que é completado pela argumentação convincente, em uma nítida preocupação de ordem prática:

(...) do princípio ao fim, a análise da argumentação versa sobre o que é presumidamente admitido pelos ouvintes. Por outro lado, a própria escolha das premissas e sua formulação, com os arranjos que comportam, raramente estão isentas de valor argumentativo: trata-se de uma preparação para o raciocínio que, mais do que uma introdução de elementos, já constitui um primeiro passo para sua utilização persuasiva.³⁷

³⁴ MICHEL FOUCAULT (*A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo de Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001, p. 32-54) ressalta que, já na Grécia arcaica, a busca da verdade jurídica se dava por uma espécie de jogo de prova, desenvolvendo-se formas racionais de prova e de demonstração, uma espécie de arte de persuadir, de convencer as pessoas do que se diz, de obter a vitória para a verdade.

³⁵ ARISTÓTELES (*Arte Retórica*). *Apud* VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964, p. 43.

³⁶ Acerca da importância da ênfase no problema, analisa VIEHWEG: “Todo problema objetivo e concreto provoca um jogo de suscitações, que se denomina tópica ou arte da invenção. (...) É necessário reconhecer que o problema é algo benéfico, que atua sempre como guia. Quando alguém pensa dentro de um sistema expresso não pode aprofundar-se” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964, p. 54).

³⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 73.

Os destinatários do discurso, aqueles que se quer persuadir (auditório), exercem liberdade espiritual para aderir ou não à idéia proposta. A adesão dá-se através da participação, não da submissão. A argumentação pressupõe antes um encontro (interação) de mentes, uma relação entre atores diferentes, que a imposição de conseqüências necessárias a partir de procedimentos previamente estabelecidos (daí a sua diferença para a demonstração). Se a verdade é o objeto da filosofia essencialista, o consenso é o objeto da filosofia retórica.³⁸ Um argumento não é aceito por ser verdadeiro, mas por ser justo ou razoável, de acordo com fatos, verdades, presunções, valores, hierarquias e lugares. O raciocínio, então, é manipulável conforme o auditório a que se dirige o orador.

A teoria da argumentação retira a retórica do ostracismo em que havia mergulhado com a tradição ocidental da unicidade da verdade. Contribui para a revisão do conceito de razão e da cientificidade no campo das ciências humanas, dispensando particular atenção à linguagem. Persiste, assim, a busca de uma teoria do direito fundamentada a partir de critérios racionais. Na esteira dessa tendência, RONALD DWORKIN analisa a argumentação jurídica como forma de obtenção da verdade:

Uma proposição de Direito, como a proposição de que o contrato de Tom é válido, é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária, de que o contrato de Tom não é válido, mas é falsa se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária.³⁹

2.5 A verdade pelo processo

A retórica situa a racionalidade do discurso jurídico na prova de um fato ou na exposição de um argumento. Podemos dizer, então, que o critério da verdade jurídica

³⁸ “Só que o consenso é significativo e também retórico, não é necessariamente fruto de um acordo real sobre tal ou tal critério de solução de conflitos, podendo assumir os mais diversos aspectos, inclusive o de ser apenas presumido” (ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência: através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204).

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 211.

reside no conjunto probatório, na enunciação e apresentação de fatos. Ocorre que, dado o conteúdo axiológico do fenômeno direito, a vontade humana poderá mesmo distorcer os fatos. Demais, no âmbito processual, sabe-se da limitação da prova, norteadas por princípios e normas jurídicas que estabelecem o procedimento e o momento para serem oferecidas.⁴⁰ Nem tudo que está no mundo é retratado nos autos. O julgador é guiado por premissas para formar o seu raciocínio, mas mesmo essas premissas, como dito, são incertas e manipuláveis, porque o juiz está sempre condicionado ao meio em que atua, aos seus sentimentos e valores ético-políticos. Assim, tanto quanto a verdade fática é probabilística, a verdade jurídica, permeada do subjetivismo, também conduz a incertezas. A propósito, observa ROGÉRIO CRUZ:

À subjetividade judicial deve-se somar também a subjetividade das fontes de provas, as quais, em sua produção judicial através das perícias, testemunhos, interrogatórios, etc., perdem sua fidelidade, notadamente nos sistemas processuais não regidos pela oralidade, onde a transcrição dos argumentos e declarações orais não traduz com exatidão o conhecimento direto ou indireto da fonte de prova.⁴¹

Em sentido paralelo, assim se pronuncia o Prof. NELSON SALDANHA: “No plano processual, os fatos (como no plano científico) se ‘constróem’ ou se reelaboram conforme o poder de argumentação. Neste, porém, reside o perigo de que se perca a própria noção de verdade”.⁴²

É justamente contra esse perigo que o jurista deve buscar proteger-se,⁴³ não pretendendo assentar verdades intocáveis, mas fixando bases de sustentação às verdades que, com o processo, se procura firmar, respondendo, pois, com maior eficiência à tarefa de regular os conflitos humanos intersubjetivos, reduzindo-se ao máximo a possibilidade do arbítrio e do erro (embora se assinta que, com este, toda ciência deve ser capaz de conviver).

⁴⁰ Nem toda conclusão no processo, aliás, está calcada em provas. Veja-se o exemplo do procedimento eminentemente conciliatório traçado, para algumas infrações penais, na Lei n.º 9.099/95, em que é proposta a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou de multa, correspondendo essa aplicação a um juízo de valor (primado da celeridade), não de realidade.

⁴¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. A verdade processual em Ferrajoli. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 9, n. 106, set. 2001, p. 10.

⁴² SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 137.

⁴³ Com esse propósito, surgem teorias como o *garantismo* de LUIGI FERRAJOLI: através de um questionamento da validade das leis do ponto de vista de um sistema de proteção de direitos dos cidadãos, propõe-se uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais. Para a validade do direito, devem convergir os aspectos formais e substanciais (efetiva garantia dos direitos formalmente assegurados). Cf., nesse ponto: DA MAIA, Alexandre. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 89 e ss.

O pensamento jusfilosófico mais recente não acolhe a assertiva de que o processo, enquanto instrumento de produção da justiça, deva necessariamente passar pela obtenção da verdade; ao contrário, a justiça é que leva à verdade. Como bem explica FRANCISCO BAPTISTA, referindo-se especificamente ao processo judiciário penal, justo é o processo que “não se compadece com violação alguma de garantia fundamental do indivíduo (...). A verdade necessária à conclusão justa do processo é a que se pode atingir sem arranhaduras na integridade humana do cidadão, não uma verdade real arrancada a qualquer preço”.⁴⁴

O jurista não pode fechar-se num método previamente traçado e acreditar que, seguindo-o, chegará a uma verdade sobre o objeto pesquisado. É mais a partir da contestação que da reprodução, da dialética que da demonstração, que se poderá chegar a uma solução justa – e, pois, admitida como verdadeira para o caso. A essa dialética deve servir o processo, que, para além de um instrumento de justiça, representa garantia da liberdade, pela vivificação de normas que são genuínas garantias não só do acusado, mas do processo e da jurisdição.

⁴⁴ BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 186.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS GRANDES SISTEMAS INFORMADORES DO PROCESSO PENAL E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA BRASILEIRO

3.1 Sistema acusatório – 3.2 Sistema inquisitorial – 3.3 Sistema misto – 3.4 O tema no direito comparado: os exemplos do Juizado de Instrução e do modelo do direito anglo-saxônico – 3.5 Conclusões sobre o funcionamento dos sistemas – 3.6 Evolução do sistema processual penal brasileiro – 3.6.1 Período das Ordenações – 3.6.2 Código de Processo Criminal do Império – 3.6.3 Legislações processuais penais dos Estados – 3.6.4 Código de Processo Penal de 1941 – 3.6.5 Tendências atuais.

A instrução processual, meio pelo qual se busca a verdade no direito, sofreu – como continua a sofrer – variações ao longo do tempo, mutações metodológicas que refletem a maior ou menor intensidade participativa do juiz e das partes na investigação da verdade, tudo conforme o influxo das transformações políticas, sociais e culturais dos povos. Muitos dos aspectos do sistema hoje vigente no Brasil configuram repetição de procedimentos adotados em épocas mais remotas.

É cediço que, no processo penal, o juiz teve tradicionalmente maior liberdade de atuação, se comparado com o processo civil, normalmente esteado na necessidade de busca da verdade material com a qual se atingiria o ideal de justiça criminal.⁴⁵ Entretanto, é comum tais poderes ultrapassem o necessário e conveniente, tudo amparado

⁴⁵ É o que se extrai, por exemplo, da lição de TOURINHO FILHO: “Na verdade, enquanto o juiz não-penal deve-se satisfazer com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no processo penal o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à Justiça” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 41).

em uma visão publicista que procurou, no passado recente, substituir a iniciativa do ofendido pela do juiz.⁴⁶

Neste capítulo, far-se-á uma breve análise dos grandes sistemas⁴⁷ de aplicação da lei penal que a história experimentou – sobretudo o inquisitorial e o acusatório –, convindo observar, de logo, serem formas puras, legislações havendo que intercalam características de ambos, sempre, todavia, fazendo prevalecer a feição de um deles. Serão também objeto de nosso exame os exemplos do Juizado de Instrução e o modelo do direito anglo-saxão, que servem, hoje, de paradigmas para a definição dos modelos processuais ocidentais.

Interessar-nos-á, igualmente, a menção aos diplomas que se sucederam historicamente no Brasil, desde o período colonial, destacando-se as notas marcantes de cada modelo processual aplicado.

3.1 Sistema acusatório

O sistema dito acusatório é, essencialmente, um processo de partes. Assim é dito porque se caracteriza pela atuação das partes contrapostas – acusador e acusado –, que duelam em igualdade de posições e de direitos, apresentando-se um juiz sobreposto a ambas. Cabe ao magistrado tão-somente a função julgadora, não lhe sendo reconhecido nenhum poder de iniciativa na obtenção da prova, estando, ao contrário, a depender, na instrução da causa, de uma atitude das partes quanto às provas e alegações que basearão sua decisão. Essa nítida separação de funções, com a proposta do processo levada a efeito por um

⁴⁶ Também no processo civil se pode perceber essa inspiração publicista. CAPPELLETTI disserta sobre o processo de adoção dessa visão nos países da Europa ocidental, relatando a passagem para um processo que seja instrumento de bem-estar social, assumindo o juiz não só o poder de sua direção formal, mas um poder de intervenção, de solicitação, de estímulo (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 156-160).

⁴⁷ Aqui empregamos *sistemas* como sendo categorias compostas de normas e princípios fundamentais que lhe dão contornos. A identificação, vez por outra, do sistema com o princípio que lhe é determinante não deverá induzir à mera coincidência entre ambas as categorias (sistema e princípio), malgrado a aproximação tipológica. Assim, por exemplo, o princípio acusatório constitui o núcleo básico do sistema acusatório, mas não o esgota, porque este último é composto de outros princípios e normas. A realidade normativa em exame bem poderá preencher ambos os modelos, não se excluindo. BOBBIO destaca o uso corrente do termo *sistema* na linguagem jurídica e, reconhecendo a multiplicidade de sentidos da palavra, admite empregá-la várias

sujeito distinto do juiz, faz com que o processo se traduza em um verdadeiro *actum trium personarum*.

Acompanham-no historicamente as notas da oralidade, da publicidade, da presunção de inocência e do contraditório, o que faz realçar a imparcialidade do julgador, despido, agora, das funções de acusador e defensor. O acusado é verdadeiro sujeito do processo, assumindo uma postura ativa na relação jurídica processual, sobretudo face ao princípio do contraditório. Com essas características, vigorou em quase toda a Antigüidade grega e romana (aquí, apenas na fase republicana, como se verá adiante),⁴⁸ assim também na Idade Média, sob domínio do direito germano.

Na Grécia antiga, marcada por um processo penal democrático, a figura do julgador cedia espaço à Assembléia do Povo ou ao Senado, composto de dezenas de juízes. Já imprimiam os atenienses tratamento distinto aos crimes públicos e privados, estes considerados de somenos importância e cujo processamento dependia de provocação do interessado (ofendido ou seu representante), formando-se um verdadeiro *judicium privatum*, a admitir o fim do processo por desistência ou por transação. Por outro lado, o *judicium publicum*, processo dedicado aos crimes de maior gravidade, era mais complexo, sendo os acusados submetidos a julgamento perante um dos quatro tribunais da época (Assembléia do Povo, Areópago, Efetas e Heliastas), conforme o tipo do delito. Ao acusador caberia produzir as provas durante os debates, ao passo que o acusado deveria provar sua inocência, prestando juramento de dizer a verdade, nenhuma interferência havendo por parte do magistrado (arconte) nessa atividade.

Nesse estágio primitivo, o juramento sacramental ou sob a invocação da divindade tinha valor decisivo e a certeza da verdade era atingida empiricamente, pelas impressões pessoais, sobretudo pela configuração do flagrante delito.⁴⁹

Entre os romanos, a participação do juiz na produção de provas oscilou consoante os sistemas de governo vigentes, que boa parte da doutrina separa em cinco fases históricas: os períodos da Realeza (754 a.C. a 510 a.C.), da República (510 a.C. a 27 a.C.), do

vezes em lugar de “ordenamento jurídico” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 8. ed. Brasília: UnB, 1996, p. 75).

⁴⁸ Segundo bem observa JULIO MAIER, o processo penal romano nem sempre foi acusatório. No período monárquico, o processo, ainda embrionário, caracterizava-se por uma atuação sumária, com estrutura inquisitorial. Somente com a República romana e as *quaestiones* surge o processo de feição acusatória, sendo que, com o Império e o sistema da *cognitio extra ordinem*, ressurgem as linhas inquisitoriais. Cf. MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996, t. I, p. 274.

⁴⁹ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 24.

Principado ou do Alto Império (27 a.C. a 284 d.C.), da Monarquia Absoluta ou do Baixo Império (284 d.C. a 565 d.C.), e Bizantino (565 d.C. a 1453 d.C.).

São poucos os registros históricos dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado no mais antigo desses períodos, sendo de salientar que não se conhecia qualquer limitação ao poder de julgar: o magistrado, de conhecimento da *notitia criminis*, iniciava as investigações, ou a *inquisitio*, podendo, ao cabo dessas, impor penas, independente de acusação. O processo penal, arbitrário, era denominado *cognitio* (cognição espontânea), calcado na não-limitação dos poderes do magistrado na condução do processo.

No período republicano, a substituição dos reis por cônsules não teve o condão de trazer limites à atuação dos magistrados, cedendo igual espaço ao cometimento de arbitrariedades e injustiças. Somente após a edição da Lei das XII Tábuas, por volta de 450 a.C., tentou-se conter esse poder totalitário e, para tanto, foi editada a *Lex Valeria*, consagrando-se a *provocatio ad populum*, por meio da qual o cidadão provocava o reexame do caso, em procedimento denominado *anquisitio*, forçando o magistrado a prestar contas ao povo romano, reunido em assembléia, acerca de seus atos, apresentando as provas que havia reunido no curso da *inquisitio*, com vistas à prolação de novo julgamento ao caso. O juiz transformara-se em defensor da sentença que proferira, apresentador das provas de acusação. Problema do sistema era ser escasso em garantias, mormente para os excluídos da *provocatio* – mulheres e não-cidadãos.

Ao final da República, considerado o período mais democrático da história de Roma, o procedimento já incorporava traços acusatórios, através da fórmula da *accusatio*: a acusação seria levada não mais pelo magistrado (*quaesitor*), mas pelo cidadão romano, que procederia, após aceita a postulação, às investigações necessárias à busca de todas as provas referentes ao crime (apreender documentos, notificar e inquirir testemunhas, atos que poderiam ser fiscalizados pelo acusado), sendo de neutralidade o papel do magistrado na instrução.

Havia, porém, o risco de o acusador, caso agisse temerariamente e findasse por não provar a acusação feita, ser processado criminalmente por calúnia, prevaricação ou tergiversação. Outros inconvenientes consistiam no alto grau de impunidade (por depender o processo da provocação de algum interessado em assumir a acusação), na freqüência em utilizar-se o expediente como meio de vingança ou extorsão, porquanto

destituído de prévia investigação, e na não-contemplação da parcela menos favorecida do povo, pois dificilmente o mais fraco cobrava a imposição de penas ao seu senhorio.

Na era do Alto Império, o poder absoluto volta a centralizar-se nas mãos do príncipe, ou imperador, surgindo o processo penal extraordinário (*cognitio extra ordinem*), um procedimento inquisitorial, mais útil aos interesses totalitários do período. Os magistrados imperiais, delegados do príncipe, poderiam investir-se de tarefas próprias do acusador particular, iniciando mesmo o procedimento de ofício, o que servia para consumir perseguições políticas.⁵⁰

A fase do Baixo Império ainda foi marcada pelo processo da *cognitio extra ordinem*, com o qual a tortura, expediente já conhecido dos povos mais antigos, passou a ser largamente utilizada, para obter a confissão dos réus e a verdade das testemunhas reticentes. A instrução passa a ser secreta, escrita e não-contraditória, podendo o magistrado agir independente de acusação formal e proceder às diligências bastantes ao conhecimento da verdade, traço que é enaltecido por HÉLIO TORNAGHI. O processo inquisitório reaparece como subsidiário do acusatório e com este passa a coexistir por séculos. Já no período do Direito Justinianeu (527 a 565 d.C.), ao final do Baixo Império, cai em prestígio o direito romano, sobretudo pela influência do direito canônico no processo penal, sentida desde o século V. Assim, no derradeiro estágio da história romana, a instrução processual penal passa a ser escrita, consignando-se em autos os interrogatórios de acusados e as inquirições de testemunhas.

Com a queda do Império romano e a invasão germânica, o processo penal passa a seguir as regras do Código Visigótico (652 d.C.) – um sistema misto formado pelos direitos germânico (acusatório) e romano (inquisitório), com complexo regime de distribuição de competência – e do direito consuetudinário visigodo, calcado na proteção da divindade: o acusado prestava juramento de dizer a verdade no interrogatório, sob pena de ser castigado por perjúrio; com a confissão era proferida, de imediato, sentença condenatória, prescindindo-se de outras provas; cabia ao acusado o ônus exclusivo de demonstrar a impropriedade da

⁵⁰ Destaca FERRAJOLI que, se na República o sentimento cívico e o hábito de liberdade tornaram possível o funcionamento da iniciativa acusatória por qualquer cidadão, desenvolveram-se na Roma Imperial as primeiras formas de procedimento inquisitivo, com as causas de ofício nos crimes de lesa-majestade e subversão, lesionadores de interesses do príncipe, identificando-se a parte prejudicada com o Estado. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 565).

acusação. Aplicavam-se algumas provas indiretas *juris et de jure*,⁵¹ costumes bárbaros que refletiam o estágio de credence dos povos à época e que foram suportados durante séculos. O processo de eliminação desses métodos cruéis de investigação criminal foi lento e iniciado, sobretudo, pelo Cristianismo, com a proibição, pela Igreja, dos chamados “juízos de Deus” e a limitação dos monarcas pelo respeito à fé e à moral cristã (fundamento espiritual para a monarquia).

A metodologia acusatória entra em declínio no século XIII, cedendo lugar ao sistema inquisitorial, o qual somente veio a sofrer sensível alteração com a codificação napoleônica, instituidora do chamado *sistema misto*, também nominado *sistema francês*. Pode-se dizer que o acusatório é o sistema mais aplicado nos países que privilegiam a liberdade do cidadão.

3.2 Sistema inquisitorial

O processo inquisitório caracteriza-se, em linhas gerais, por uma persecução normalmente escrita e secreta (embora a escritura e o sigilo não lhes sejam formas essenciais e também se encontrem em alguns modelos acusatórios, desde o direito romano, muitas vezes em benefício do acusado), sem contraditório (não há o contraste de forças, a luta entre acusador e acusado), tendo por regra o encarceramento preventivo do acusado e a sua incomunicabilidade. Elege o método de investigação objetiva e conscienciosa da verdade.

Nessa postura metodológica, ganha importância o papel do juiz na colheita do material probatório, em nome de um tratamento técnico da questão criminal e do “interesse público”. O Estado, com a função de defesa da sociedade contra os delinquentes, não pode mais admitir o poder dispositivo das partes sobre as provas. O livre convencimento é sinônimo não só de autonomia do julgador na apreciação das provas, mas também de ausência de limites com relação ao objeto de investigação e aos meios utilizáveis.

⁵¹ Essas provas eram o “duelo judiciário”, em que combatiam acusador e acusado na crença de que Deus, infinitamente justo, não permitiria que o acusado fosse vencido, se inocente, e os denominados “juízos de Deus” ou “ordálias”, verdadeiros testes de sacrifícios aos quais se submetiam os acusados, sendo que, se saíssem vivos, por intervenção divina, eram considerados inocentes. Exemplo era a “prova pelo fogo”, em que o acusado deveria caminhar com os pés nus sobre várias barras de ferro incandescentes, sem se queimar, sob pena de ser considerado culpado.

Excetuado o período mais remoto – Antiguidade e Idade Média, quando se exigia a demanda da parte ofendida ou de qualquer cidadão nos crimes de ação pública –, o processo penal carregou as notas desse procedimento.

No sistema inquisitorial (também chamado inquisitivo ou inquisitório), visto em sua forma pura, o processo penal é marcado pela concentração de funções de acusação, defesa e julgamento num só sujeito, o juiz-acusador, um espécie de inquisidor, que inicia, de ofício, o procedimento e colhe provas ao seu alvedrio, independente de proposta da acusação ou da defesa.

Embora não fosse propriamente uma novidade (pois encontra antecedentes greco-romanos), o método inquisitivo aperfeiçoou-se no seio do direito eclesiástico, a pretexto de evitar escândalos em torno dos fatos que se pretendia punir, coibir a propagação de condutas heréticas ou contestadoras do poder real e também com o argumento de desestimular a vingança privada. O direito canônico, conjunto de leis estabelecidas pela Igreja Católica para regular matérias de sua competência, de feição nitidamente inquisitiva, não aceita mais a verdade formal, o duelo judiciário e as ordálias. Persegue a verdade material, em nome da qual por vezes era o acusado torturado a fim de ofertar a confissão.⁵²

Inaugura um sistema de processo penal prestigiado durante séculos por vários países do continente europeu. Com ele, houve o crescente abandono dos métodos cruéis de apuração da verdade e das penas gravosas, tudo devido a uma ideologia fundada na crença de que o homem está vinculado primeiramente à divindade, à medida que criado à imagem e semelhança de Deus, não se tendo o Estado, assim, como a única unidade perfeita.

Em grande parte da Idade Média, manteve a Igreja a tradição do ensino da teologia e instituiu um procedimento que retirou da jurisdição secular o poder de processar e julgar os clérigos. A função jurisdicional era exercida pelos bispos, arcebispos ou oficiais e, até o século XII, a figura do acusador era obrigatória para instaurar-se o processo, o que denota nítida influência romanística. Entretanto, como bem assinala MARCO ANTONIO DE BARROS, “embora os costumes dos bárbaros estivessem mais ligados ao sistema acusatório, o

⁵² Em avaliação dos novos métodos adotados pela jurisdição eclesiástica, assinala MAGALHÃES GOMES FILHO: “A rigor, bem analisadas as coisas, a técnica do inquérito não chegava a superar o irracionalismo dos duelos e ordálias, em que a revelação do verdadeiro é confiada à divindade; afinal, a tortura também não passava de um jogo (desigual) entre o juiz-inquisidor e o acusado, em que este ganha, resistindo, ou perde” (GOMES FILHO. Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 22).

certo é que o processo criminal medieval continuou predominantemente inquisitório, sendo por esse motivo também acolhido pelo Direito canônico”.⁵³

O predomínio do procedimento canônico se inicia a partir do século XIII, com o Papa Inocêncio III, para quem o processo criminal poderia iniciar-se por três formas: acusação, denúncia ou inquisição. Como a primeira caiu em desuso e a segunda (denúncia anônima) era muito utilizada como vingança contra inocentes, determinou o Pontífice que todo processo de competência do clero fosse precedido da *inquisitio*, segundo regras ditadas no IV Concílio de Latrão, em 1216. A partir daí, o processo penal tomou impulso jamais visto: a Igreja agasalhou amplamente a persecução de ofício, permitindo ao juiz, independente da existência da acusação, instaurar o procedimento, colher a prova (ouvir testemunhas) e pronunciar uma condenação.⁵⁴

Já na segunda metade do século XIII, todavia, a *inquisitio* tem sua utilização deturpada – de mera fase investigatória e cautelar da *notitia criminis*, para melhor averiguar denúncias anônimas, transforma-se em poderoso instrumento judicial, secreto e sumário, sendo que a tortura fora admitida com a *Lex Ad Extirpanda* (1252) e a pena de excomunhão, com o Papa Bonifácio VIII (1298).⁵⁵

No século XV foi criado o Tribunal do Santo Ofício, ou Tribunal da Inquisição, seguindo-se o definitivo abandono do sistema acusatório, substituído pelas regras do inquisitório, situação que perdura até o século XIX. A denúncia anônima volta a aceitar-se como forma de instauração do processo penal (transmutando-se em instrumento de calúnia e outras falsidades), a acusação é relevada por despicienda, a prova oral é colhida secretamente e de ofício pelo juiz eclesiástico, o juramento do *inquisitus* de dizer a verdade quando interrogado passa a ser obrigatório (meio de prova de grande importância para a Igreja e cujo valor decorre da convicção de que Deus pune o perjuro). Desaparece o debate oral,

⁵³ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

⁵⁴ Legitimava o sistema inquisitório a *teoria das provas legais*, segundo a qual o juiz, para condenar, deveria reunir certas provas, cujo valor era numericamente atribuído por lei ou pela doutrina, tendo fundamento sobretudo garantista, ou seja, visando ao controle do arbítrio do julgador na Idade Média. Essa teoria tem origem bastante remota, já no direito hebraico, que vedava a condenação do acusado de qualquer crime ou pecado, com base em um só testemunho. No entanto, “tais exigências só resultavam na maior severidade da investigação, pois a confissão, com o recurso inevitável à tortura, tornava-se verdadeira condição *sine qua non* para a obtenção do convencimento”. (GOMES FILHO. Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 24.)

⁵⁵ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64-65.

substituído pelas formas escritas; legitima-se a tortura como meio de forçar a auto-acusação. E mais: veda-se a defesa, sob o pálio de poder ser prejudicial à obtenção da verdade.

Tal metodologia, tenebrosa em termos de garantias do réu, propagou-se às justiças laicas da Itália, Espanha, Alemanha e França, causando repulsa pelo sofrimento impingido aos acusados em geral. De fato, os argumentos de que era preciso tornar mais firme a repressão estatal aos delitos e de que tais meios facilitavam a apuração da verdade no processo penal não encontraram suporte moral. No entanto, como bem adverte HÉLIO TORNAGHI, é preciso examinar tais métodos de investigação com absoluta cautela, dentro do contexto de desenvolvimento sócio-cultural dos povos que os adotaram, reconhecendo-se que, naquele estágio, representou o sistema inquisitório uma garantia de justiça e de liberdade, mormente porque, sem ele, o homem humilde estava exposto às arbitrariedades dos fortes e poderosos, não lhe sendo fácil comparecer para acusação sem constrangimento e sem temor de quase certa vingança.⁵⁶

A história nos indica que tal sistema não deveria ter atingido as conseqüências que atingiu, privilegiando genericamente a obtenção da verdade processual insegura, forçada, quando não obtida por meios cruéis. Embora tomado de um sentimento de dignidade superior ao praticado no direito visigodo, faltou ao direito canônico instrumentalizar adequada proteção ao homem acusado de um fato delituoso ou herético. Mais tarde, a supremacia da Igreja sobre o Estado, ou do poder espiritual sobre o temporal, começa a ser discutida, sobretudo por pensadores ingleses, sendo de ressaltar que a onda inquisitorial não encontrou acolhida na Inglaterra, onde mantidas as garantias criminais inerentes ao sistema acusatório (publicidade dos processos, direito de defesa, repulsa à tortura).

Vigora o inquisitório nos países que preconizam a punição do culpado – mero objeto do processo –, ainda que mediante a supressão de garantias individuais. Eis a

⁵⁶ “(...) o primeiro cuidado de quem pretende conhecer a verdade deve ser o não se influenciar por preconceito de espécie alguma e procurar os acontecimentos com absoluta isenção e serenidade. (...) Sem qualquer sombra de dúvida, esse tipo de procedimento foi se formando aos poucos como corretivo para os defeitos do acusatório. Não surgiu de jato, não foi uma criação da prepotência, não visou à opressão nem ao aviltamento. Ao contrário, foi ditado pela conveniência, pelo bem comum. (...) Seria realmente espantoso que, não um povo, não alguns povos, mas quase todos os povos civilizados, houvessem, não por pouco tempo, mas por quase um milênio, aturado um sistema de procedimento que não tivesse algum título para recomendá-lo. (...) No entanto, cumpre registrar que, apesar da pura intenção com que foi adotado, o processo inquisitório revelou-se um instrumento tecnicamente inidôneo. A falta de denúncia impede o réu de formular convenientemente a defesa. E, por outro lado, a prevenção criada no espírito do inquisidor não lhe permite um julgamento psicologicamente imparcial.” (TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino: 1967, t. II, p. 567 e ss.).

razão pela qual se diz que o processo inquisitivo não é, conceitualmente, um verdadeiro processo.⁵⁷

3.3 Sistema misto

O sistema misto, ou francês, foi inaugurado pelo *Code d'Instruction Criminelle* (Código de Napoleão), de 1808, em vigor em 1811. Pretende ser um intermédio entre a necessidade de repressão e as garantias individuais, eliminando as imperfeições de cada um dos outros sistemas.

A França também foi alvo das invasões bárbaras e das penosas influências do processo acusatório germânico, acolhendo posteriormente o sistema inquisitivo do direito canônico. Com a crescente reprovação a tal procedimento, sobretudo em fins do século XVIII, nota-se um grande sopro de liberdade tomando a França, em um movimento de rechaço a institutos fundamentais do sistema processual penal do Antigo Regime, como as denúncias secretas e as torturas, e de formulação dos novos paradigmas do direito liberal.⁵⁸ Apresentavam-se, ao mesmo tempo, propostas reformistas inspiradas no modelo inglês de julgamento pelo júri popular, precedido de um processo oral e com intervenção da defesa. A Revolução Francesa, de 1789, marcaria o início do abandono do sistema inquisitório.

Algumas leis se seguiram à Revolução (em 1789, 1791 e 1801), procurando imprimir maiores garantias em favor do acusado, mas o rompimento definitivo com o procedimento inquisitório ou com o puro acusatório introduzido pela legislação revolucionária dá-se com o *Code d'Instruction Criminelle*, que inaugurou um sistema com duas fases definidas – uma inquisitória e uma amplamente acusatória. Na primeira, faz-se a instrução preparatória, escrita e secreta, dirigida por um magistrado, para apurar o fato em sua

⁵⁷ Interessante a conclusão de TORNAGHI, para quem o sistema inquisitório “é, afinal, a afirmação de um procedimento administrativo em que o Estado se auto-defende. Não se trata de atividade jurisdicional a não ser formalmente” (TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino: 1967, t. II, p. 576).

⁵⁸ Nesse cenário de pensamento libertário, encontra-se, por exemplo, a obra de CESARE BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, de 1764, com ecos em todo o continente europeu: “Os julgamentos devem ser públicos; também devem-no ser as provas do crime; e a opinião, que é talvez o único liame das sociedades, porá freio à violência e às paixões.” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, [1994?], p. 24).

materialidade e autoria, sem acusação e sem contraditório. Na segunda, totalmente pública, oral e contraditória, faz-se o julgamento pelo júri, instituição baseada no direito inglês. A acusação passou a ser exercida pelo Ministério Público (cuja origem remonta aos fins do século XIV – *les procureurs du roi*). Tal sistema construiu dogmas que se propagaram por muitos países, sobretudo no que tange à separação das funções que caracterizam a instrução, a acusação e o julgamento. Constitui a base dos ordenamentos afetos à tradição continental.

Marca-se o princípio da fase dita moderna do processo penal, a fase da certeza moral, conquistando-se definitivamente o sistema das provas morais, buscando-se a formação da livre convicção do julgador e dos jurados. Todas as provas são relativas, não ostentando nenhuma delas *ex vi legis* valor decisivo, mas tendo maior ou menor valor segundo lhe atribua o julgador, de acordo com a sua consciência.

O abandono das velhas fórmulas legais obriga o juiz a guiar-se, nas decisões, pelo livre convencimento formado segundo provas produzidas pelo crivo do contraditório. À estrita legalidade no tocante aos delitos e às penas contrapunha-se a liberdade do julgador na aplicação das penas, sem vinculação a regras probatórias. Precisamente aqui reside a crítica apontada por MAGALHÃES GOMES FILHO:

O grande paradoxo resultante da conciliação entre os dois modelos (...) foi a manutenção do critério da íntima convicção na apreciação das provas. Com efeito, introduzido como corolário de um processo acusatório, público e oral, em que o procedimento probatório era regulado pela *law of evidence*, com ênfase para a participação dos interessados, em contraditório, esse princípio passou a legitimar o arbítrio judicial, na medida em que as informações da fase precedente, obtidas sem quaisquer regras de garantia, passavam a ser valoradas livremente, como material idôneo à formação do convencimento.⁵⁹

Foi justo em face dessa contradição que a doutrina alemã relutou, durante certo período, em aceitar o livre convencimento, insistindo na valoração legal das provas⁶⁰ como garantia contra erros e abusos dos juízes. A crítica, entretanto, pode ser rebatida pela exigência de fundamentação das decisões judiciais, segundo o critério denominado de livre

⁵⁹ GOMES FILHO. Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 31.

⁶⁰ O princípio da prova legal ou tarifada, insta lembrar, não bastou a coibir os abusos, porque o juiz de então, conhecendo o valor preestabelecido de cada prova, passou a extrair a verdade por meio de torturas ou recursos à crença religiosa e mística, fazendo prova plena a confissão. A correção de um erro findou por ensejar um mal maior: o processo se tornou não um método de aplicação justa da lei penal, mas uma forma de concretização do arbítrio.

convencimento motivado. Segundo escrito no texto constitucional brasileiro, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...” (art. 93, IX, CR/88).

3.4 O tema no direito comparado: os exemplos do Juizado de Instrução e do modelo do direito anglo-saxônico

Entre os sistemas processuais adotados hodiernamente, destacam-se os Juizados de Instrução, típicos do sistema inquisitório e de inspiração francesa, e o modelo anglo-saxônico, nos quais se vislumbram mais nitidamente os componentes do sistema acusatório.

No primeiro caso, a fase investigativa fica a cargo do julgador, como ocorre na França, na Argentina e no México. No segundo, próprio do *common law*, deixa-se ao Ministério Público e ao imputado a titularidade da instrução, sendo defeso ao juiz interferir na etapa das investigações preliminares (fase pré-processual) e na iniciativa instrutória.

O sistema criado pelo direito gaulês – e muito tempo considerado ponto intocável do processo penal – consagra a imersão do juiz já nos autos das investigações penais. A iniciativa da persecução judicial é cometida ao Ministério Fiscal, parte acusadora que exerce a ação penal e exige a aplicação da lei, tendo sob sua vigilância os atos dos oficiais e da polícia judiciária. Podem os fiscais dirigir a atividade dos oficiais da polícia judiciária, que buscarão elementos a supedanear o exercício da ação penal contra o indiciado. Entretanto, na fase investigatória, escrita e sigilosa, iniciada por denúncia do Ministério Fiscal ou por querela da vítima, o juiz exerce função também de investigador, incumbindo-lhe reunir as provas e as infrações, desvendar-lhes a autoria, instruir o processo a favor e contra o denunciado, realizando as diligências pessoalmente ou com o apoio da polícia judiciária.

A instrução dos processos é, pois, de regra, dirigida pelo juiz de instrução, sendo a sentença prolatada por um juízo singular ou colegiado, conforme a natureza do crime. Como explica MIREILLE DELMAS-MARTY, o artigo 81.1 do Código francês garante ao juiz de instrução realizar todos os atos que considere úteis ao descobrimento da verdade,

diligências que podem ser postuladas pelo Ministério Fiscal, sendo que a parte privada somente pode requerer determinados atos taxativamente enumerados.⁶¹

São grandes as críticas, na França, aos juizados de instrução. O juizado vai aos poucos cedendo vez à Polícia Judiciária, a qual acaba por ocupar espaços que, inicialmente, não lhe eram reservados.⁶² Segundo observa FAUZI HASSAN CHOUKR, nas propostas de alteração legislativa na França sente-se a preocupação com a inserção, na etapa preliminar, do contraditório e da figura do juiz garantidor (diferentemente do juiz de instrução), na concepção do processo italiano, ficando a condução das investigações a cargo do Ministério Público.⁶³

De outro vértice, o sistema judiciário anglo-americano, ou do *Common Law*, é marcado essencialmente pela instituição do júri, que se afirmou paulatinamente, com o declínio dos “juízos de Deus”, e cujas funções foram alteradas no decorrer da história (recolher informações, prestar testemunhos, apurar crimes, resolver admissibilidade de acusações e, finalmente, decidir sobre a culpa ou inocência do acusado), repercutindo sobremodo no campo da atividade probatória, que passa a voltar-se à seleção de material informativo a ser submetido aos jurados.

A existência do júri influenciou de forma decisiva a estrutura acusatória do procedimento e o modo de produção das provas, que deveria dar-se no dia do julgamento, na presença de todos os membros do tribunal (notas da concentração e da oralidade), até então desinformados a respeito do processo, dialogando as partes perante os jurados, em uma aproximação justiça-sociedade (nota da publicidade). Toda a iniciativa processual é atribuída às partes, revelando a concepção de um Estado que se propõe exclusivamente a solucionar os conflitos sociais, sem neles interferir diretamente para impor as próprias escolhas. O juiz intervém apenas para assegurar a correção da disputa (posição de moderador da lide), sem

⁶¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 253 e ss.

⁶² Como informa GONZALO COUSELO, na intenção de promover uma reforma da justiça, o Presidente Chirac deu a conhecer, em julho de 1997, o *Informe Truche*, no qual, entre outras questões, pretendia retirar as atribuições dos juízes instrutores, incorporando a figura do juiz de liberdade (que decidiria objetivamente os casos de detenção policial), bem assim as faculdades policiais de manter os detidos, durante as primeiras vinte horas, sem assistência de advogado, o que provocou protestos dos sindicatos policiais. Nessa permanente tensão entre os Poderes Executivo e Judiciário (os juízes franceses exercem uma direção funcional da polícia judiciária, ao passo que a orgânica permanece com o Executivo), houve mesmo um caso, em 1996, no qual os membros da polícia de Paris negaram o requerimento de um juiz, para que o acompanhassem em busca no domicílio do prefeito da capital. (COUSELO, Gonzalo Jar. *Modelos comparados de polícia*. Madrid: Dykinson, 20002, p. 50-52).

⁶³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 102.

interferir diretamente na apuração dos fatos. Mercê dessa natureza competitiva, a doutrina anglo-saxônica utiliza a expressão *adversary system* para denominar tal tipo de processo, em lugar de “sistema acusatório”.

Assim, o sistema inglês é regido, nas palavras de ÁNGEL PASTRANA, pelo modelo acusatório puro, mas prevê a acusação pública e oficial, embora não exista o Ministério Público, ainda em vias de organização. A autoridade judicial não pode atuar de ofício, sob pena de infringir a igualdade dos litigantes. O processo penal se compõe de duas fases, a preparatória, das investigações preliminares, e a de acusação, oral e em juízo. A acusação pode ser formulada por qualquer sujeito, geralmente um advogado ou a polícia, mas sempre em nome da Coroa, sob a denominação de *prosecutors*.⁶⁴

Nos dias atuais, conforme pontua GERALDO PRADO, “no sistema inglês alcança-se, certamente, o maior nível de acusatoriedade, pela implementação de um processo de partes, com preocupação de parificá-las, assegurando-se ampla defesa, contraditório, publicidade, oralidade e absoluta imparcialidade do juiz, sem desprezar os aspectos atinentes à disponibilidade da ação penal”.⁶⁵

3.5 Conclusões sobre o funcionamento dos sistemas

A adoção de um ou outro sistema – acusatório ou inquisitivo – não resulta de mera opção legislativa, mas deita raízes na própria natureza do Estado que instituiu o sistema processual. Como explica JULIO MAIER, “*la característica fundamental del enjuizamiento inquisitivo reside en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo*”.⁶⁶

⁶⁴ Não desconsidera o autor, ainda, a série reformas operadas após 1945 no sistema judicial penal inglês, como resposta às críticas sobre sua lentidão e ineficácia, além do excesso repressivo das penas. Cf. PASTRANA, Ángel Tinoco. *Fundamentos del sistema judicial penal en el 'common law'*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001, p. 45-49.

⁶⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 111.

⁶⁶ MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996, t. I, p. 447.

Assentadas que foram as linhas principais desses grandes sistemas de aplicação da lei penal, insta atentar para uma sensível e gradual substituição, no direito comparado, do inquisitivo pelo acusatório, este que seria, como defende com maestria GERALDO PRADO, o sistema vocacionado a cumprir a função garantística do Processo Penal.⁶⁷ Consolida-se o Ministério Público como verdadeiro titular não só da ação penal, mas da sua preparação. O consagrado juizado de instrução, no estágio atual do pensamento instrumental penal, dá lugar a uma etapa investigativa livre de ingerências do julgador que não sejam para garantir a legalidade das medidas investigatórias tomadas, contra e a favor do investigado.

Quanto à legitimidade para instauração da etapa pré-processual, pode-se afirmar que as maiores aspirações reformistas retiram desta cena o julgador – mantendo-se diluída entre os agentes de segurança pública e o Ministério Público –, para conferir-lhe um posto de garantidor, atuando em incidentes jurisdicionalizados dentro da investigação criminal. No transcurso dessa etapa, o modelo acusatório ideal repudia a intromissão de outro órgão que não o legitimado ativo para sua condução e valoração, pois cabe ao titular da ação penal decidir sobre o que investigar.⁶⁸

Reconhece-se, assim, no acusatório o perfil do processo mais condizente com a realização da Justiça criminal, porquanto se liberta o juiz de qualquer vínculo psicológico com a pretensão em causa, vez que não teve a iniciativa de instaurar a ação ou de buscar a prova. A esse respeito, é elucidativa a conclusão de GUSTAVO IVAHY BADARÓ:

Por essas características, o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violador dos mais elementares princípios processuais modernos. Sem um julgador equidistante das partes não há imparcialidade. O juiz que formula a acusação liga-se psicologicamente à causa, perdendo a

⁶⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. XV-XVI.

⁶⁸ Mesmo nos países que adotam o sistema misto, não são ausentes as críticas. Na Itália, por exemplo, a realidade processual vigente desde o Código de 1989 não se desvincula da experiência vivida sob o Código Rocco, com fortes marcas inquisitórias: liberdade do juiz na investigação e da formação da prova, em regime de segredo, relegando-se o imputado e seu defensor a posição de absoluta inferioridade, excluídos da atividade probatória. Segundo SIRACUSANO, um sistema tal, certamente pouco idôneo a satisfazer a real expectativa de justiça, suscitou a exigência de uma profunda reforma da “infeliz combinação do sistema misto” para adequá-lo a um ordenamento democrático, com ampla consideração pela pessoa, acentuação dos poderes da parte na formação da prova, valorização dos debates e da oralidade. Conclui, entretanto, o autor que a miragem do rito acusatório dura muito pouco, tanto quanto a ilusão de um Código seguro e duradouro, mantendo-se um aglomerado de normas sem harmonia, resultante das modificações legislativas e de não poucos pronunciamentos da Corte constitucional (SIRACUSANO, D. et al. *Diritto processuale penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, v. 1, p. 39-40).

objetividade no julgamento. Há uma nítida incompatibilidade entre as funções de julgar e acusar.⁶⁹

Se a visão do papel do Estado na sociedade, ditada pelo positivismo dos fins do século XIX, era a de defesa do corpo social contra os criminosos, a fundamentar racionalmente os sistemas inquisitoriais, nota-se que a busca obsessiva pela verdade efetiva, material e histórica acaba por ser gradualmente superada pela pesquisa de uma verdade apenas provável. Como resultado da assimilação da tradição tópico-retórica, a prova passa a ser vista como *argumentum* e não prescinde do momento da persuasão. A verdade a ser perseguida é a própria das coisas humanas, sem pretensão de ser absoluta e sem excluir uma probabilidade contrária.

O Estado moderno, reconhecendo a impossibilidade de obter-se, pela pesquisa probatória, um resultado absolutamente verdadeiro, opta por valorizar a correção do procedimento e as garantias dos sujeitos do processo. Preocupa-se ainda com alguns aspectos extraprocessuais, vedando-se a incorporação de provas que possam macular direitos assegurados no ordenamento (as chamadas *regras de exclusão* do direito anglo-saxão). A solução verdadeira é escolhida por ditames de ordem ética, com base na lisura do encontro dialético das partes contrapostas.⁷⁰

3.6 Evolução do sistema processual penal brasileiro

3.6.1 Período das Ordenações

⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 24.

⁷⁰ Conduzimo-nos à idéia de *justiça procedimental pura*, descrita na teoria ética de JOHN RAWLS e que se verifica quando não há critério independente para o resultado correto, mas apenas um procedimento correto ou justo: o resultado será sempre correto ou justo à medida que o procedimento haja sido corretamente aplicado. O autor diferencia ainda a *justiça procedimental perfeita* (em que existe um padrão independente de decisão e um procedimento que com certeza o conduza ao resultado justo), esta, a seu ver, rara, senão impossível, da *justiça procedimental imperfeita* (na qual, embora exista um critério independente para produzir o resultado correto, não há processo factível que com certeza leve a ele), exemplificada pelo processo criminal: mesmo que a lei seja cuidadosamente obedecida, e o processo conduzido de forma justa e adequada, pode-se chegar ao resultado errado, sendo considerado culpado um homem inocente, e vice-versa. Essa injustiça advinda do erro judiciário nasceria não da falha humana, mas de uma junção de circunstâncias que frustra a finalidade das normas legais. (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 89-91).

No início da colonização do Brasil, que se deu a partir de 1520 (no reinado de D. João III, em Portugal), aplicaram-se sucessivamente as Ordenações Manuelinas e Filipinas. Entre as Ordenações do Reino, as Afonsinas – que misturavam traços do Direito romano de Justiniano e do Direito canônico – não chegaram a vigorar entre nós, porque empregadas de 1446 até 1521, quando substituídas pelas Manuelinas.⁷¹ Portugal, país de forte tradição religiosa, sofreu expressiva influência do sistema inquisitório apregoado pela Igreja Católica, marcando presença em seu território os Tribunais da Inquisição, entre os séculos XVI a XIX.

Sob a vigência das Manuelinas, predominavam as formas canônicas, iniciando-se as ações por “querelas juradas”, “denúncias” ou “inquirições devassas”. As devassas eram inquirições realizadas pelos juízes para informação dos delitos. A jurisdição contava com quadro de auxiliares (tabeliães, inquiridores, oficiais de justiça). Surge nesse período o cargo de promotor público.

As Ordenações Filipinas, aplicadas a partir de 1603, foram as que exerceram maior influência entre nós, pois vigoraram, juntamente com algumas leis esparsas, no decorrer de mais de dois séculos, até o surgimento da primeira legislação processual brasileira: o Código de Processo Penal do Império.

Destacavam-se nas Ordenações Filipinas as chamadas devassas gerais e especiais, cabendo, pois, aos juízes, nos seus territórios, “formar o corpo de delito e abrir inquirição devassa” logo que tivessem notícia da prática de infrações penais. Serviam de base ao julgamento a confissão, a testemunha e os tormentos⁷² – estes admitidos como meio de prova, mais freqüentemente, em escravos ou pessoas do povo destituídas de títulos de nobreza.

⁷¹ Como anota MARTINS JÚNIOR, por maior que fosse o seu merecimento, “é certo que as *Ordenações Afonsinas* só estiveram em vigor durante pouco mais de meio século, sendo, no fim desse período, implacavelmente assoberbadas e vencidas pelo ‘furor de legislar ou codificar’ que, no dizer de um distinto escritor, parece ter invadido Portugal naquela época” (MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. *História do direito nacional*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 68).

⁷² “Não se pode dar certa forma quando e em que casos o preso deve ser metido a tormento, porque pode ser contra ele um só indício que será tão grande e tão evidente que baste para isso, convém a saber, se ele tiver confessado fora do juízo que fez o malefício por que é acusado ou houver contra ele uma testemunha que diga que lho viu fazer ou fama pública que proceda de pessoas de autoridade e dignas de fê ou se o preso se ausentou da terra pelo dito malefício, antes que dele fosse querelado com outro algum pequeno indício. E poderão ser contra ele muitos indícios tão leves e fracos que todos juntos não bastarão para ser metido a tormento; portanto ficará no arbítrio do julgador o qual verá bem e examinará toda a inquirição dada contra o preso. E se achar tanta prova contra ele que o mova a crer que ele fez o delito de que é acusado, mandá-lo-á meter a tormento e de outra maneira não.” (BRASIL. *Ordenações Filipinas*. Organiz. Sílvia Hunold Lara. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, I. V, p. 475-476).

A regra geral, portanto, era a inquisitorialidade, fundada na iniciativa de ofício, no emprego da tortura, no sistema de avaliação legal das provas e na predominância da forma escrita, inclusive da sentença, com uma fase processual anterior ao julgamento, que findava com a pronúncia, sem embargo de, nos primeiros tempos de colonização, ficar o processo à discrição dos doze donatários das quatorze capitanias hereditárias, com ampla jurisdição. Tal modelo correspondeu a uma concepção absolutista de Estado, com conseqüências culturais e jurídicas que até hoje se fazem sentir.

3.6.2 Código de Processo Criminal do Império

Após a Independência, continuaram a vigor no Brasil as Ordenações Filipinas e leis avulsas. Nossa primeira Carta Política, outorgada em 25 de março de 1824, vem marcar a adoção da teoria do utilitarismo (“nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública” – art. 179, § 2.º) e do espírito iluminista – o que representou um avanço para os costumes da época –, com um título sobre garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros.

Nesse rastro, foram promulgados o Código Criminal do Império, em 16 de dezembro de 1830 (o qual, pondere-se, manteve algumas penas cruéis, como a pena de morte, para atender aos interesses da sociedade burguesa), e o primeiro Código de Processo Criminal, em 29 de novembro de 1832, denominado “Código do Processo Criminal de Primeira Instância”. O Código se dividia em duas partes, referentes à organização judiciária e à forma do processo. A Justiça eclesiástica passou a decidir unicamente questões espirituais, abolidas de vez as devassas.

Os dispositivos processuais claramente afinados com os ideais do liberalismo mereceram o aplauso da doutrina nacional e internacional. O processo criminal admitia três tipos de iniciativa: pública, particular e popular. A divisão entre os tipos de ação (procedimento) e sua iniciativa se fazia em função da espécie e da gravidade dos delitos. Havia dois tipos de processo, ordinário e sumário, sendo este último oral e simplificado, de atribuição dos juízes de paz e aplicado aos crimes policiais e delitos menos graves (art. 12, § 7.º, do Código).

Quanto ao processo ordinário, iniciava-se com a denúncia ou queixa, após a qual a autoridade procedia à formação da culpa e enviava o processo a júri de acusação. Se o júri acatasse a denúncia, o réu seria pronunciado e encaminhado a um segundo júri, de sentença. A fase acautelatória e preliminar de formação da culpa regia-se pela inquisitorialidade, com participação ativa do juiz de paz até a confirmação da pronúncia. Nisso se nos revela a adoção do sistema misto (inquisitivo e acusatório): a participação do juiz na colheita da prova foi regulada de modo a assegurar o contraditório e a ampla defesa do acusado (arts. 84 a 89), permitindo-se ao julgador, de outro lado, dar início à ação penal e reunir, ele próprio, as provas necessárias (arts. 138, 154 e 206).

De fato, embora de índole mais liberal que o modelo da França, por admitir alguma contrariedade, e não mais o segredo, o Código de Processo do Império não adotou a estrutura de um processo misto, qual o francês, à míngua de um órgão público devidamente estruturado e desenvolvido com incumbência da acusação, por isso que resguardava o procedimento *ex officio* pelo juiz.

O sistema foi bastante modificado pela Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, alterando-se novamente a organização judiciária, eliminando-se o júri de acusação e mantendo-se o júri de sentença. Restou fortalecida a ação penal *ex officio*, com amplos poderes instrutórios do juiz, visando ao mais vasto conhecimento da verdade. Restrições à aplicação do procedimento de ofício vieram a ser implementadas com a Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871.⁷³

3.6.3 Legislações processuais penais dos Estados

A Constituição republicana de 1891, que trouxe progressos quanto aos direitos conferidos aos acusados (garantia de plena defesa com todos os meios a ela inerentes, abolição das penas de morte e de banimento), fracionou o processo penal, conferindo a cada Estado-membro autonomia para legislar em matéria de processo, o que deu azo à coexistência de regras as mais diversificadas.

⁷³ Cf. BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 80-81.

A esse cenário pluralístico, contudo, nem todos os Estados aderiram, alguns preferindo seguir adotando a sistemática processual penal do Código Imperial, com as mudanças proporcionadas pela legislação comum (o processo penal já estava regulamentado pela Lei n.º 2.033 e pelo Decreto n.º 4.824, ambos de 1871, que proviam o processo de características como oralidade e contraditório pleno no julgamento, processo escrito e contraditório restrito na formação da culpa, plenitude de defesa nos crimes comuns, inquérito policial servindo de base à denúncia ou queixa). Como anota PIERANGELI, os Estados de São Paulo, Pernambuco, Alagoas, Mato Grosso, Pará e Goiás fugiram ao movimento pluralista.⁷⁴ A legislação estadual sofreu bastante influência do Decreto n.º 848/1890, que organizara a Justiça Federal.

A citada heterogeneidade não foi assimilada pela cultura jurídico-processual e findou por ser abolida pela Constituição de 1934, que reunificou (art. 5.º, XIX, *a*) o direito processual nacional. No mesmo ano em que promulgada a referida Carta, foi nomeada a comissão de juristas (Narcélio de Queiroz, Nelson Hungria, Cândido Mendes de Almeida, Vieira Braga, Florêncio de Abreu e Roberto Lyra) para elaboração do que viria a tornar-se o Código de Processo Penal atualmente em vigor.

3.6.4 Código de Processo Penal de 1941

O Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, instituiu o vigente Código de Processo Penal, de inspiração, como sabido, nada liberal, visando prioritariamente à “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem”. E continua a Exposição de Motivos: “As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade”.⁷⁵

⁷⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 157-165.

⁷⁵ BRASIL. Poder Executivo. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1941, item II.

Sem embargo da manutenção de elementos inquisitoriais no processo, houve avanços, como a outorga ao Ministério Público do poder de requisição de inquérito policial e de diligências, além da regra de sua titularidade na promoção da ação penal pública, embora, como destaca HUGO NIGRO MAZZILLI,⁷⁶ ainda se admitisse o procedimento penal *ex officio* (contravenções penais – art. 531 do CPP), somente reconhecido abolido pela jurisprudência com o advento da Carta de 1988.

Sempre foi dominante o entendimento de que o sistema do Código de Processo Penal de 1941 era misto, justamente porque, composto de duas fases consecutivas – a primeira, perquisitiva e marcada pelo inquérito policial, e a segunda, acusatória, iniciada com o processo –, apresentavam-se as duas etapas não estanques e incomunicáveis, mas com características mescladas: ao passo que no inquérito é legado à vítima e ao investigado requererem diligências, na fase judiciária são muitos os atos escritos, permitindo-se por vezes o sigilo (arts. 486, 745 e 792, § 1.º, p. ex.) e mesmo a iniciativa judicial para “descobrir a verdade” (arts. 156, *in fine*, 176, 209, por exemplo).

Não obstante, sob os auspícios da sistemática constitucional advinda da ordem de 1988, em que separadas claramente as funções de julgar, acusar e defender, previsto o amplo contraditório e consignada expressamente a presunção de inocência, passa-se a concluir que, embora mantido o inquérito policial, está-se diante de um sistema acusatório. O verdadeiro *processo de partes* estaria denunciado em regras como a da titularidade da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I, da CF), que se desvincula do Poder Executivo (Capítulo IV do Título IV da Constituição), a constitucionalização da função do advogado (art. 133, CF) e a instituição das defensorias públicas (art. 134). O papel de acusar tocará unicamente ao Ministério Público, ou ao querelante, nas ações penais de iniciativa privada, ao passo que o juiz decidirá a imputação formulada, descabendo falar quer em julgamento por parte do acusador, quer em acusação de ofício.

⁷⁶ *Regime jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica do Ministério Público, aprovada pela Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12. Registre-se, a título de ilustração, o seguinte excerto de acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: “Indubitavelmente, a nova ordem constitucional, atendendo aos reclamos dos meios jurídicos do País, instituiu em nosso direito processual penal o sistema acusatório puro, atribuindo ao Ministério Público o monopólio das ações penais públicas. Aboliu, portanto, o procedimento *ex officio*, que tantas críticas mereceu dos doutrinadores...” (RT 638/314-5). Citado por MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1350.*

3.6.5 Tendências atuais

Historicamente, todas as categorias básicas do Direito Processual evoluíram de uma visão privatística para uma concepção publicística, o que conferiu a esse ramo do Direito autonomia científica. No processo penal, é marcante esse traço, pois passamos de um sistema acusatório rígido e individualista – em que a ação penal, grosso modo, tinha iniciativa privada –, que debilitava em muito a persecução penal, para uma quase total publicização desse sistema, graças à criação do Ministério Público, com o qual assume o Estado, definitivamente, a titularidade da *persecutio criminis in judicio*, sem precisar comprometer a imparcialidade judicial.

No esteio da tendência mundial, o Brasil vem adotando, paulatinamente, os elementos do sistema acusatório e os modernos institutos do processo penal, como a transação, o esmaecimento da obrigatoriedade da ação penal (tal qual ocorre nos crimes sujeitos ao procedimento dos Juizados Especiais Criminais) e o controle externo da atividade da polícia, com vistas a um equilíbrio maior entre os valores liberdade e segurança, imprimindo-se o devido relevo às garantias individuais.

E veja-se que, ainda sob a égide de ordens constitucionais anteriores, nas quais era diminuto o espectro de garantias do indivíduo, se comparadas à vigente Carta da República, vozes já havia a declamar a adoção do sistema acusatório, como é o caso de JOSÉ FREDERICO MARQUES, ao afirmar:

Como o processo penal, segundo dizia João Mendes Júnior, nada mais é que a aplicação dos princípios constitucionais, patente está que as leis ordinárias do direito judiciário penal, em nosso país, devem consagrar, em face das garantias acima expostas, o sistema acusatório, e repelir, por isso mesmo, o procedimento inquisitivo, tanto mais que, estatuída a separação e independência de poderes, no art. 36, o órgão julgador encarna uma função soberana do estado, distinta da dos demais poderes.⁷⁷

⁷⁷ O autor se referira às garantias de plena defesa, do juiz natural e do contraditório, expostas na Constituição de 1946 (MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 25).

É bem verdade que, não raramente, surgem defensores de institutos marcadamente inquisitoriais, como o sistema de juizados de instrução⁷⁸, o que se percebe em discurso proferido pelo Ministro NILSON NAVES, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, em 29 de maio de 2003. A seu ver, o sistema atuaria em delitos de maior potencial ofensivo, como forma de modernizar os instrumentos de resposta do Estado à criminalidade cada vez mais organizada.

Explica o magistrado que o propósito do sistema seria o de desenvolver a instrução investigativa, elucidando as circunstâncias, colhendo os documentos e provocando todas as medidas conservatórias necessárias à segurança dos fatos incriminadores e à ação da Justiça. São suas as seguintes palavras:

Desse modo, há de se aperfeiçoar a investigação de crimes cometidos com sofisticação nas sociedades modernas – aqueles relacionados com a evasão de divisas, os perpetrados contra a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, a ordem econômica e contra a administração e o patrimônio públicos, além dos crimes de lavagem de dinheiro e os praticados por organizações criminosas. A alteração significativa, como se preconiza, consistiria em colocar tais crimes sob a responsabilidade de um juiz ou membro do Ministério Público, o que atalharia o caminho do processo, uma vez que não ocorreria a duplicidade da formação da prova. Ademais, a ação repressiva do Estado seria fortalecida⁷⁹.

A discussão sobre a eliminação do inquérito policial e a adoção dos referidos Juizados não é recente e será objeto de estudo mais adiante. Importa, por ora, destacar que a comunidade jurídica não se alijou das mudanças implementadas pela Carta Republicana atual. Prova disso é o resultado da Comissão encarregada de elaborar propostas de alteração do Código de Processo Penal, sob a presidência da Prof.^a ADA PELLEGRINI GRINOVER, que avança sobremaneira na compatibilização das normas de direito processual infraconstitucional com os princípios regentes postos na Constituição.

⁷⁸ O juizado de instrução, é bom se esclareça de logo, não compromete de todo a imparcialidade judicial, desde que se criem, como em alguns sistemas legislativos, fases distintas, uma persecutória preliminar e uma acusatória para o julgamento (diferenciando, assim, o juiz de instrução, do juiz do julgamento). Todavia, isso implicaria um acoplamento forçado entre os modelos inquisitório e acusatório, através de fases processuais sucessivas, não havendo vantagem alguma em colocar o juiz como órgão de investigação em um sistema que dispõe de uma instituição como o Ministério Público, com papel constitucional de absoluta relevância.

⁷⁹ NAVES defende criação de juizado de instrução criminal para crimes de maior potencial ofensivo. *Notícias do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.stj.gov.br/webstj>. Acesso em: 29 maio 2003.

4. CONSAGRAÇÃO DO MODELO ACUSATÓRIO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

4.1 Repercussão das garantias individuais na conformação do processo penal hodierno – 4.1.1 O devido processo legal – 4.1.2 Garantia da igualdade: necessidade do paralelismo entre acusação e defesa – 4.1.3 A ampla defesa – 4.1.4 A imparcialidade do juiz – 4.2 Nova dimensão das funções dos agentes da Justiça Criminal em face da titularidade exclusiva da ação penal pública: separação entre acusação e jurisdição – 4.2.1 O Ministério Público – 4.2.2 A Polícia de Investigação. 4.2.3. O advogado e a Defensoria Pública.

O direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais ditadas pelo direito constitucional, principalmente pelo estabelecimento dos princípios constitucionais e de muitos de seus institutos. Na fixação dos fundamentos basilares que norteiam o arcabouço processual penal, nenhuma outra Carta brasileira foi tão generosa quanto a promulgada em 5 de outubro de 1988. A Constituição de 1988 é um exemplo altamente significativo da assunção, pelo constituinte, dessa interação com o processo, elencando diversas diretrizes processuais fundamentais, que resultam beneficiadas pela rigidez do *status* constitucional, ganhando simbolismo cultural que anteriormente não tinham, por estarem sempre ao nível da legislação ordinária.

A maioria dessas regras, verdadeiros princípios da ciência processual, são mesmo auto-aplicáveis, porque representativas de direitos fundamentais, prescindindo de disciplina processual ordinária para serem implementadas. Ao revés, sendo regras de interpretação, demandam atenção por parte do legislador ordinário, com vistas a prevenir indesejados embates entre os princípios e as normas infraconstitucionais. Dentro de uma visão garantística, podemos acrescentar que, mesmo não vindo normas que concretizem essas idéias gerais e abstratas (os princípios), cabe ao julgador (melhor, ao aplicador em geral), ao utilizar

o processo como instrumento ético que é, adaptar as existentes ao pensamento político maior, desconsiderando-as, se for o caso.

No campo penal, em que o processo judicial tem a finalidade de resolver conflitos de interesses de alta relevância social, tais garantias restaram fortalecidas com a nova ordem jurídica, remodelada que foi a forma de atuação do *jus puniendi*. Sobressaem garantias específicas, que encontram no devido processo legal a sua síntese. São assim listadas pela doutrina: a) o acesso à Justiça Penal; b) o juiz natural em matéria penal; c) o tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) a presunção de não-culpabilidade do acusado (CF, art. 5.º, LVII); e) a plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5.º, LV); f) a publicidade dos atos processuais penais (CF, art. 5.º, LX); g) a motivação dos atos decisórios penais (CF, art. 93, IX); h) a fixação de prazo razoável de duração do processo penal; i) a vedação de identificação datiloscópica quando já existe a identificação civil (CF, art. 5.º, LVIII); j) a previsibilidade de indenização do erro judiciário e da prisão além dos limites da condenação (CF, art. 5.º, LXXV); l) o fato de só poder a prisão ser ordenada pela autoridade judiciária competente (CF, art. 5.º, LXI); m) o direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório (CF, art. 5.º, LXIV); n) o direito à liberdade provisória (CF, art. 5.º, LXVI); o) a proibição da incomunicabilidade do preso e a necessidade da informação sobre seus direitos e da assistência do defensor e da família (CF, art. 5.º, LXIII), entre outros.

Para o escopo deste trabalho, apenas enfocaremos as relacionadas à sua temática central – o modelo acusatório de processo e as conseqüências mais diretas de sua adoção, como sendo a observância das atividades dos atores processuais e a reestruturação da atividade probatória do juiz. É justamente sobre os princípios do devido processo legal, da imparcialidade do julgador, da ampla defesa, da igualdade das partes e do dispositivo que o presente capítulo se deterá, buscando demonstrar como, a partir da Lei Maior, foi implantado o modelo acusatório no sistema processual penal brasileiro.⁸⁰

⁸⁰ Oportuno transcrever a afirmação de LUIZ FLÁVIO GOMES a respeito: “Quando [a Constituição da República de 1998] se refere ao Judiciário, no Capítulo próprio, inúmeras vezes utilizou a palavra ‘jurisdição’, que tem o sentido clássico de ‘dizer o direito’. Não se trata de um modelo acusatório ‘puro’ (até porque o juiz ainda pode determinar a realização de prova *ex officio*), mas é inegável que se aproximou do ideal” (GOMES, Luiz F. e CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 135).

4.1 Repercussão das garantias individuais na conformação do processo penal hodierno

A Constituição de 1988, ao passo que reconheceu, expressamente, pela primeira vez, garantias individuais como a presunção de não-culpabilidade (art. 5.º, LVII),⁸¹ deu nova feição às já existentes, como, v. g., o princípio da igualdade processual. Tais garantias inserem-se naquilo que se pode denominar processo penal constitucional, a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais aplicados ao processo criminal.⁸²

Assim fazendo, propiciou a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro, mormente em função da máxima do devido processo legal e os corolários da igualdade das partes no processo, da imparcialidade do julgador, da ampla defesa e do contraditório.

4.1.1 O devido processo legal

A Constituição da República, ao disciplinar a declaração dos direitos e garantias fundamentais do homem, consagra, no art. 5.º, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Explicita, em diversos incisos que se seguem, os

⁸¹ A garantia de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, esculpida no art. 5.º, LVII, da CR/88, não alcançara, nas ordens passadas, a mesma estatura e o mesmo vigor. As Constituições anteriores não traduziram a preocupação em assegurar a presunção de não-culpabilidade, garantia que repercute substancialmente sobre o ônus da prova no processo penal, tratado mais adiante. Algumas – as de 1824, 1891, 1937 – cingiram-se a consignar que ninguém poderia ser preso ou conservar-se na prisão “sem culpa formada”, o que deixa de assumir maior relevo garantístico em face da plena possibilidade, embora excepcional, de prisões processuais (Dados colhidos em: BRASIL. *Constituições do Brasil*. Compil. e atualiz. Adriano Campanhole e Hilton Lobo Campanhole. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994).

⁸² ANTONIO SCARANCE FERNANDES, valendo-se das lições de ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, explica que, do relacionamento íntimo entre processo e Estado, deriva a introdução, cada vez maior, nos textos constitucionais, de princípios e regras de direito processual, conduzindo ao desenvolvimento de estudos específicos sobre as normas processuais de índole constitucional. Define o processo penal constitucional como um “método de estudo do processo penal à luz da Constituição Federal” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16-18).

desdobramentos da garantia constitucional, compreendendo uma ampla gama de direitos subjetivos reconhecidos como direitos fundamentais.

A norma contida no artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) assegura o direito de ação, ou de acesso à ordem jurídica, ao mesmo tempo em que consagra o monopólio da justiça pelo Poder Judiciário. Tal direito, se bem tenha sido obscurecido, ou mesmo dizimado, em épocas ditatoriais, afigura-se inafastável diante dos novos contornos constitucionais, não podendo o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado deduza em juízo uma pretensão.⁸³

Pode-se, portanto, dizer com segurança que, hoje, mais do que nunca, a justiça é informada por dois grandes princípios constitucionais, o *acesso à justiça* e o *devido processo legal*, dos quais decorrem todos os demais postulados necessários a assegurar o direito à ordem jurídica justa.

Garantido está no ordenamento jurídico o consagrado direito de acesso à justiça – ou direito de demandar, considerado por alguns a síntese de todos os princípios e garantias do processo⁸⁴ –, sempre que se verifique uma lesão ou mesmo uma ameaça de lesão a algum direito outorgado aos indivíduos ou à coletividade. Procura-se, com isso, concretizar a proteção a esses direitos inscritos na Constituição. De nada adiantaria, entretanto, garantir-se o acesso à justiça sem que fossem asseverados alguns postulados necessários à apropriada e justa atuação do Estado-juiz na realização do direito objetivo. É o conjunto de garantias dessa justiça efetiva e adequada que se denomina devido processo legal. Em outras palavras, tal acesso deve ser feito, do início ao término dos processos, dentro das trilhas protetivas do devido processo.

O primeiro de nossos textos constitucionais a adotar expressamente a fórmula do devido processo legal, originária do direito anglo-saxônio, foi o de 1988, trazendo um rico conteúdo desdobrado em garantias específicas, como a do juiz natural e a da

⁸³ Segundo o escólio de ADA PELLEGRINI GRINOVER, em obra escrita antes da vigência da Constituição de 1988, o princípio constitucional em tela se prende diretamente à cláusula do *due process of law* do sistema anglo-saxão. É uma garantia, cujo conteúdo é o direito ao processo (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 17-18).

⁸⁴ Sobre a supremacia de um ou outro princípio, o Prof. NELSON NERY JÚNIOR defende ser o devido processo legal o princípio básico, sobre o qual se sustentam todos os demais: “Bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa.” (NERY JÚNIOR, Nelson.

proibição dos tribunais de exceção. Por outro lado, essas garantias passam a ser encaradas sob uma ótica não mais individualista, e sim publicista, instaladas em benefício não só das partes, mas do justo processo, dando-se relevo ao interesse geral da justiça.

Assim, o diploma de 1988 consagra, expressamente, no art. 5.º, LIV e LV,⁸⁵ as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sendo de ressaltar-se, todavia, que essas duas últimas regras já se encontravam previstas no sistema constitucional anterior, no art. 153, §§ 15 e 16:

§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.

§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.⁸⁶

Diante de enunciados como esses, era possível inferir, já em ordens constitucionais anteriores, a aplicação do devido processo legal no sistema penal, compreendendo formas de procedimento e garantias contra a violação do direito de defesa: ninguém podia testemunhar contra si mesmo; o acusado tinha o direito de ouvir as testemunhas de acusação; ninguém poderia ser condenado duas vezes pelo mesmo crime; a instrução criminal seria processada perante juiz; o Poder Legislativo não poderia editar normas retroativas.⁸⁷

O que se tem de inovação substancial é exatamente o exposto acolhimento, no corpo constitucional, do devido processo legal e sua indubitável extensão a todos os procedimentos – penal, civil e administrativo.

A garantia do *due process of law* foi, de início, concebida como um requisito de validade da jurisdição penal. Visava a impedir lesões dos direitos individuais, materializando-se através do contraditório e da igualdade das partes. Seu antecedente histórico remonta à Inglaterra, com a Magna Carta de 1215 (“Art. 39. Nenhum homem livre

Princípios do processo civil na Constituição Federal. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 30).

⁸⁵ “Art. 5.º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)”

⁸⁶ O texto reproduzido é da Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

⁸⁷ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e constituição: o devido processo legal. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XVI, n. 68, out./dez. 1983, p. 71.

será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.”). Tinha a função de limitar o poder real, e não o do parlamento propriamente dito, e resultou da reação da nobreza contra os julgamentos de organismos da coroa que se preocupavam apenas em satisfazer a vontade indiscutível do monarca.

Mas foi no constitucionalismo norte-americano que se consolidou a garantia fundamental do *judicial control*, como proteção máxima, na democracia, do indivíduo contra todo e qualquer desmando do titular do poder, diferentemente do que ocorria na Inglaterra, onde o Parlamento podia tudo e não se sujeitava a controle judicial.⁸⁸

Foram além os estadunidenses, não se limitando a garantir um processo devidamente ordenado, mas também exigindo que as regras de direito material fossem razoáveis e não arbitrárias (era a noção do *substantive due process*). Justamente com isso, alertaram a cultura ocidental para o fato de que não adianta haver uma magnífica declaração de direitos ou uma definição de órgãos competentes para sua tutela, sem que o titular do direito possa contar com mecanismos efetivos de atuação das garantias jurídicas. E ninguém mais indicado a prestar essa tutela que o Poder Judiciário.

É, pois, antiga, no cenário internacional, a preocupação em guiar-se por esse ideal de justiça através do processo, sendo manifestada em diversos documentos históricos de direitos humanos, desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, cuja redação exprimia, com clareza, anseios que viriam a incorporar-se às cartas constitucionais de diversos países, com ênfase ao princípio da legalidade:

Art. 7.º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. (...)

Art. 8.º A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

⁸⁸ Numa primeira fase, o devido processo legal, nos Estados Unidos, se referia às garantias de natureza processual propriamente ditas, como a proibição, no campo do processo penal, do *Bill of Attender* (ato legislativo que importa em não considerar alguém culpado pela prática de crime sem a procedência de um processo e julgamento regular, em que lhe seja assegurada ampla defesa e leis retroativas *ex post factum*, além da vedação de auto-incriminação forçada e de julgamento duas vezes pelo mesmo fato).

Art. 9.º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.⁸⁹

Já sob a órbita das Nações Unidas, a importância constitucional da garantia do *due process of law* foi reconhecida com a inclusão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na qual vinha assentado:

Toda pessoa tem direito a receber dos Tribunais nacionais e competentes recurso efetivo para os atos que violarem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei e toda pessoa tem direito em plena igualdade a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer ação criminal contra ela.

O processo judicial consubstancia-se, portanto, em uma garantia conferida pelos diplomas internacionais e pela Carta Magna aos membros da coletividade, para a consecução dos direitos denominados fundamentais mediante a efetivação do direito ao processo, com a imprescindível concretização de todos os seus consectários e em um prazo razoável.

Enfim, esse conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e o correto exercício da jurisdição constitui o devido processo legal, fórmula que sintetiza outras garantias constitucionais específicas, como a do juiz natural e competente, a do contraditório e da ampla defesa, a da igualdade processual, decorrente do princípio da isonomia, a da publicidade e motivação das decisões judiciais, a da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a da inviolabilidade do domicílio e a do sigilo das comunicações.⁹⁰

⁸⁹ Anote-se que, antes mesmo de editado o documento emerso da Revolução Francesa, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776, já expressava os fundamentos do regime democrático, firmando, na cláusula VIII, o mandamento de que, “em todo processo criminal, incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares” (Textos colhidos na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/historicos/historicos.html>>. Acesso em: 19 ago. 2003).

⁹⁰ “O processo não pode significar qualquer procedimento, mas aquele conjunto de garantias que configura o *due process of law* (Magna Carta: *Law of the land*. Art. 39). O processo deve possibilitar às partes a defesa

4.1.2 Garantia da igualdade: necessidade do paralelismo entre acusação e defesa

O princípio da igualdade perante o julgador é decorrente da transposição, para o processo, da máxima da igualdade perante a lei (art. 5.º, *caput*, da Carta Política), segundo a qual descabe ao legislador editar regras que estabeleçam privilégios.⁹¹ Exprime-se, essencialmente, pela “igualdade de armas” para as partes no processo (*par condicio*).

Assim como, no direito norte-americano, as cláusulas do *due process of law* e da *equal protection of the laws* complementam-se reciprocamente, a igualdade perante a lei e o devido processo legal são, no sistema brasileiro, complementares entre si, pois os princípios da legalidade e da isonomia, essenciais ao Estado democrático de Direito, não fariam qualquer sentido sem um poder capaz de cumprir e pôr em prática, para todos, com a necessária presteza, a Constituição e as leis do país. Portanto, impõe-se que, no devido processo legal, seja assegurada a paridade de armas, visando à igualdade técnica dos sujeitos envolvidos, mediante o equilíbrio entre acusação e defesa.

Da incidência de uma norma jurídica sobre um fato nasce a relação jurídica (conflito de interesses regulado pelo direito), sempre material, porque se contrapõem duas situações jurídicas: uma subordinante, protegida (ativa), e outra subordinada (passiva). Na posição do sujeito diante do próprio interesse se identifica uma situação jurídica. Assim, a relação jurídica sempre pressupõe dois sujeitos: o do direito subjetivo e o da obrigação, ou dever. Em sentido material, cada um deles é denominado parte, pois são partes de um todo, a relação jurídica. Entretanto, no processo, nem sempre se apresentam como autor e réu as mesmas partes integrantes da relação jurídica de direito material (veja-se que o Ministério Público, como titular da ação penal pública, apenas é parte em sentido processual, pois atua como substituto quer do Estado, titular do direito de punir, quer do ofendido, como titular de um direito individual lesado com o delito). São considerados, pois, sujeitos processuais as

de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas. Contraditório, igualdade, publicidade, duplo grau de jurisdição. Coroamento real do Estado de Direito, através desse instrumento processual-constitucional de tutela dos direitos fundamentais do homem. De instrumento meramente técnico, o processo transforma-se em instrumento ético de realização da justiça, em garantia de liberdade.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades públicas*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 181.)

⁹¹ SOUTO MAIOR BORGES qualifica a igualdade como “o princípio-dos-princípios constitucionais, no elenco dos direitos e garantias individuais” (BORGES, José Souto Maior. *Pró-dogmática*: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 1, 1993, p. 146).

partes em sentido processual. A que invoca a tutela jurídica do Estado é denominada de autor e a que fica na posição passiva, de réu.

No processo civil existe norma expressa assegurando às partes igual tratamento pelo juiz (art. 125, I, do CPC) e outras indicando o que o juiz pode ou não realizar de ofício, além da obrigação de dar-se curador ao incapaz ou ao revel citado por edital (art. 9.º). Já o processo penal proclama que todos os acusados sejam assistidos por advogados, eleitos ou indicados (arts. 261 e 263 do CPP), como garantia de paridade de armas frente a outro órgão técnico, o Ministério Público.⁹²

Por tal princípio, devem os sujeitos integrantes do processo penal ficar no mesmo plano, em consequência do princípio do contraditório, que somente se aperfeiçoará sob o manto de uma igualdade substancial das partes, não meramente formal. É certo que são conferidas ao réu algumas prerrogativas processuais extras, em nome, porém, de outro princípio, o do *favor rei* – a revisão criminal de sentença condenatória, a proibição da *reformatio in pejus*, a possibilidade de só ele opor embargos infringentes ou de nulidade e de protestar por novo júri. Tais exceções não significam, contudo, a exclusão da regra do paralelismo, mas, antes, a sua afirmação, em consonância com postulados outros de igual quilate.

4.1.3 A ampla defesa

O princípio da ampla defesa está previsto no art. 5.º, LV, da Carta da República, juntamente com o postulado da audiência bilateral, sendo instrumento consagrado nos Estados democráticos. No processo penal, em sentido amplo, defesa é toda atividade das partes dirigida quer à atuação da pretensão punitiva, quer ao seu impedimento; mas, em sentido estrito, é a oposição, pelo acusado, à atuação da pretensão punitiva.⁹³ Faz-se por meio da defesa técnica – exercida por profissional qualificado – ou da autodefesa, esta também uma exigência constitucional, que consiste no momento de manifestação pessoal do acusado.

⁹² Consequência lógica do princípio da igualdade jurídica é a garantia de assistência judiciária, a tutelar o efetivo exercício dessa igualdade perante os órgãos judiciais.

⁹³ Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 457-458.

Muitos autores assentem em afirmar que o homem é ontologicamente um ser livre. Daí, o cerceamento de sua liberdade representar uma descontinuidade biológica, que só pode ocorrer após lhe ser concedida uma ampla oportunidade para defender-se. Nesses termos, o direito de ampla defesa passou a integrar todas as constituições modernas que se predispunham a garantir a liberdade do homem enquanto direito primeiro.

A tutela constitucional aos direitos humanos não se dá pela aplicação isolada dessa ou daquela garantia. Ao contrário, é preciso uma interpretação harmônica e integrada dos vários princípios e garantias contidos na Constituição. Isso só é possível no Estado democrático de Direito, visto ser uma moldura de Estado na qual inúmeras garantias são asseguradas aos cidadãos.

Nesse contexto, tanto a produção de normas jurídicas como a sua aplicação obedecem a regras claras e predefinidas. Ao indivíduo, são assegurados meios efetivos pelos quais poderá participar, direta ou indiretamente, do processo de formação democrática das regras jurídicas que a todos vincularão. Por outro lado, quando acusado em processo judicial, terá meios razoáveis para promover a sua defesa, porquanto não lhe será negado o direito ao conhecimento e tampouco ao debate, em pé de igualdade, das provas contra ele aduzidas.

De fato, ainda sob o escólio de ADA PELLEGRINI GRINOVER, “seriam vãs as liberdades do indivíduo, se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo, sendo necessário, ademais, para que essas liberdades se tornem reais, que o processo possibilite, efetivamente, à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas”.⁹⁴ Em outras palavras, é preciso que a defesa seja realmente plena e o processo se desenvolva com aquelas garantias, em cuja ausência não se pode caracterizar o devido processo legal, inserido em toda a constituição que se pretenda moderna.⁹⁵

Grande parte dos doutrinadores chega mesmo a identificar a garantia da plena ou ampla defesa com o devido processo legal. PINTO FERREIRA encontra dois princípios necessários e implícitos na locução constitucional “ampla defesa”: 1º) *nullum crimen sine*

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 15-16.

⁹⁵ Assim também se manifesta ADAUTO SUANNES: “Basicamente, a noção mais elementar de *fair trial*, de processo (ou, mais adequadamente, julgamento) justo, aplicado à atuação do juiz criminal, implica na idéia de que uma condenação somente pode sobrevir após ter sido dada ao acusado a oportunidade de ser ouvido e de apresentar sua versão dos fatos. Mais: que na instrução do feito sejam observados certos cuidados que dizem com a dignidade do ser humano. É esse seu fundamento ético.” (SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 133).

praevia lege, que é o princípio da legalidade dos delitos; 2º) *nulla poena sine praevio processum poenali*, como o princípio da legalidade das penas e o do processo legal que é produzido a fim de que se possa ter um processo criminal regular.⁹⁶ Em ambos os sentidos, note-se que a preocupação central é sempre a tutela à figura do acusado. A razão de ser das garantias de defesa está na radical desigualdade material de partida entre a acusação, normalmente apoiada no poder institucional do Estado, e a defesa.

Devido ao caráter permanentemente expansivo dos direitos fundamentais, é sempre arriscado tentar estabelecer um esquema conceitual do seu conteúdo. Todavia, para fins didáticos, os autores se permitem sistematizar o estudo do conteúdo dessa garantia no atual momento histórico do ordenamento jurídico.

Assim, há quem entenda a plena defesa como uma faculdade que tem o réu para contestar a acusação e para praticar atos processuais que possam criar expectativas favoráveis ao reconhecimento de sua inocência. Noutro enfoque, MANOEL G. FERREIRA FILHO⁹⁷ localiza a ampla defesa como garantia dirigida sobretudo ao legislador que, ao regular o processo criminal, está obrigado a respeitar três pontos: a) velar para que todo acusado tenha o seu defensor; b) zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e c) assegurar que essas provas possam ser livremente debatidas, ao mesmo tempo que se ofereçam outras.

Outra especificidade do direito de ampla defesa é a exigência do julgamento no mais curto prazo, porquanto a demora no desfecho do processo criminal, além de prolongar as restrições impostas ao acusado durante a fase que está sendo julgado, acaba retirando conteúdo útil à presunção de inocência.

Entre as garantias judiciais, está também o direito do réu de ser assistido por defensor de sua livre escolha ou assistido pelo Estado, sempre que não puder ou não quiser contratar profissional de confiança. Assim, se o magistrado deixa de lhe nomear defensor, haveria cerceamento de defesa e até nulidade processual.

⁹⁶ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 177. Verifique-se, portanto, como o princípio da ampla defesa está comprometido dentro do conceito do devido processo legal, que praticamente se confunde com o Estado democrático de Direito, na afirmação de CELSO BASTOS: “O princípio se caracteriza pela sua excessiva abrangência e quase que se confunde com o Estado de Direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, v. 2, p. 261).

⁹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 274.

4.1.4 A imparcialidade do juiz

Com acerto, destaca AURY LOPES JR. que a imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” e como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e para a obtenção do reparto judicial justo, sobre ele se estruturando o processo como tipo heterônomo de reparto.⁹⁸ A imparcialidade do julgador apresenta-se como conseqüência lógica da adoção da heterocomposição, através da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes, exatamente a posição que o Estado ocupa no processo, por via do juiz.

O princípio da imparcialidade do julgador representa uma das faces da garantia do juiz natural, assegurado constitucionalmente pela impossibilidade de tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII) e pela competência previamente fixada em lei (art. 5.º, LIII). Tal princípio pode ser tido como norteador do processo penal bem antes da vigência do atual texto constitucional. Inegável, entretanto, que ganhou, tal qual os demais, novos contornos, em especial por força das outras garantias constitucionais do réu – incluindo o princípio do juiz natural e da proibição dos tribunais de exceção –, às quais está necessariamente relacionado, assim também pela reserva, ao Ministério Público, da promoção da ação penal pública, em caráter exclusivo (a privatividade a que alude o texto constitucional⁹⁹ nada mais representa que o resguardo da ação penal privada subsidiária). Sob o aspecto subjetivo, é ainda preservada a imparcialidade pelas regras de suspeição e impedimento contidas no Código de Processo Penal (art. 252 e seguintes).

Primeiramente, cumpre lembrar que o princípio da ação, ou da demanda, ou da inércia da jurisdição, segundo o qual cabe à parte a iniciativa de instaurar o exercício da função jurisdicional, contribui de maneira essencial à incolumidade do princípio da

⁹⁸ LOPES JR., Aury. Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 11, n. 127, jun. 2003, p. 10. Opinião similar expressa AFRÂNIO JARDIM, para quem “os princípios mais importantes para o processo penal moderno são da imparcialidade do Juiz e o do contraditório. Pode-se dizer que os demais princípios nada mais são do que conseqüências lógicas destes dois princípios reitores” (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10 ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Forense, p. 40).

⁹⁹ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...)”.

imparcialidade. A experiência demonstra que o juiz que toma a iniciativa de instaurar o processo, o que é típico do sistema inquisitivo, acaba por ligar-se à pretensão, propendendo a decidir favoravelmente a ela.

No modelo acusatório, o julgador, como representante do Estado-juiz, deve colocar-se entre as partes e além do interesse delas. Deve agir imparcialmente para bem conceder a prestação jurisdicional. Para tanto, são-lhe asseguradas certas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos), mas também lhe são vedadas certas atitudes, como o exercício de atividade político-partidária, o recebimento de participações no processo ou o exercício de outra profissão (exceto uma de magistério), tudo isso buscando-se assegurar a sua maior independência e imparcialidade.

Certo que a imparcialidade plena é algo de difícil (quicá impossível) alcance, um mito que deve ser relativizado, pois o juiz, como qualquer outra pessoa, possui sua escala de valores construída em face de sua origem, formação, cultura, etc., o que, inexoravelmente, influi em suas decisões. A respeito se manifesta MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA:

Não há dúvida que em quase todos os julgamentos o magistrado não escapa do impulso de colocar um pouco de si na apreciação das proposições jurídicas e das versões do fato. A arte de julgar procura inspirar as abstrações das tendências pessoais, conduzindo ao rumo da compreensão, que é o ponto de partida da Justiça.¹⁰⁰

Isso não implica, contudo, endossar como naturais atitudes de verdadeira substituição da parte pelo julgador, quer, por exemplo, na propositura da prova, quer na iniciativa recursal (vejam-se as paradoxais, mas ainda vigentes, hipóteses de recurso *ex officio*)¹⁰¹ ou na decisão sobre a viabilidade ou não da persecução criminal, exercida pelo

¹⁰⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 61. TEREZA NASCIMENTO ROCHA DÓRO (*Princípios no processo penal brasileiro*. Campinas: Copola, 1999, p. 99) observa que a ausência de vinculação de um juiz ao processo não implica prejuízo ao réu, pois o magistrado sentenciante pode, se tiver dúvidas, refazer qualquer ato, inclusive interrogando o acusado novamente, se disso necessitar para se convencer. É certo que o art. 502 do CPP faculta ao juiz sentenciante, também sob o pálio da busca da “verdade real”, refazer atos instrutórios para melhor formar a sua convicção. No entanto, é de se reconhecer que a instituição da identidade física talvez conduzisse a um processo penal mais justo, visto que a repetição de diligências pode não ser exitosa, seja porque, com o tempo, perdem-se elementos probatórios (v. g., a testemunha pode mudar-se, esquecer-se de detalhes sobre o fato averiguado, falecer, etc.), ou porque o retardo no feito contribui inelutavelmente ao aperfeiçoamento da prescrição da pretensão punitiva. Mais a mais, o prejuízo ao réu com a demora no processo é amplamente repudiado.

¹⁰¹ O recurso de ofício, que atualmente se acha previsto na legislação processual penal em quatro hipóteses, pode ter seu fim com a aprovação do Projeto de Lei n.º 4.206/2001, da Presidência da República, que dá ao art. art. 574 do CPP a seguinte redação: “Art. 574. Os recursos serão voluntários.”.

juiz julgador ao apreciar o pedido de arquivamento do caderno informativo pelo Ministério Público.

A entrada em cena de um “juiz julgador” em etapas que tais quebraria a repartição de papéis preconizada na trilogia acusatória, no mesmo raciocínio pelo qual não se tem por adequado impor ao titular da ação penal o seu exercício, tendência hoje já mitigada pelos institutos da transação penal (na ação pública) e da composição civil dos danos (na ação privada), introduzidos em nosso direito pela Lei n.º 9.099/95.

4.2 Nova dimensão das funções dos agentes da Justiça Criminal em face da titularidade exclusiva da ação penal pública: separação entre acusação e jurisdição

O artigo 129, inciso I, da Constituição da República instituiu o princípio da titularidade ministerial exclusiva da ação penal pública. Tal dispositivo deu nova dimensão aos atores da persecução criminal, definitivamente apartando as funções de acusação e jurisdição. No que tange à apuração extrajudicial dos fatos criminosos, desde o século passado o legislador afastou o juiz dessa fase, criando o inquérito policial presidido por autoridade vinculada ao Poder Executivo. Esses diferentes agentes da Justiça Criminal serão objeto no presente capítulo, sendo que, por exigência didática, procedemos ao deslocamento do agente julgador para ser analisado no tópico seguinte.

4.2.1 O Ministério Público

A Constituição de 1988, ao tempo em que retirou o Ministério Público da condição de mero apêndice do Poder Executivo¹⁰² e cercou-lhe de garantias semelhantes às outorgadas aos membros do Poder Judiciário, sagrou-lhe titular exclusivo da ação penal

¹⁰² Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, por medida liminar, dispositivo da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte que submetia o controle interno do Ministério Público local ao Poder Executivo. Assentou-se que a redação feria a autonomia funcional e administrativa da instituição, assegurada

pública, condicionada ou não (via de regra, a ação penal é pública, salvo quando a lei a declara privativa do ofendido – art. 100 do Código Penal). Assim fazendo, veio concretizar um dos grandes pilares do sistema acusatório, que é o da concentração da função de acusar em órgão diverso e independente do responsável pelo julgamento.

Segundo preceitua o art. 127 da *Lex Legum*, o Ministério Público “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Como resultado da estrutura federativa de Estado, a sua organização prevê uma esfera federal e outra estadual, cujas atribuições na seara criminal estão, grosso modo, ligadas aos delitos de competência da Justiça Federal (art. 109 da Constituição) ou da Justiça Estadual (competência residual).

Em vários países, diversamente do que ocorre no Brasil, não existe uma separação tão nítida de *status* entre Magistratura e Ministério Público, visualizando-se uma magistratura única: parte acusatória e parte judicante.¹⁰³ Nem por isso, todavia, a ausência de rigor distintivo repercute seriamente nas funções legadas a cada “segmento” da magistratura, que continuam, em geral, definidas e próprias de cada esfera.

Mister acentuar que, no processo penal, o Ministério Público, órgão do Estado que postula em juízo em nome da sociedade, atua como parte, não sendo a sua condição de fiscal da lei suficiente para acomodar todas as funções que exerce, desde a requisição de diligências para embasar a ação até o acompanhamento da execução da pena. Mas não se pode enquadrá-lo como parte no estrito sentido de interessado em uma determinada atuação da vontade concreta da lei. É titular do direito de agir, subordinando-se, como parte, às regras de procedimento, porém não perde, em sua atuação penal, o destino de fiscal da lei, sobretudo quanto à observância do devido processo legal na sua acepção mais ampla.¹⁰⁴ Seu interesse de agir é de ordem pública, portanto, genérico – razão pela qual pode

pela Constituição Federal no art. 127, § 2.º (ADIN 2513, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, unânime, j. 3/4/2002, DJ 11/5/2003).

¹⁰³ A famosa “Operação Mãos Limpas”, da Itália, por exemplo, teve suas investigações levadas a cabo por magistrados do Ministério Público.

¹⁰⁴ É exatamente devido a essa peculiar posição do Estado-acusador que alguns doutrinadores, a exemplo da Prof.^a ANAMARIA CAMPOS TORRES, desconhecem ao Ministério Público a condição de parte no processo, sem com isso contrapor frontalmente a posição aqui defendida. “Nega-se-lhe então, o papel de parte, dada a elevada situação em que se põe como defensor de uma comunidade e, é bem de se acentuar, que em nossos dias, quando vivemos em um estado de direito, não há mais o interesse privado da punição que seria tão só vingança, mas sim a verdadeira aplicação do justo, pois ao lado da punição dos culpados exige a comunidade que se peça a absolvição dos inocentes.” Cf. TORRES, Anamaria Campos. *A justiça e a prova no processo*

vir a pedir a absolvição do réu no decorrer do processo, recorrer em seu favor, impetrar *habeas corpus* ou mandado de segurança para proteger direito líquido e certo. E nem mesmo a obrigatoriedade da propositura da ação penal mantém-se incólume, haja vista a mitigação sofrida em relação às contravenções e aos crimes de pequeno potencial ofensivo.¹⁰⁵

Destituído do sentimento de vingança (que não é de todo afastado nas ações privadas, na atividade do querelante), o órgão ministerial segue atuando como *dominus litis*, com plena independência para formar a *opinio delicti* (opinião sobre o delito), para isso contando com garantias sediadas na Constituição. Deve cumprir esse poder-dever de acusar com imparcialidade para obter, igualmente, um resultado imparcial ao cabo do processo, nisso contribuindo, em muito, para o descobrimento da verdade que se busca no processo penal.

Como corolário desse compromisso com o desvendamento do fato objeto da ação, o Ministério Público é munido por lei de poder requisitório, compreendendo as diligências investigatórias¹⁰⁶ e a própria instauração de inquérito policial. E, ainda que concluída a fase preliminar das investigações, pode, concomitantemente à propositura da ação e mesmo após o findar da instrução, requerer ao juiz a realização de diligências convenientes ao seu julgamento (arts. 399 e 499 do CPP).

Sua atuação na fase pré-processual nada mais representa senão uma consequência inarredável da titularidade para a instauração do processo, por isso que não pode ser alijado da atividade investigativa, mas impõe exercê-la, com ou sem o auxílio da Polícia investigativa (o inquérito policial, como prescreve a legislação, não é essencial ao oferecimento da peça acusatória). E não se sustente que a intervenção direta do membro do Ministério Público na fase investigatória impede a sua participação no processo, em virtude

penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1977, p. 84.

¹⁰⁵ O art. 76 da Lei n.º 9.099/95 trouxe, para os ditos crimes de pequeno potencial ofensivo, a possibilidade da justiça penal consensual. Trata-se de dispositivo endereçado, sobretudo, ao Ministério Público, a quem incumbe o poder-dever de solicitar, antes de tudo, o arquivamento, nos casos do art. 28 do CPP. Não sendo caso de arquivamento, ou seja, nas hipóteses em que entenda deva ser instaurado o processo, pode propor, presentes os requisitos legais (aqui também se cuida de poder-dever), a transação penal, que supõe a aplicação imediata da pena, na forma de restrição de direitos, tudo sob a exigência constitucional de motivação dos atos do órgão ministerial. Nada impede, de outro lado, que a iniciativa da transação parta do próprio ofendido, vez que se trata de consenso. (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei n.º 9.099, de 26.09.1995. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 142-143).

¹⁰⁶ Esses poderes, claro, encontram limite nos direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, por exemplo, nos casos em que for preciso o acesso a informações e dados acobertados pela inviolabilidade do sigilo, a diligência não prescinde de ordem judicial para consumar-se. Cabe ao Ministério Público requerer a providência junto ao Poder Judiciário, demonstrando as fundadas razões de sua necessidade, atuando o magistrado como verdadeiro garantidor daqueles direitos na fase pré-processual.

de qualquer tipo de impedimento ou de suspeição, pois, se é destinatário da investigação policial, é também o seu supervisor e controlador, tendo a favorecer-lhe o “direito à investigação”.¹⁰⁷

Outra previsão de crucial importância foi a do controle externo da atividade policial, especialmente da Polícia Judiciária, a ser exercido pelo Ministério Público (art. 129, VII, da CF). Externo é o controle feito por órgãos alheios à Administração, segundo leciona CELSO A. BANDEIRA DE MELLO.¹⁰⁸ Considerando-se que o Ministério Público, na novel ordem, se desvincula de qualquer dos três tradicionais Poderes do Estado, pode-se com segurança visualizar nesse um controle externo, realizado por organismo alheio à instituição controlada, uma vez que a Polícia integra a estrutura do Poder Executivo.

A norma, com equivalência a muitas outras encontradas na mesma matriz, é decorrência lógica do figurino acusatório, em que o Ministério Público, titular da ação penal pública, exerce o juízo de oportunidade e conveniência da produção indiciária, tendo na Polícia investigativa sua *longa manus*. Seu fim é garantir não sejam prejudicadas as atividades ministeriais na busca da realização da Justiça.

A participação ativa do promotor de justiça na fase investigatória é verificada na maioria dos países do mundo. Nos Estados Unidos, a polícia não tem poder de efetuar buscas ou expedir notificações senão mediante autorização judicial obtida por intermédio do promotor de justiça.¹⁰⁹ Na França, a tarefa investigativa realizada pela polícia é dirigida pelo Ministério Público, a quem são comunicadas as prisões para averiguações, que duram vinte e quatro horas, prorrogáveis por autorização escrita do promotor. Na Itália, os agentes policiais exercem suas atribuições de polícia judiciária sob a direção da magistratura requerente (o Ministério Público italiano). Na Espanha, o Ministério Público dirige e promove

¹⁰⁷ Fala-se mesmo, na jurisprudência, em “cerceamento da atividade acusatória” em determinados casos nos quais o juiz indefere imotivadamente requerimento formulado pelo órgão ministerial, o que pode ser reparado, em nome da parificação de tratamento das partes, via correção parcial, ou mandado de segurança. Aqui se está referindo àqueles atos investigativos que não prescindem da ordem judicial para serem realizados, àquelas provas que exigem o contraditório já na sua formação. Quanto aos demais atos, é reconhecido o poder de requisição do órgão do Ministério Público.

¹⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 803.

¹⁰⁹ O relacionamento entre a Polícia e o Ministério Público, nos Estados Unidos, é facilitado por uma série de fatores: a ausência da figura do delegado de polícia, não tendo os policiais formação em Direito e não se trabalhando com inquéritos policiais; não poder a Polícia efetuar, *sponte propria*, diligências; o promotor sempre poder orientar o policial no levantamento das provas, tendo plena liberdade para apreciar tais elementos e aferir se deve instaurar a ação, solicitar mais diligências ou, simplesmente, encerrar o caso (SIMON, John Anthony. Considerações sobre o Ministério Público norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 640, fev. 1989, p. 16).

os trabalhos investigatórios, para os quais conta com auxílio da polícia, que lhe é subordinada. Em Portugal, a polícia judiciária é órgão auxiliar do Ministério Público. Também na Alemanha o Ministério Público dirige e fiscaliza a polícia de investigação.¹¹⁰

Ocorre que o referido dispositivo constitucional (art. 129, inciso VII) ainda não foi objeto de regulamentação por lei complementar. Não obstante, alguns Estados, como São Paulo, editaram resolução com essa finalidade. Em Pernambuco, a Lei Complementar Estadual n.º 12/1994 traz vasto elenco de atribuições que ensejam ao Ministério Público uma ação efetiva no que se refere ao controle (art. 4.º, inciso X). E, não obstante já assentado que o preceito constitucional tem eficácia contida, produzindo plenos efeitos desde logo (não havendo óbice, pois, ao exercício dessa atividade de controle que a Carta da República lhe cometeu), é comum surgirem problemas e equívocos em torno da questão, quer da parte do legislador, quer da parte do aplicador do direito.¹¹¹

Há de se ter em mente a distinção entre controle externo e controle interno da atividade policial, sob pena de ingerência indevida em questões de âmbito interno da polícia. O controle deve exercer-se, como destaca GERALDO MARGELA CORREIA, naquelas atividades correlatas às atribuições ministeriais, não comportando, por exemplo, a sindicância de ponto dos policiais de determinada delegacia, a organização de quadros, salários, locação de pessoas, fiscalização de trabalho, correição, punições, etc. – essas, atribuições do controle interno, do próprio Executivo. Deve o *dominus litis* exercê-lo no objetivo de coletar os elementos necessários a bem informar a sua consciência, para dar início, ser for o caso, à ação

¹¹⁰ Dados fornecidos por MÁRCIO LUIS CHILA FREYESLEBEN (*O Ministério Público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 70 e ss.). Neste último caso, do direito germânico, o Ministério Público assumiu grandes atribuições, antes deixadas ao juiz-instrutor, como as de realizar a instrução preliminar e de realizar prisões e medidas acautelatórias outras, depois comunicadas ao juiz. Embora não integre a Magistratura, assume funções similares às do julgador, donde podem advir alguns inconvenientes. Ainda, o princípio do monopólio da ação penal não sofre concessões: se o Ministério Público não agir, recorre-se ao seu chefe, cuja posição prevalecerá, sem outros recursos. Cf. SZNICK, Valdir. O Ministério Público no direito germânico. *Justitia*, São Paulo, a. 46, n. 126, jul./set. 1984, p. 126-127.

¹¹¹ Encontra lugar aqui a distinção entre *eficácia jurídica* e *eficácia social* (efetividade) da norma, cujos sentidos são conexos. A eficácia jurídica todas as normas constitucionais a possuem, sendo aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo e, portanto, capazes de produzir efeitos jurídicos (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 65 e ss.). A efetividade, por seu turno, significa o desempenho concreto da função social da norma, a materialização do preceito legal no mundo dos fatos, “a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realização social” (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85). O que se observa é, na prática, nem sempre esse controle ser exercido a contento, o que se pode creditar a uma certa resistência por parte da polícia civil, ou a alguma timidez dos órgãos ministeriais, talvez por falta de conscientização sobre a relevância do encargo – por vezes relegado a segundo plano, como de somenos

penal pública, bem assim intervindo na fase inquisitorial para coibir, por todas as formas legais, qualquer conduta atentatória à cidadania por parte de membros da polícia em suas atividades com a população a que serve.¹¹²

Na jurisprudência pátria, a definição do papel do Ministério Público no processo penal parece questão ainda não de todo aclarada. Exemplo bastante recente nos legos o Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a abrangência dos poderes investigatórios do Ministério Público, provocou sensível arranhadura em um dos pilares do sistema acusatório, decidindo não ter o *dominus litis* legitimidade para realizar diretamente diligências investigatórias.¹¹³

A Segunda Turma daquele Sodalício deu provimento, à unanimidade, a recurso interposto por um delegado de polícia do Distrito Federal contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que validou atos investigatórios promovidos pelo Ministério Público do Distrito Federal.

Interessante analisar o caso e extrair os fundamentos utilizados no aludido decisório. O delegado fora notificado por um membro do Ministério Público para comparecer ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial, instituído pela Procuradoria local, a fim de ser ouvido em um procedimento administrativo investigatório supletivo, com finalidade de apurar fato que poderia, em tese, configurar crime. Contra a notificação, ele impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que fora indeferido, tendo manejado recurso ao STJ, também negado, ao argumento de que “têm-se como válidos os atos investigatórios registrados pelo MP, que pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente visando a introdução dos seus procedimentos administrativos para fim de oferecimento de denúncia”. Irresignado, recorreu ao STF, com o

importância. Em alguns Estados, porém, como São Paulo e Sergipe, atuam Promotorias especializadas no controle externo da atividade da polícia.

¹¹² CORREIA, Geraldo Margela. Do controle externo da atividade policial. *Revista do Ministério Público de Pernambuco*, Recife: Procuradoria-Geral de Justiça, v. 1, n. 1, jan./jun. 1998, p. 54 e 59.

¹¹³ Ficou decidido que “o MP não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos, nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tenha a possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos, e pode propor ação penal sem inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Mas os elementos suficientes não podem ser auto-produzidos pelo MP, instaurando ele inquérito policial” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 81.326. Recorrente: Marco Aurélio Vergílio de Souza. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, DF, 6 de maio de 2003. Publicado no Diário da Justiça de 14 de maio de 2003).

objetivo de modificar o aresto que reconheceu validade à requisição expedida pelo MP. O relator do recurso no Supremo, Ministro NELSON JOBIM, destacou em seu voto:¹¹⁴

A polícia judiciária é exercida pelas autoridades policiais, com o fim de apurar as infrações penais e a sua autoria (CPP, art. 4.º). O inquérito policial é o instrumento de investigação penal da polícia judiciária. É um procedimento administrativo destinado a subsidiar o Ministério Público na instauração da ação penal. (...)

A legitimidade histórica para a condução do inquérito policial e a realização das diligências investigatórias é de atribuição exclusiva da polícia. [Citou como precedente o julgamento do HC 34.8287, no qual se assentou que o Código de Processo Penal não autoriza, a qualquer pretexto, a substituição da autoridade policial pela judiciária ou pelo membro do Ministério Público na investigação do crime.] (...)

O controle externo da polícia concedido ao Ministério Público pela Constituição foi regulamentado pela Resolução 32/97, do Conselho Superior do Ministério Público Federal. A Constituição Federal dotou o Ministério Público de poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII). A norma constitucional não contemplou, porém, a possibilidade do mesmo realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas, requisitar a diligência à autoridade policial.(...)

Anulo a requisição expedida pelo Ministério Público, por faltar-lhe legitimidade.¹¹⁵

Ora, como admitir – e fazê-lo em oportunidades reiteradas – que o autor da ação não tenha competência para, na fase pré-processual, encetar ele próprio diligências que lhe confirmem o suporte probatório mínimo à persecução penal *in judicio*? E mais: como conceber que, em hipóteses em que haja envolvimento da própria polícia, como é o caso de delitos supostamente praticados pelas autoridades policiais, venha a ser tolhido o poder de

¹¹⁴ TURMA do STF discute poderes investigatórios do Ministério Público ao julgar recurso. [*Página eletrônica do Supremo Tribunal Federal*], Brasília, DF, 6 maio 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp>>. Acesso em: 6 maio 2003.

¹¹⁵ No voto, foi citado outro precedente da Segunda Turma: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO PENAL. LEGITIMIDADE. O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 233.072. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Joaquim Alfredo Soares Vianna. Relator: Min. Néri da Silveira. Relator para acórdão: Min. Nelson Jobim. Brasília, DF, 18 de maio de 1999. Julgamento por maioria. Vencidos os Ministros Néri da Silveira e Maurício Corrêa. Publicado no Diário da Justiça de 27 de maio de 1999).

requisição do Ministério Público?¹¹⁶ Ainda que não houvesse dispositivos expressos (art. 129, I, VI e VIII, da CF e art. 8.º, V e VII, da Lei Complementar n.º 75/93, esta aplicável ao Ministério Público da União e, supletivamente, aos Ministérios Públicos Estaduais) consagrando a possibilidade de investigação criminal direta, invocar-se-ia a *Teoria dos Poderes Implícitos*, cunhada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *MacCulloch vs. Maryland* e de aplicação corrente no direito pátrio, segundo a qual, quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente lhe estará concedendo os meios necessários ao alcance do seu objetivo, sob pena de ser frustrado o exercício do múnus constitucional que lhe foi cometido.¹¹⁷

Não será o caso, por evidente, de inquérito policial – eis que não capitaneado pela autoridade policial –, mas de procedimento administrativo guiado pelo próprio Ministério Público, destinatário das peças investigativas, a fim de apurar indícios do fato tido por delituoso em toda sua extensão, ou mesmo a complementar eventual apurativo policial já em andamento. Fundamental lembrar, a essa altura, que o inquérito policial é peça meramente informativa, destinada a dar lastro probatório mínimo à acusação, não sendo indispensável ao oferecimento da ação penal, podendo ser substituído, quando essa finalidade venha a ser atingida por outras peças de informação. Constitui o inquérito somente uma (embora a mais encontrada em nosso cotidiano) espécie do gênero investigação criminal.

Enfim, aqueles que se opõem à participação ministerial sob o manto da exclusividade da investigação por parte da Polícia¹¹⁸ certamente não resistirão a uma

¹¹⁶ Atentos a essa preocupação, encontram-se o STJ e os Tribunais Estaduais: “O promotor de Justiça, tomando conhecimento de fato criminoso envolvendo policiais da Delegacia da Comarca onde exerce sua atribuição, não só tem o dever, mas também pode, por óbvias razões, colher depoimentos de pessoas lesadas por aqueles incumbidos por lei de protegê-las, sem que seu atuar possa significar usurpação da função policial, mormente porque, sendo privativa a promoção da ação penal pela prática do crime de concussão, competia-lhe instruir a denúncia com um mínimo de suporte probatório, o que, evidentemente, não conseguiria se dependesse da apuração através do inquérito conduzido pela própria polícia. (...) Tampouco teria o Promotor de Justiça que colheu os depoimentos perdido a legitimidade para desencadear a ação penal formulando a denúncia, pois em melhor condição para demonstrar a veracidade do alegado na inicial. (...)” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal n.º 1998.050.00455. Apelante: Luiz Henrique da Silva Nogueira e outra. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Valmir de Oliveira Silva. Rio de Janeiro, 30 de junho de 1998. *Revista de Direito do TJERJ*, Rio de Janeiro, v. 38, p. 410, 1999).

¹¹⁷ Cf. SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da; ARAUJO, Maria Emilia Moraes de; CORRÊA, Paulo Fernando. Ainda e sempre a investigação direta pelo Ministério Público. [*Página eletrônica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*], Belo Horizonte, abr. 2001. Seção Artigos Jurídicos. Disponível em: <<http://www.pgj.mg.gov.br/ceaf>>. Acesso em: 2 abr. 2001.

¹¹⁸ Não faltam, porém, vozes a proclamar a impossibilidade de o Ministério Público lançar mão de procedimentos investigatórios de âmbito interno. O advogado JOSÉ CARLOS FRAGOSO é categórico: “é absolutamente ilegal o procedimento do Ministério Público Federal, ao instaurar um inquérito administrativo no âmbito da própria Procuradoria da República, para a apuração de eventuais delitos. O Ministério Público Federal não dispõe de atribuições para tanto, e, assim agindo, viola flagrantemente a exclusividade que a

verificação extraída do próprio sistema. A permanência de figuras curiosas, atípicas mesmo, de inquérito judicial, como o realizado nos crimes falimentares e naqueles cuja competência é originariamente atribuída ao Tribunal, bem assim o próprio poder de investigação exercido pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (às quais, em nítida imprecisão terminológica, a Constituição atribui, no art. 58, § 3.º, “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”) constituem procedimentos de apuração criminal prévia que escapam às mãos do órgão policial, a revelar que não existe a proclamada exclusividade da Polícia em investigar.¹¹⁹

E, como será explorado adiante, em face da defasagem do procedimento burocratizado adotado na prática policial, é a investigação levada pelo Ministério Público que tem, na prática, alcançado maior êxito, não fazendo sentido, também sob o ponto de vista da eficiência, a tentativa de abortar o seu poder investigatório.

4.2.2 A Polícia de Investigação¹²⁰

A *persecutio criminis*, atividade pela qual o Estado exerce o *jus puniendi*, comporta dois momentos distintos: um preliminar, investigativo, e outro concernente à ação penal, o processo propriamente dito. Já se afirmou que ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal (*nulla poena sine iudicio*), princípio que abrange ampla defesa, regular contraditório, duplo grau de jurisdição, igualdade das partes, juiz imparcial. O processo penal, como autolimitação do poder estatal de punir, compreende intensa atividade, a *persecutio criminis in iudicio*, iniciada, de regra, pelo órgão do Ministério Público, que leva a juízo o fato revestido de aparência delituosa, apontando o seu autor, a fim

Constituição Federal comete à Polícia Federal para exercer as funções de Polícia Judiciária da União, bem como o próprio Estatuto do Ministério Público da União...” (FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, jan./mar. 2002, p. 251).

¹¹⁹ O termo “exclusividade”, que se lê no art. 144, IV, da Carta de 1988, tem sua razão de ser apenas para excluir, do exercício da atividade de polícia judiciária da União, a polícia dos Estados, regra de definição de atribuições, portanto. Tanto assim que o cunho exclusivo não veio a ser anotado quando da descrição das funções das polícias civis, no § 4.º do mesmo artigo.

¹²⁰ O título vem propositadamente como “Polícia de Investigação”, por conter maior precisão técnica que a expressão “Polícia Judiciária”. A bem da verdade, esta última denota as raízes inquisitoriais ainda presentes em nosso sistema, no qual a polícia ainda é adjetivada pelo Poder Judiciário, e não pelo Ministério Público,

de que o magistrado possa, no desenvolver da instrução, verificar se ocorrem as condições legais para condenação ou para absolvição.

Mas, para que o sujeito ativo da ação penal, seja ela pública ou privada, possa instaurar o processo, faz-se necessário ter em mãos elementos que confirmem justa causa¹²¹ à sua pretensão e, assim sendo, criou o Estado órgão incumbido precipuamente de tal missão: a chamada “Polícia Judiciária”, “cuja finalidade é a de investigar o fato infringente da norma e quem tenha sido o seu autor, colhendo os necessários elementos probatórios a respeito”.¹²²

Assim, conquanto se cogite, eventualmente, da participação de policiais (civis ou militares) na fase judicial da persecução penal – nos casos, por exemplo, em que arrolados como testemunhas –, é no curso da *persecutio extra iudicio* que a intervenção policial goza de maior destaque. É na fase preliminar do apuratório que serão colhidos os elementos de prova componentes do inquérito policial, procedimento administrativo que servirá de base ao oferecimento da acusação ou ao pedido de seu arquivamento.

Entre nós, a organização policial é extremamente complexa e varia muito da esfera federal para a estadual. A Carta da República dita, no art. 144, os órgãos que exercem a segurança pública, como sendo: a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, as polícias civis, militares e os corpos de bombeiros militares. Há uma sensível divisão entre as polícias civis e militares, aquelas com atribuição de investigação criminal e estas, precipuamente, com funções ostensivas de segurança. A atividade investigativa prévia (salvante a apuração de infrações penais militares, que, pela Constituição, encontra-se nas atribuições da própria Polícia Militar) é legada às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, ressalvada a competência da União, cuja “polícia judiciária” fica a cargo de órgão próprio – a Polícia Federal.

instituição do Estado a quem mais diretamente está a serviço, no exercício de sua capital função: a preparação da ação penal.

¹²¹ Como leciona AFRÂNIO SILVA JARDIM (*Direito processual penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 54), para o regular exercício do direito de ação exige-se a legitimidade de partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, condições mínimas e genéricas, ao lado da *justa causa*, ou seja, um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado. A necessidade de condições mínimas de viabilidade da pretensão é decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, tutelado no art. 1.º, III, da Carta da República, podendo a sua falta caracterizar coação ilegal a ser arrostada por *habeas corpus* (arts. 647 e 648, I, do CPP).

¹²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 185-186. Em referência histórica, o autor anota que, já ao tempo da *cognitio extra ordinem*, no Império Romano, havia funcionários incumbidos de levar as primeiras informações sobre a infração penal aos magistrados, com papel semelhante ao da nossa “Polícia Judiciária”.

Interessa-nos, nesse estudo, o exame do inquérito policial no sistema brasileiro, por ser ele o principal veículo de inserção da Polícia de Investigação na persecução penal.

A discussão sobre a conveniência ou não da adoção, no Brasil, do inquérito policial como procedimento de investigação criminal preliminar é bastante antiga, coincidindo mesmo com os primeiros anos de seu advento. Com efeito, instituído através da Reforma Judiciária de 1871, já em 1874 o Ministro da Justiça colhia pareceres sobre a possibilidade de acabar com o inquérito, limitando-se a Polícia a prender delinqüentes e passá-los à autoridade judiciária. Todas as respostas às consultas foram pela abolição do procedimento, inclusive com o beneplácito do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, JOAQUIM MARCELINO DE BRITO.¹²³

Em 1936, o Ministro da Justiça à época, VICENTE RÁO, tentou substituir o inquérito policial brasileiro pelo instituto do Juizado de Instrução. A tese, que foi acolhida pela comissão responsável pelo Anteprojeto de Código de Processo Penal, não vingou. Na Exposição de Motivos do CPP de 1941 – nitidamente influenciado pelo Código Rocco, de inspiração fascista –, ponderou-se pela manutenção do inquérito policial, ao argumento de que a criação dos Juizados de Instrução, que importariam limitar o poder do policial de prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só seria praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição fossem fácil e rapidamente superáveis.¹²⁴ Em, 1979, um Projeto de Lei no mesmo sentido foi enviado ao Congresso pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, posteriormente sendo arquivado.

Não é escassa a literatura processual brasileira inclinada pela adoção do Juizado de Instrução.¹²⁵ Mais recentemente, o Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, do

¹²³ PELLEGRINO, Laércio. Substituição do inquérito pelo juizado de instrução. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 527, set. 1979, p. 462.

¹²⁴ O signatário da Exposição de Motivos, Ministro FRANCISCO CAMPOS, não enfrentou a discussão sobre as anunciadas vantagens do juízo de instrução, apenas apontou a falta de possibilidade material de criação de um juizado de instrução em cada sede de distrito, explicando que o sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça “menos aleatória, mais prudente e serena” (BRASIL. Poder Executivo. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1941, item IV).

¹²⁵ Nesse ponto, FAUZI H. CHOUKR acrescenta que tais doutrinadores não apresentam um projeto exato do que seria tal juizado, por vezes se confundindo o modelo em vigor na Itália, fazendo-o vincular, impropriamente, à figura do juizado de instrução, quando justamente a abolição de tal fase é considerada o grande avanço efetuado pela longa reforma a que submetido aquele país. Lá, a preparação da ação penal é feita através das *indagini preliminari*, cuja condução é própria do Ministério Público, com o apoio da Polícia investigativa. O autor atribui o equívoco à provável tradução do termo “magistrado” (os promotores italianos também fazem

Superior Tribunal de Justiça, fez coro a essas vozes, ao proclamar a falência do modelo brasileiro de investigação criminal, que somente serviria para consolidar a impunidade. Em seminário realizado em 30 de maio de 2003, defendeu a necessidade de criação dos juizados de instrução criminal, para abreviar o tempo da investigação, sobretudo naqueles crimes característicos dos tempos atuais, da macrocriminalidade (crimes contra o sistema financeiro, a ordem econômica, crimes de lavagem de dinheiro, etc.).

Citou o resultado de uma pesquisa realizada em 1999 pelo Juiz CÉSAR AUGUSTO RODRIGUES, apresentada em seminário do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segundo a qual, das 447.306 ocorrências policiais no estado, só 40 mil, menos de 10%, viraram processos criminais, “porque as investigações param no meio do caminho ou nem começam”, indicando como causas a falta do predicado da irremovibilidade do presidente do inquérito e a interferência política, pela qual autoridades são afastadas de investigações. Ressaltou, ainda, que os próprios agentes da Polícia Federal, pela sua associação de classe, vêm defendendo a extinção do inquérito, conforme o VIII Congresso, realizado em agosto de 2002, no Rio de Janeiro.¹²⁶

Percebe-se que as críticas dirigidas ao inquérito policial têm pertinência. O modelo brasileiro, disposto nos arts. 4.º a 23 do Código de Processo Penal, reflete uma investigação preliminar burocratizada e anacrônica, que constitui, por muitas vezes, empecilho à averiguação de fatos delituosos, sobretudo devido ao tempo despendido no desfecho da investigação, com idas e vindas ao Judiciário em busca de prorrogações de prazo, repetições infrutíferas de diligências e atos escritos envoltos em uma fórmula complexa que finda por atravancar aquela que deveria ser a etapa mais célere da *persecutio*.

As principais objeções encontradas estão centradas na feição inquisitorial do procedimento, revelada pelas características do sigilo e da não-contraditoriedade, sendo que essas notas esmaeceram após o advento das novas regras constitucionais (mormente as garantísticas), à luz das quais deve a matéria ser pautada. O dispositivo que positivou o princípio do *due process of law*, por exemplo, não tem aplicação restrita ao processo judicial, mas aos acusados em geral (art. 5.º, LV, da CF). E, para dar validade ao contraditório, corolário daquela garantia maior, por evidente não se pode conviver com o sistema do sigilo.

parte da magistratura) para “juiz” (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da Constituição*. Bauru: EDIPRO, 1999, p. 64-65).

¹²⁶ JOSÉ ARNALDO DA FONSECA: Modelo de investigação criminal está falido. [Página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça], Brasília, DF, 30 maio 2003. Disponível em: <www.stj.gov.br/webstj>. Acesso em: 30 maio 2003.

Uma terceira objeção, igualmente resquício da inquisitorialidade, refere-se à participação, direta ou indireta, do juiz no curso do inquérito, o que se tentou superar, no plano legislativo, com o Projeto encaminhado ao Congresso Nacional em 1983.¹²⁷

Do ponto de vista estrutural, o inquérito policial pode ser vocacionado a cumprir satisfatoriamente a sua finalidade – demonstrar a existência de fundamento razoável para o exercício da ação penal. Ocorre que, no campo operacional, fica clara a sua desfuncionalidade, em virtude não só da resistência em adequá-lo ao perfil constitucional, mas da própria vetustez do procedimento investigativo policial, que só opera em reduzido âmbito da criminalidade, encontrando grande dificuldade em documentar a materialidade ou identificar agentes (e seu *modus operandi*) nos delitos mais complexos, como os crimes de informática. Ao tempo em que e sofisticam as ações criminosas, a investigação que se tem mostrado um pouco mais efetiva é a procedida pelo próprio Ministério Público, com os também poucos recursos de que dispõe.

É ponto sensível, portanto, da estrutura atual da persecução criminal no Brasil a ineficiência do inquérito policial, que somente encontra sucedâneo, nos moldes como aqui exercido, em três outros países – Quênia, Uganda e Indonésia. Mas essa constatação não pode levar à precipitada conclusão de que sua substituição se impõe ou que se dá necessariamente pelo Juizado de Instrução, mormente por ser este um instituto tão ligado ao sistema inquisitório quanto o inquérito policial na forma vigente – ou até mais.

Oportuna, nessa esteira, a reflexão de FREDERICO MARQUES:

Logo após deflagrar-se o crime, há necessidade de ação enérgica, decisiva, segura e bem orientada, não só para a descoberta do autor do delito, como ainda para a colheita e apuração dos elementos probatórios que demonstrem a prática da infração. Pensar que um magistrado togado possa, sozinho, dirigir toda essa série de pesquisas, com o ânimo sereno e imparcial que se exige na judicatura, é extrema ingenuidade ou desconhecimento completo dos fatos e fenômenos que se desenrolam a fase preambular da *informatio delicti*”.¹²⁸

De resto, a imersão do julgador nos autos das investigações penais contraria frontalmente o princípio acusatório e não encontra justificação, seja porque lhe tira a

¹²⁷ Cf. BRANDÃO, Paulo de Tarso. Juizado de instrução: vantagens e inconvenientes: exame de alternativas ajustadas à realidade brasileira. In SEMINÁRIO ASPECTOS PENAIIS EM 500 ANOS, 2000, Brasília, DF. 10 p. (Texto avulso).

¹²⁸ MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 60.

característica da imparcialidade, seja porque vai de encontro a uma realidade facilmente constatável: o juiz não tem vocação para investigar.¹²⁹ A atividade que lhe cabe, dentro da estrutura do Estado, é a judicante, por excelência, não fazendo sentido cometer-lhe também essa função administrativa de investigação dos delitos. Equivaleria, na prática, à mesma disfunção ocorrida nos países que deixam ao membro do Ministério Público o poder de decretar a prisão temporária (caso da Alemanha), nítida função jurisdicional.

O desafio, portanto, é manter-se um instituto que possa garantir efetividade à investigação criminal prévia e, ao mesmo tempo, assegurar integralmente os direitos fundamentais traçados constitucionalmente. Nada mais lógico, a fim de se evitar a busca de provas totalmente desnecessárias, que o titular da ação penal oriente a investigação preliminar (na ação pública).

A circunstância de ser o Ministério Público autor da persecução penal pública, mas legar-se à autoridade policial a direção do inquérito, pode dar ensejo a incongruências que atuam em detrimento da eficácia do poder estatal de repressão aos delitos. Desse modo, a participação mais direta do titular da ação na orientação da colheita dos elementos de prova impõe-se como consequência direta da nova sistemática acusatória, passando, claro, por um significativo aperfeiçoamento de estrutura e de operação do Ministério Público, prevendo-se instrumentos que garantam a participação do investigado, para dar concretude ao mandamento do contraditório, além de melhor aparelhamento material e humano do organismo responsável pela investigação, pois a sofisticação dos delitos e a complexidade dos novos tipos penais reclama urgente revolução no sistema investigatório.

¹²⁹ Um ponto de crucial relevância, mas que geralmente passa ao largo das discussões sobre a interferência do juiz na atividade investigatória, diz respeito aos procedimentos pré-processuais nos crimes processados e julgados originariamente por Tribunais. Tem-se entendido, a nosso ver com impropriedade, que o fato de a Constituição cometer aos órgãos jurisdicionais colegiados a competência para “processar e julgar” determinados delitos redundaria em atribuir-lhes também o mister de realizar a investigação, ou seja, proceder à coleta dos elementos imprescindíveis à formação da *opinio delicti*. Estranhíssima anomalia essa de deixar ao próprio órgão julgador (no caso, ao Relator) a condução da fase investigativa e, ao mesmo tempo, a incumbência de julgar a futura ação penal a ser instaurada. Em casos tais, resultam implicações sérias não só à imparcialidade do órgão jurisdicional, já comprometido com a prova que (ele mesmo) produziu e que lastreia a inicial, mas sobretudo quanto ao relacionamento entre Ministério Público e Poder Judiciário. Se se entender que o magistrado, exercendo assim atividade-fim da polícia, está sujeito ao controle externo ministerial, chegamos à absurda situação de o Judiciário dever atendimento às requisições (verdadeiras ordens) do Ministério Público, pois estaria “trabalhando” para o titular da ação, destinatário do caderno informativo; se, por outro lado, é negada a possibilidade de controle ministerial, o paradoxo não desaparece: o Ministério Público será tolhido de controlar a elaboração do procedimento que é endereçado a ele próprio.

4.2.3 O advogado e a Defensoria Pública

Como decorrência do princípio do paralelismo das partes (ou princípio da igualdade jurídica), o acusado no processo penal há de estar representado por defensor, que pode ser um advogado por ele constituído ou um profissional indicado pelo Estado, ao qual incumbirá a defesa técnica¹³⁰ do imputado, equilibrando-o ao órgão técnico encarregado de deduzir a pretensão punitiva – o Ministério Público. Claro está que o direito a ser defendido por advogado pago pelo Estado é distinto da liberdade individual de constituir defensor, pois, nesse caso, nada se estará demandando do Estado, a não ser se impedido o livre exercício do direito de defesa.

O defensor age com parcialidade, inerente ao seu ofício, mas não uma parcialidade tão larga quanto a do seu cliente, e sim regrada pela obrigação de officiar no processo com honestidade, lealdade, boa-fé e veracidade, regra deontológica fundamental da profissão.

O texto constitucional de 1988, já se disse, representou um grande avanço ao conceber um ideário democrático, colaborando para o exercício pleno da cidadania através da extensão de direitos e garantias fundamentais a todas as pessoas, com eficácia absoluta e imediata, consagrando, assim, o irrestrito princípio da igualdade. O acesso à justiça, direito de todos e dever do Estado, equipara-se em importância aos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade. Nesse contexto, a advocacia e a Defensoria Pública são alçadas a funções essenciais à Justiça, meios postos à disposição do acusado para assegurar o acesso à ordem jurídica justa.¹³¹

¹³⁰ O princípio da ampla defesa, para ter efetividade, demanda não só o exercício da autodefesa (manifestação pessoal do acusado), mas a existência de defesa técnica, através de defensor que velará pelos interesses do representado, mesmo contra a vontade deste, tanto que a sua ausência é considerada nulidade (art. 564, III, c, do CPP). Essa defesa, depreende-se da Constituição, deve ser assegurada desde a fase pré-processual (art. 5.º, LXIII – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”).

¹³¹ Convém lembrar que, embora em Constituições anteriores já houvesse a previsão de prestação de assistência legal aos necessitados (a Constituição de 1967, com a “emenda” de 1969, já previa, no art. 153, § 32: “Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei.”), a Carta atual cria evidente obrigação, contraprestação ativa por parte do Estado, tratando o tema como direito fundamental do cidadão, estabelecendo a respectiva garantia (art. 134, *caput* e parágrafo único). CARLOS WEIS situa-o, entre os direitos fundamentais, na categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais, pois requer providências do Estado para dar-lhe efetividade, correspondente ao dever estatal de custear advogados aos que não possam pagá-los, uma liberdade que somente foi reconhecida, no plano internacional, através do Pacto Internacional

A previsão de um órgão com a função precípua de conferir ampla orientação jurídica e defesa àqueles que não disponham de recursos suficientes (a criação das Defensorias Públicas estaduais e da União) foi inserida como garantia fundamental do cidadão, no art. 134, parágrafo único, da Lei Maior, *in verbis*:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV.

Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Assim, o problema observado no decorrer de inúmeros processos judiciais, concernente à insuficiente ou à má defesa do acusado que não pode ou não deseja constituir advogado particular para representar-lhe, resolve-se, no plano positivo, com a nomeação de defensor público, integrante de carreira organizada pelo Estado, mas cercado, para o bom exercício da função, de garantias como autonomia financeira, independência funcional, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e estabilidade, como forma de garantir o acesso à justiça e a ampla defesa primados pelo Constituinte. Veja-se que a defesa técnica deve funcionar em toda a persecução penal, seja na fase preliminar, seja no decorrer do processo em si, e não deve ser mero apêndice do Poder Judiciário, que sirva somente para dar aparência de legalidade às decisões. A defesa deve ser efetiva e, para tanto, faz-se essencial a atuação das Defensorias.

A Defensoria Pública, contudo, é instituição pouco estruturada ou ainda bastante incipiente em países como o Brasil. Em que pese a Lei Complementar n.º 80/94 haver regulamentado a norma constitucional, estabelecendo, no art. 142, que os Estados da Federação adaptariam a organização de suas Defensorias Públicas aos seus preceitos no prazo de cento e oitenta dias, em Estados como Alagoas, Goiás, Roraima, São Paulo, Santa Catarina e no Distrito Federal ela ainda está em vias de organização, sendo que o trabalho da defensoria acaba sendo desenvolvido por procuradores da Assistência Judiciária, o que

confere à atividade um caráter assistencialista e desvirtuado da finalidade encampada no art. 5.º, LXXIV, da Constituição (“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”).

Mesmo que, em termos processuais, estejam formalmente garantidos todos os direitos do acusado, há de convir-se que, na prática, nem sempre estará aperfeiçoada a igualdade jurídica entre as partes, tampouco uma ampla defesa. E parece-nos que o jurista não deve ter uma preocupação meramente processual, desprezando a ótica social do problema.

Em geral, é a deficiência da defesa, ou a disparidade verificada entre as partes no plano material (pois, no plano formal, o ordenamento as equipara), que tem servido de fundamento ao incremento da atividade instrutória do juiz em alguns sistemas, adotando-se a relativização do postulado da disponibilidade da prova. Como destacou MAURO CAPPELLETTI, no campo do processo civil, há uma tendência mundial – que expressa uma concessão fortemente publicista do processo – de todos os ordenamentos modernos, no sentido de ser atenuado o princípio da disponibilidade da prova, para admitir seja produzida de ofício pelo juiz, o que podemos entender como a versão mais lata do princípio do impulso oficial. Tal concessão, explica o autor, é inspirada no critério de igualdade substancial, e não meramente formal, entre as partes, quando estas não estão no mesmo nível econômico. Exprime uma finalidade assistencial do processo, supletiva de uma defesa debilitada, sobretudo por razões de equidade, há muito sentidas, em vista de uma das partes estar impossibilitada de custear uma defesa adequada.¹³²

Essa “intervenção” assistencialista do Estado-juiz em favor de uma das partes não pode ser concebida dentro dos lindes do processo penal acusatório. Ao contrário, deve ser operacionalizado o serviço de defesa pública, a fim de dar efetividade ao direito de defesa no processo penal, preocupação que vem sendo incorporada aos textos constitucionais dos Estados de Direito democráticos.

A efetiva estruturação e atuação das Defensorias Públicas constitui, nessa linha, basilar suporte do sistema acusatório, colaborando sobremaneira para a sua afirmação na prática, pois, se já não se justifica a intervenção do julgador em nome da obtenção da

¹³² CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 152-159.

verdade que leve à “prova perfeita”,¹³³ que não deixe dúvidas da culpabilidade do acusado, tampouco se admite possa fazê-lo a pretexto de suprir deficiências de uma defesa técnica inadequada.

Nessa última hipótese, fortalecida que seja a defesa dos mais carentes de recursos, tanto mais aperfeiçoado será o funcionamento do processo acusatório, à medida que se verificará, na prática, o efetivo paralelismo sem o qual não se pode falar em um “processo de partes”. Em outras palavras, quanto mais afastado estiver o magistrado do suprimento da deficiência de defesa do acusado, mais garantida estará a sua isenção/imparcialidade ao julgar.

¹³³ Aqui se faz referência à concepção vetusta de que “as provas de um delito podem ser diferenciadas em provas perfeitas e provas imperfeitas. As provas perfeitas são aquelas que demonstram, de maneira positiva, que é impossível ser o acusado inocente. As provas são imperfeitas quando a possibilidade de inocência do acusado não é excluída.” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, [1994?], p. 23). Nítida demonstração de que, à época, a prova ideal era a que conseguisse levar o julgador apenas a um juízo de culpa do acusado.

5. O NOVO PAPEL DO JULGADOR NA PERSECUÇÃO PENAL

5.1 Atuação na persecução criminal extrajudicial: o juiz como garantidor da legalidade do procedimento – 5.1.1 A participação do julgador na instauração e na condução das investigações – 5.1.2 A valoração do magistrado quanto ao arquivamento do caso – 5.2 Atuação na esfera judicial – 5.2.1 O princípio dispositivo e o princípio da livre investigação das provas; verdade formal e verdade real – 5.2.2 Reflexos do dirigismo probatório no julgamento: a quebra do princípio da imparcialidade.

Ao se analisar a estrutura do processo penal brasileiro, tal como regulado no Código vigente, surgem diversos problemas, sobretudo quando o sistema finda por atribuir poderes ao julgador ao extremo de criar a figura do juiz-ator (inquisidor), o que acontece, por exemplo, na Lei n.º 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e a repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Segundo lúcida advertência de AURY LOPES JR., os equívocos encontrados na história do direito processual – especialmente o erro iniciado no sistema acusatório romano de atribuir poderes instrutórios ao juiz, que acabou levando ao sistema inquisitório – e as reformas legislativas adotadas por diversos sistemas contemporâneos, demonstram a gravidade dessa tendência de ressuscitar erros do passado, como o juiz inquisidor, pois, sempre que se destinam poderes ao juiz, destoados daquela função por ele exercida, destrói-se a estrutura dialética do processo, aniquila-se o contraditório, sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzietà* = alheamento).¹³⁴

¹³⁴ LOPES JR., Aury. Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 11, n. 127, jun. 2003, p. 10.

É com vistas a adequar o processo ao modelo constitucional acusatório que se deve conceber uma participação do julgador mais isenta, sem a possibilidade, presente em diversos dispositivos inconstitucionais, do juiz-ator, do julgador que faz pré-juízos acerca da matéria que o ordenamento lhe impõe decidir em equidistância dos sujeitos parciais.

Tentar-se-á, a seguir, delinear um novo perfil da relação do juiz com a dinâmica probatória, tendo em vista as garantias constitucionais do acusado e a titularidade exclusiva do órgão ministerial nas ações penais públicas.

5.1 Atuação na persecução criminal extrajudicial: o juiz como garantidor da legalidade do procedimento

As transformações na estrutura da persecução criminal atingiram a etapa pré-processual, de elaboração do caderno informativo. A atividade judicial nessa fase investigatória agora se restringe a velar pela legalidade do procedimento, qualquer que seja o órgão que processe a investigação, atuando em incidentes que protestem por jurisdicionalização.¹³⁵ Repudia-se, via de consequência, a valoração, pelo magistrado, da atuação administrativa de investigação, o que representaria incursão nas atribuições do titular da ação penal e ofensa à repartição de papéis preconizada pelo sistema acusatório.

Se a propositura da ação penal está condicionada à prévia demonstração, pelo autor, de requisitos mínimos de viabilidade da pretensão que objetiva deduzir, reunidos através de uma investigação criminal, essas investigações se fazem, quase sempre, na forma de inquérito policial, dirigido pela autoridade encarregada do seu exercício, embora podendo fazer-se mediante peças de informação, de caráter oficial, quando a notícia de infração penal de ação pública é levada diretamente e por escrito ao Ministério Público.

E é justamente a intermediação do julgador em atos de natureza meramente administrativa da condução do inquérito que pode desnaturar a acusatoriedade do sistema, por comprometer a sua imparcialidade e a igualdade dos sujeitos do processo.

¹³⁵ No modelo acusatório, como visto, o juiz de instrução, figura clássica do sistema inquisitivo, cede espaço ao *juiz garantidor*, e o Ministério Público assume o papel de propulsor da ação, tendo ao seu lado, para coleta das informações necessárias, a Polícia de Investigação.

5.1.1 A participação do julgador na instauração e na condução das investigações

Pelas regras atuais, o inquérito policial, sigiloso, escrito e não-contraditório, pode ser iniciado, se for caso de ação pública incondicionada, de ofício, pela autoridade policial, ou em decorrência de *notitia criminis* levada por qualquer pessoa, ou por requisição do juiz ou do membro do Ministério Público. Ainda, é possível ser instaurado por comunicação espontânea do suspeito, em virtude da lavratura do auto de prisão em flagrante ou do auto de resistência (arts. 301 e 292 do CPP), ou a requerimento do ofendido.

Vê-se, portanto, que, embora a ação penal só possa ser proposta pelo Ministério Público ou pelo ofendido, está o juiz legitimado a iniciar as investigações acerca de um delito. Tal paradoxo, encampado no art. 5.º, I, do Código de Processo Penal, não pode ter lugar frente à adoção do sistema acusatório, que exige, mais do que afastar o juiz da possibilidade de iniciar o processo penal (procedimento já proscrito, mas antes aventado nos arts. 26 e 531 do CPP¹³⁶), proibir-lhe a requisição da instauração de inquérito.

O Anteprojeto Frederico Marques já previa tal vedação (“Art. 251. O inquérito policial será iniciado com portaria da autoridade policial, ordem do Ministério Público ou com o auto de prisão em flagrante delito.”), recomendando ao magistrado que, ao tomar conhecimento de fato delituoso, noticiasse ao Ministério Público (art. 249 do Anteprojeto, cuja dicção é reproduzida no art. 40 do estatuto em vigor).¹³⁷ Na mesma direção caminha o Projeto de Lei n.º 4.209/2001, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, igualmente retirando a possibilidade de instauração do procedimento perquisitivo mediante requisição judicial.

¹³⁶ “Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.”

“Art. 531. O processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.”

¹³⁷ O Anteprojeto de Código de Processo Penal de autoria do Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES, publicado no suplemento do Diário Oficial da União de 29/6/1970, introduzia inovações em vários institutos da justiça penal, tendo como grande preocupação, mesmo ainda – perceba-se! – sob a égide da ordem constitucional anterior, reforçar o sistema acusatório, além de efetivar as garantias do direito de defesa, situando o juízo penal, órgão da jurisdição, em posição de extrema imparcialidade. Lê-se na sua Exposição de Motivos: “Os interesses de ordem pública, tão palpitantes nas causas penais, têm como respectivos titulares o Ministério Público e o réu, por seu defensor. Ao juiz cabe, unicamente, dar equidistante e imparcialmente a cada um o que é seu, aplicando a vontade da lei.” (BRASIL. *Anteprojeto de Código de Processo Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970, p. 7).

Ainda na fase pré-processual, não se pode admitir que parta do julgador a orientação sobre os caminhos a serem seguidos na investigação ou a crítica ao material probatório colhido. Nesse particular, interessa relembrar o escopo das diligências investigatórias, tal seja, reunir os elementos informativos necessários e suficientes à formação da *opinio delicti*, ao convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação.

No ponto específico da prorrogação de prazo do inquérito, normalmente requerida pela autoridade policial ao juiz, é de notar-se que a atividade de deferir ou não a dilação tem cunho meramente administrativo, não-jurisdicional. Encontra-se aqui outra distorção do papel do julgador na fase da persecução criminal extrajudicial: se o controle externo da “Polícia Judiciária” é cometido ao Ministério Público, deve este zelar pela esmerada tramitação dos inquéritos, pois é interesse seu assegurar a tempestiva e embasada finalização das investigações prévias.

É importante, dessarte, e constitui exigência do modelo constitucional acusatório, tramite o caderno informativo diretamente entre Polícia e Ministério Público, evitando-se o desserviço prestado pela tardia conclusão das investigações, com repercussões que vão até a soltura do investigado preso, sendo de assinalar, ainda, que a demora em chegarem ao órgão ministerial as diligências encetadas de ofício pela Polícia (muitas vezes o Ministério Público somente toma conhecimento de um caso quando da vista determinada judicialmente) colabora para a frustração do processo investigativo.

5.1.2 A valoração do magistrado quanto ao arquivamento do caso

Se esse suporte probatório mínimo, necessário à configuração da justa causa para a ação penal, não é atingido ao cabo da investigação, é do Ministério Público a iniciativa de promover o arquivamento das peças, evitando, assim, a instauração de processo que representa, por si só, um estorvo significativo ao acusado.¹³⁸

¹³⁸ JOHONSON DI SALVO assim descreve a situação do réu: “E, diante do Juiz, comparece o acusado. Às vezes, frio e sorridente; noutras vezes, cabisbaixo, solene, até amedrontado. Como já dito, *é o ser humano em seu pior momento*. (...) muitas vezes a resposta da sociedade ao criminoso, por intermédio do Juiz, levará o réu à prisão (...). Mesmo que isso inocular, sempre estará presente a mácula inerente ao Processo Penal, o chamado *estrépito judiciário*.” (SALVO, Luís Antonio Johnson di. *O juiz na condução do processo penal*. Campinas: Copola, 1997, p. 15).

O art. 28 do CPP descreve uma rotina bastante singular quanto ao arquivamento, assim descrita:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará 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.

No caso dos delitos de competência originária dos Tribunais, a situação parece sequer ter tratamento específico. Não bastasse a distorção de tarefas já comentada – que tem acarretado o exercício, pelos magistrados de segunda instância, de atividade propriamente investigatória –, não há qualquer previsão de controle, pelo Judiciário, dessa atuação inicial do Ministério Público. Em outras palavras, além de o Ministério Público figurar, na fase investigativa, como orientador do juiz-instrutor (o termo aqui faz alusão ao juiz do Tribunal, no exercício da investigação preliminar dos crimes de sua competência originária), requisitando-lhe as diligências que vislumbrar adequadas, uma vez formulado pelo chefe do Ministério Público pedido de arquivamento das peças de informação, outro caminho não restará ao Tribunal, senão acolher o pleito.¹³⁹

Não se pretende, com essa asserção, abrir margem à sindicabilidade judiciária acerca da presença dos requisitos mínimos ao ajuizamento da ação penal. Ao contrário, no rastro da moldura acusatória perfilhada pela Constituição, constitui manifesta afronta ao princípio acusatório atribuir ao julgador a possibilidade de negar o pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, órgão que exerce o juízo de viabilidade da ação penal segundo os elementos coletados.

¹³⁹ Essa a conclusão de TOURINHO FILHO: “Onde, na lei, a atribuição do Poder Judiciário de exercer esse controle da atividade inicial do Ministério Público? Não há. Não se infira da leitura do art. 599 do CPP (...). A palavra ‘arquivamento’, aí, está mal empregada. (...) O arquivamento aí tem o sentido de julgamento da improcedência da ação, porquanto só se efetiva após o oferecimento da denúncia ou queixa, como se constata pelos arquivos 558 e 559.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 149). Também MARCELLUS LIMA anota: “sendo sempre a última palavra em matéria de arquivamento do chefe do *parquet*, evidente que no caso de atribuição originária, promovido o arquivamento, nada há mais que se cogitar, não podendo o Tribunal discordar da ‘decisão’, só podendo determinar a remessa ao arquivo” (LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 275).

Não é dado ao juiz, nesse passo, imergir nos autos das investigações para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, ou interferir na atuação do Ministério Público e na formação do seu convencimento. O juiz imparcial impõe afastar-se das atividades preparatórias, a fim de manter-se imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, de sorte a perquirir, apenas por ocasião do exame da acusação formulada, se há justa causa para a ação ou se se apresenta como violação ilegítima da dignidade do acusado.¹⁴⁰

5.2 Atuação na esfera judicial

No decorrer da instrução processual também se apresenta visível, ainda que em menor grau, a participação comprometedora da imparcialidade do julgador. O primeiro problema que se nos afigura, relacionado a pressuposto de validade do processo, diz respeito à norma de competência encampada no art. 83 do Código de Processo Penal, no qual se lê:

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3.º, 71, 72, § 2.º, e 78, II, c).

JÚLIO MIRABETE cita, entre os atos possíveis de fixar a competência por prevenção, “a decretação da prisão preventiva, a concessão de fiança, o reconhecimento de pessoas ou coisas, qualquer diligência que dependa de autorização judicial”.¹⁴¹

¹⁴⁰ Exemplo também curioso – agora não mais legislativo – é o entendimento, há muito superado, de que o membro do Ministério Público que participou, direta ou indiretamente da fase extrajudicial (investigativa), estaria envolvido de tal sorte a gerar “impedimento”, por força do art. 258 do CPP, para que atuasse na fase judicial. Mais estranho: a parte – “qualidade” do MP na relação processual – que participou da investigação ensejadora da acusação deveria estar impedida, entretanto não se arguiu tal óbice ao magistrado, que (esse, sim), por vezes, tem misturadas as funções de julgador e acusador, quando é relator de inquérito e, após, da ação sucessiva. Veja-se que a atuação do Ministério Público, na esfera investigativa, seja por inquérito policial ou por outro meio apuratório, tem escora na sua própria missão de titular da ação penal.

¹⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 324.

A regra acarreta inegável prejuízo ao sistema, tendo em vista que, ao se concederem poderes instrutórios ou de gestão ao juiz na fase pré-processual, seja pela atividade de reunir o material, seja por estar em contato com as fontes de investigação, com a adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica, etc., realiza ele diversos pré-julgamentos no curso da fase preliminar. E esse mesmo juiz, imbuído naturalmente de idéias pré-concebidas, frutos até de sua perspicácia, formará pré-juízos sobre condutas e pessoas, não sendo conveniente inicie o processo penal com tal comprometimento subjetivo. E foi justamente essa incompatibilidade psicológica que levou ao descrédito do modelo inquisitório.

O sistema ideal, aquele em que se encontraria o ponto de equilíbrio entre as liberdades individuais e a segurança pública, seria o bifásico, que garantisse a separação de funções: o órgão judicial atuante na instrução preliminar e aquele responsável pelo processamento e julgamento da causa propriamente dita, o garantidor do procedimento investigativo e o efetivamente julgador.

AURY LOPES JR. explica que, originariamente, essa era a estrutura dual do procedimento na Espanha, pela *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882, mantida até 1967 e, após, resgatada com a Sentença 145/1988 do Tribunal Constitucional, baseada em decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, segundo o qual a atuação do juiz instrutor no tribunal sentenciador supõe uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Naquele sistema, existe uma presunção absoluta de parcialidade do juiz instrutor, a impedir-lhe de julgar o processo que tenha instruído.¹⁴² Que dizer, então, do sistema brasileiro, em que, diversas vezes, os integrantes de órgão fracionário de um Tribunal julgam desde o primeiro *habeas corpus* oposto contra a prisão preventiva, até a apelação e incidentes em fase de execução penal?

Portanto, em regra, em benefício da garantia do juiz natural no processo penal, do resguardo da posição do julgador, a prevenção deve ser tida antes como uma causa de exclusão que de fixação da competência (o que já se verifica, na prática, nas unidades federativas que adotam juízo específico para o inquérito, como os juízes da Vara de Central de Inquéritos em Curitiba, Estado do Paraná).

¹⁴² LOPES JR., Aury. Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 11, n. 127, jun. 2003, p. 10.

Passando à consideração da iniciativa instrutória do juiz durante o curso do processo, surge-nos a indagação acerca do ônus da prova, essencial à análise da situação dos atores processuais quanto à propositura e à colheita propriamente dita da prova penal. Toda pretensão deduzida em juízo, penal ou extrapenal, para obter êxito, necessita ser provada. A prova criminal é o ato ou conjunto de atos através dos quais se procura demonstrar a veracidade da acusação, ou, nas palavras de CAFFERATA NORES, os elementos com que se busca, mais que a verdade sobre a culpabilidade do acusado, uma falsidade: a da presunção de inocência.¹⁴³

Em nosso sistema, vige a regra – hoje expressa claramente nos tratados internacionais sobre direitos humanos – de que não cabe ao acusado provar a própria inocência. Modo inverso, esta se presume até prova em contrário (Constituição, art. 5.º, LVII), donde se conclui que deve buscar a prova aquele que aduz “o contrário”, ou seja, o autor da demanda – em geral órgão estatal, porque em jogo a restrição do *jus libertatis* do acusado. Sem prova cabal e resolva, da qual se possa deduzir, razoavelmente, a existência do delito e a participação do acusado, a ponto de afastar a inocência presumida, não se pode editar uma sentença condenatória. E essa prova, por certo, cabe a um dos sujeitos parciais, justamente aquele que tem a missão de promover a ação penal. Bastante reluzente, a esse respeito, excerto de conhecido julgado da Primeira Turma de nossa Corte Suprema:

(...) O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS. - A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos

¹⁴³ NORES, José I. Cafferata. La eficacia de la investigación penal en el Estado de Derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, jul./set. 2001, p. 30.

probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine iudicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual. O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL. - A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas – embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público –, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet* (...).¹⁴⁴

Certo é, portanto, que o ônus da prova, na ação penal pública condenatória, toca todo ele ao Ministério Público, a quem caberá afastar qualquer dúvida sobre a ocorrência do fato delituoso e de sua autoria, o que nada mais representa senão a reprodução da regra geral de que recai sobre o autor a incumbência de provar o fato constitutivo de seu direito – o direito do Estado de fazer valer seu poder de punir.

Isso não implica, contudo, desconhecer também ao acusado a faculdade (não o dever) de iniciativa probatória, ou seja, o direito de trazer aos autos todos os elementos

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 73.338. Impetrante: Eduardo de Vilhena Toledo e outro. Paciente: José Carlos Martins Filho. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de agosto de 1996. Julgamento unânime. Publicado no Diário da Justiça de 19 de dezembro de 1996.

de prova admissíveis pelo ordenamento e que contribuam à elucidação do fato sob exame. Mesmo ao final da instrução, há espaço, de ordinário, para o requerimento de diligências, nos termos do art. 499 do CPP.¹⁴⁵ E, demais disso, o acusado é o primeiro interessado na sua absolvição, podendo não satisfazer-se apenas com aquela derivada do insucesso da atividade do autor (inocência por falta de provas), mas também em transformar o que era mera presunção em verdade processual, fundante de um édito absolutório.

É, assim, o direito à prova concebido como verdadeiro direito subjetivo público¹⁴⁶ à introdução do material probatório no processo e à participação em todas as fases do procedimento respectivo, para influir positivamente sobre o convencimento do julgador. Disso decorre que seus titulares hão de ser os mesmos aos quais se reconhecem os direitos de ação e de defesa: os titulares da ação penal, pública ou privada, e o acusado, tudo em consonância com os ditames constitucionais da igualdade e do contraditório.

Já em relação ao ônus, o encargo processual de prova dos fatos trazidos a juízo, é o Ministério Público que se vê chamado a demonstrar a existência da infração penal em todos os seus pressupostos, elementos, condições e circunstâncias que tornam possível a aplicação da reprimenda,¹⁴⁷ de modo que, pairando dúvidas na mente do juiz, a solução deve lastrear-se no princípio *in dubio pro reo et contra civitatem*, com absolvição do argüido, conhecida regra de distribuição do ônus da prova penal, para repelir a possibilidade do *non liquet*.

Ocorre que, na região latino-americana, como em quase todos os países de raiz européia-continental, a prova da acusação, ou seja, da contrariedade à presunção de inocência não é buscada somente (nem sequer primordialmente) pelo autor, mas também pelo julgador, e não somente pelos juízes de instrução, porém, o que é mais grave, pelos juízes de

¹⁴⁵ “Art. 499. Terminada a inquirição das testemunhas, as partes (...) poderão requerer as diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução, subindo logo os autos conclusos, para o juiz tomar conhecimento do que tiver sido requerido pelas partes.”

¹⁴⁶ Assim se localiza, pois tem como sujeito passivo o Estado-juiz, obrigado a tornar efetivas as postulações das partes em relação às atividades probatórias, se legítimas, embora também possa ser considerado sujeito passivo a parte contrária que tenha em seu poder alguma prova (salvo o direito do acusado à não-incriminação), ou terceiros, como testemunhas e peritos, que têm o dever de veracidade em seus depoimentos.

¹⁴⁷ MARIA LÚCIA KARAM critica, inclusive, a corriqueira atribuição à defesa do ônus da prova de eventual causa excludente da antijuridicidade ou da culpabilidade, o que consistiria, a seu ver, proposta equivocada – e contrária aos textos legais – de inversão do ônus da prova, porquanto o réu não teria necessidade de construir sua inocência, já construída pela presunção que o ampara (KARAM, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, jul./set. 2001, p. 66-67).

juízo: se o acusador não traz toda a prova necessária para sustentar a acusação, podem trazê-la os juízes por sua própria iniciativa, mesmo contra a vontade daquele.

Em nosso sistema infraconstitucional, o julgador pode ordenar a produção de provas não mencionadas, a ouvida de testemunhas não arroladas, a juntada de documentos, acareações, etc. Mesmo na etapa que antecede a ação penal, ou seja, durante as investigações, é o magistrado investido desse poder de determinar a prova *ex officio*, como autorizam diplomas legais específicos (Lei n.º 9.034/95 e Lei n.º 9.296/96), adiante analisados.

Ainda no curso da marcha processual, é de salientar-se que a coleta da prova oral deixa ao julgador quase que o total discernimento acerca das inquirições a serem formuladas. O interrogatório, por exemplo, que é meio de defesa do acusado e também de prova no processo,¹⁴⁸ marca-se pela característica da judicialidade, ou seja, cabe ao juiz, somente a ele, interrogar o réu. Nisso se enxerga, normalmente, a melhor técnica para formar o juízo do magistrado a respeito da personalidade do réu, da sinceridade de suas desculpas, do estado de espírito em que se encontra, da sua frieza ou perversidade, enfim, para estudar-lhe as reações e disso extrair as suas impressões. Mas, se é tida por importante essa impressão pessoal do juiz, por outro lado, ela pode sequer vir a ser revelada na sentença, em vista da não-consagração do princípio da identidade física no processo penal.

Ora, se o interrogatório é meio de defesa e de prova, interessa a ambas as partes dele participarem, formulando questões a fim de fazer valer o princípio do contraditório e para que obtenham os esclarecimentos suficientes para embasar a acusação e a defesa. Do contrário, aspectos relevantes podem ser omitidos na inquirição e, ainda, a prova obtida pode não necessariamente interessar a qualquer das partes.

¹⁴⁸ HÉLIO TORNAGHI consigna que o interrogatório, na lei processual em vigor, ao contrário do direito italiano, é, essencialmente, meio de prova e, acidentalmente, de defesa. Nem por isso, contudo, deixa de ressaltar que o interrogatório deve ser respondido pelo réu de forma livre e consciente, não devendo o juiz armar ciladas, tampouco fazer-lhe perguntas sugestivas, pois não se quer um juiz inquisidor, que proceda a uma pesquisa psicanalítica do acusado. “O interrogatório do acusado não é uma experiência feita num objeto, mas uma observação feita num sujeito” (TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, t. III, p. 811 e 815). Já CARLOS HADDAD pondera que a natureza jurídica do ato deve ser extraída em função dos sujeitos parciais, realçando-se, conforme a posição por estes ocupada, o aspecto defensivo ou o probatório. Assim, ao acusado o interrogatório representa a mais propícia ocasião para autodefender-se, inclusive provando, ao passo que, ao autor, o interrogatório pode vir a reforçar um ulterior pedido de condenação em razões finais. Em todo caso, constitui elemento crucial à formação do convencimento do magistrado (HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 44-45).

A inquirição dos acusados e das testemunhas deve ser feita, em prol da equidistância que deve manter o julgador com relação às partes, diretamente pelo autor e pelo réu, através do seu defensor. O juiz se portaria como árbitro do debate, garantidor dos direitos do argüido, seja réu, seja testemunha. Dessa forma, estaria prevenindo os excessos, sem que precisasse, para tanto, investir-se da posição de principal inquiridor.

Durante a argüição, estaria pronto a intervir, quando formuladas perguntas indevidas, deslocadas do objeto do processo, ou em desrespeito à dignidade do argüido. Ao final da inquirição pelas partes, poderia posicionar-se, elaborando questões para ilidir eventuais obscuridades dos depoimentos, mas nisso respeitando a prova já produzida, sob genuíno contraditório.

Curioso observar que, no Código de Processo Criminal de 1832, era prevista essa inquirição direta, durante os debates no “Jury de Sentença”, após a primeira manifestação oral de cada uma das partes. O sistema, mantido, em suas linhas mestras, pelos códigos estaduais pós-republicanos, era assemelhado ao modelo anglo-americano de inquirição direta perante o júri, sendo mesmo dispensado o registro escrito do depoimento, a não ser se requerido pelas partes.¹⁴⁹ O Código de Processo atual mantém a oralidade apenas topicamente, como no caso de crimes da competência do júri, mas permanecendo, pelo art. 467,¹⁵⁰ o juiz a formular perguntas em primeiro lugar, o que acaba por deslocar a segundo plano a atividade desenvolvida pelas partes. Não se pode deixar de louvar, todavia, o prestígio da oralidade no processo atinente aos delitos de pequeno potencial ofensivo (Lei n.º 9.099/95), bem como a importante previsão contida no art. 405, parágrafo único, do CPP, na redação dada pelo Projeto de Lei n.º 4.207/2001, em vias de tramitação.

5.2.1 O princípio dispositivo e o princípio da livre investigação das provas; verdade formal e verdade real

¹⁴⁹ Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 77-78.

¹⁵⁰ “Art. 467. Terminado o relatório, o juiz, o acusador, o assistente e o advogado do réu e, por fim, os jurados que o quiserem, inquirirão sucessivamente as testemunhas de acusação.”

Salta em relevo, no estudo da participação ativa do magistrado nas atividades persecutórias processuais, o forte nexos existente entre a atribuição de poderes instrutórios ao juiz e o princípio dispositivo. Da teoria geral do processo colhe-se ser o princípio dispositivo (atrelado à chamada “verdade formal”) a regra processual que atribui às partes a tarefa de estimular a atividade judicial e trazer os materiais do processo, ficando o juiz, na instrução da causa, a depender da atitude dos sujeitos ativo e passivo quanto às provas e às alegações em que baseará a sua decisão. Permeado de índole liberal, porque deixa aos sujeitos envolvidos no conflito o juízo sobre a conveniência ou não de demonstrar a veracidade dos fatos alegados, o postulado encontra sustentáculo na necessidade de salvaguardar a imparcialidade do julgador.¹⁵¹

Já pelos ditames da livre investigação das provas (preceito ligado à “verdade real ou material”), o magistrado deve atender à averiguação e ao descobrimento dos fatos, por sua diligência. Costuma-se localizar no processo penal – pela natureza pública do interesse repressivo, a limitar, ou mesmo excluir, a autonomia privada – a sede apropriada desse princípio, não se admitindo concessões à “verdade formal”.

Assim, classicamente, nossa doutrina ensina que, enquanto no processo civil, em regra, versando sobre direitos disponíveis, pode o julgador satisfazer-se com a “verdade formal” (excetuados os casos de prevalência do interesse público, como no direito de família), no campo penal deve averiguar a “verdade real” para firmar sua decisão, salvante as hipóteses em que não disponha de meios para assegurá-la, valendo-se, em casos tais, da previsão normativa de absolvição por falta de provas (art. 386, VI, do CPP).¹⁵²

Sobre a distinção conceitual entre as duas categorias de verdade indicadas, colhem-se as palavras de CARLO FURNO:

Por verdade material se entende a certeza histórica lograda no processo por meio de uma ou mais experiências probatórias, cujos resultados devem ser

¹⁵¹ Contra o argumento utilizado para a adoção do princípio dispositivo quanto à iniciativa probatória no processo civil, BARBOSA MOREIRA, em defesa do mais amplo ativismo judicial, difere os conceitos de neutralidade e imparcialidade, afirmando que ao julgador impõe ser imparcial, devendo assegurar às partes igual tratamento, não se pretendendo, porém, seja neutro, no sentido de indiferente ao êxito do pleito. Conclui que “ao juiz não é apenas lícito preferir a vitória da parte que esteja com a razão, seja ela qual for, senão que lhe cumpre fazer tudo que puder para que a isso realmente se chegue...” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Revista Jurídica*, n. 250, ago. 1998. Não paginado).

¹⁵² Cf. CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 64-65.

apreciados pelo juiz com plena e absoluta liberdade de critério, sejam que as partes litigantes facilitem ao juiz o material instrutório preciso, seja que o mesmo juiz supra, com sua própria iniciativa, as eventuais lacunas da instrução, procurando ele mesmo as provas. (...) Em oposição, a verdade formal se entende a certeza histórica conseguida no processo, não através da valoração crítica livremente exercitada sobre o material probatório pelo órgão judicial, mas em virtude de um sistema legal de acerto definitivo dos fatos, ou seja, em virtude de um complexo de normas imperativas, as quais, suprimindo por completo a liberdade judicial da valoração, vinculam o julgador a ter por certo os fatos concretos, demonstrados nos modos correspondentes às hipóteses previstas em abstrato por aquelas normas.¹⁵³

Percebe-se, no entanto, que tais princípios – da busca da verdade formal e da verdade real, ou do dispositivo e da livre investigação – não constituem dados contrapostos, mas apresentam, como é característico dos princípios em geral, clara complementaridade. Em estudo sobre a verificação de ambos os postulados em diversos países, PINTO FERREIRA assinala que as legislações processuais civis adotam, na atualidade, o princípio dispositivo, no entanto “mitigado e suavizado também pelo da livre investigação, algumas outras dando preferência a este último, tudo variando de acordo com a política legislativa, que se acomoda à forma liberal ou autoritária de Estado”.¹⁵⁴

A marca dispositiva, ligada tradicionalmente ao processo civil,¹⁵⁵ recebeu, sobretudo a partir do final do século XIX, novos contornos, à medida que se nota, em face dos anelos publicistas e da eminente finalidade sócio-política do processo, a retirada do juiz da condição de mero espectador da batalha judicial, com o incremento paulatino dos seus poderes e a assunção de uma posição ativa, impulsionando o andamento da causa e também determinando provas, conhecendo *ex officio* de circunstâncias até então deixadas às alegações das partes, dialogando com elas, reprimindo-lhes condutas irregulares, etc.¹⁵⁶

¹⁵³ Citação destacada pelo Prof. NILZARDO CARNEIRO LEÃO (*Princípios do processo penal*. Recife: Imprensa Universitária, 1960, p. 62-63).

¹⁵⁴ FERREIRA, Pinto. Os princípios dispositivo e da livre investigação no direito processual. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, ano IX, n. 8, 2. sem. 1995, p. 193.

¹⁵⁵ ROBERT MILLAR destaca que tal princípio sempre gozou, no processo civil, um domínio quase ininterrupto (nos sistemas romano e germânico, por exemplo) e predomina, sujeito a maiores ou menores restrições, em todas as jurisdições civis da atualidade (MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, [1945?], p. 69-70).

¹⁵⁶ Em obra substancial a respeito do tema, PAULO ROBERTO BEDAQUE defende, no campo do processo civil, o ativismo judicial, a participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes. Explica que essa iniciativa probatória não violaria o dever de imparcialidade nem a garantia do contraditório, mas, ao contrário, cumpriria a função social do processo como instrumento de pacificação social, prevenindo ao máximo o recurso do julgador às regras de distribuição do ônus da prova para resolver o litígio. Anota, enfim, que o Código de Processo Civil brasileiro adotou o modelo europeu continental do *inquisitorial*

No processo criminal, sob a regência da ordem constitucional de 1988, tendo em vista as já analisadas garantias processuais e a exclusividade na titularidade da ação penal pública, com a conseqüente mudança da posição do julgador perante a formação da prova, reclama-se não só pelo esmaecimento dos poderes instrutórios judiciais, inerentes ao princípio inquisitivo, mas pela adoção de certa parcela de “dispositividade”.¹⁵⁷ Temos, diante disso, ser incompatível com o atual perfil acusatório do processo penal o princípio da busca da *verdade real*, sob cujo pretexto se convalidam poderes instrutórios os mais amplos ao julgador.

É certo que ao magistrado não cabe apenas julgar, mas julgar bem, apresentando uma decisão a mais próxima do justo, com isso se requerendo um bom embasamento jurídico e lastro probatório, todavia essa certeza há de ser adquirida nos limites da prova trazida nos autos, pois é esse o seu mundo. Como encontrar uma “verdade real” que não seja aquela revelada pelos autos e, pois, igualmente “formal”? Vê-se, portanto, a corroborar as idéias esposadas no segundo capítulo do trabalho, que as expressões *verdade formal* e *verdade real* carregam inerente imprecisão. O conceito de verdade não é ontológico nem absoluto, e no processo – penal ou civil que seja – o juiz só pode buscar a verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza.¹⁵⁸ Melhor será privilegiarmos as locuções *princípio dispositivo* e *princípio da livre investigação das provas*, sendo que esta última já não pode ser associada, como outrora, ao princípio inquisitivo,¹⁵⁹ hajam vista as modernas exigências de situação do julgador em um processo penal justo.

A confirmar o arrefecimento da desenfreada busca da *verdade real*, bem assim da obrigatoriedade da ação penal pública, em razão do ferrenho apego ao princípio da legalidade, tem-se a Lei n.º 9.099/95, que rompeu com todo o sistema tradicional pátrio,

system, repelindo o *adversarial system* anglo-saxão. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 95-111.)

¹⁵⁷ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 64-65. Os autores salientam que, enquanto no processo civil o princípio dispositivo foi sendo mitigado, permitindo-se ao juiz ampla gama de atividades instrutórias de ofício, o processo penal caminhou em sentido oposto, não apenas substituindo o sistema puramente inquisitivo pelo acusatório, mas fazendo concessões ao princípio dispositivo, o que se ilustra com o procedimento previsto na Lei n.º 9.099/95.

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Forense on-line*, Rio de Janeiro, mar. 2002. Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.forense.com.br>>. Acesso em: 31 mar. 2002.

¹⁵⁹ PINTO FERREIRA mostra a preocupação de autores como ADOLFO SCHOENKE, ZIRK e DE BOOR em dar ao “princípio inquisitivo” outra denominação, a de “princípio de livre investigação” (FERREIRA, Pinto. Os

consagrando novos princípios novos e adotando institutos despenalizadores para pequenas infrações. Segundo o diploma, uma vez aceita, pelo acusado, a proposta de aplicação imediata da pena restritiva de direitos, é feito o acordo e o processo, arquivado, sem que se questione eventual culpa. TEREZA NASCIMENTO ROCHA DÓRO visualiza aqui a inserção do princípio da *verdade consensual*:

Contrariamente ao que ocorre com a verdade real, quando o juiz deve averiguar e descobrir a sua verdade para poder decidir, nesses casos não se cogita de qualquer conversação ou procura do que realmente ocorreu. É feita uma proposta, aceita, homologada, e está encerrado o caso. Não se fala em condenação, nem em absolvição, porque não houve qualquer referência ao mérito da imputação.¹⁶⁰

5.2.2 Reflexos do dirigismo probatório no julgamento: a quebra da imparcialidade

É o momento de repensar a relação do julgador com o inquirido e com a iniciativa da busca das provas no processo.

Do exposto até o momento, pode-se notar uma sutil diferença entre a atuação do magistrado na fase extrajudicial e a atividade exercida na fase judicial. Na primeira, a etapa investigativa, não deve ingerir-se a não ser para preservar as garantias do investigado e apreciar os pedidos de medidas acautelatórias. Deve-se caminhar em direção à figura do *juiz garante*, alheio às fontes de investigação, atuando, na fase preliminar, apenas quando em jogo direitos fundamentais do indivíduo.

Já na fase judicial, além de se reservar ao magistrado a admissibilidade das provas, que são dirigidas não só a ele, mas à parte contrária, há um maior espaço para disposição da prova pelo julgador, o que não significa, contudo, ser-lhe autorizado (como

princípios dispositivo e da livre investigação no direito processual. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, ano IX, n. 8, 2. sem. 1995, p. 193).

¹⁶⁰ DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. *Princípios no processo penal brasileiro*. Campinas: Copola, 1999, p. 164. Os institutos previstos na Lei n.º 9.099/95 têm estreita ligação com o *plea bargaining* do direito estadunidense, que, em sentido restrito, significa acordo entre acusação e defesa, pelo qual o suspeito se compromete a declarar-se culpado em troca de certas concessões do representante do Estado. Em sentido mais amplo, supõe também a cooperação do acusado com a captura de outros delinquentes e a restituição do *status quo* à vítima. Cf. RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezu. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada: Comares, 1996, p. 67.

defendem diversos autores¹⁶¹) imiscuir-se a ponto de empenhar a sua “credibilidade”. É verdade que pode, com essa interferência, suprir possível deficiência de uma das partes. Certo, por outro lado, que essa sua atuação – tendo em vista encontrarmos, na ação penal pública, como pólo ativo o Estado –, é observada, na prática, muito mais em desfavor da parte já deficitária (aqui se faz referência ao acusado, parte sobre quem pesa o estigma do processo e contra quem o Estado também contende, sendo que através do Ministério Público). Se é a quem alega (o Estado) que incumbe produzir a prova, a sua formulação por iniciativa judicial deve desfavorecer, como aludido, ao “particular”. O juiz acaba tomando sua parcela de ônus estatal de produção de prova no processo penal, o que fatalmente repercute de forma negativa na preservação de sua imparcialidade.

A participação, enfim, do juiz na *persecutio criminis in iudicio* exige-lhe a direção da marcha processual, e, portanto, da produção das provas, sempre com estima ao elevado princípio do contraditório. Há, por tal, espaço para a intervenção do juiz, desde que não desborde os limites das provas já produzidas, devendo atuar apenas para suprir dúvidas sobre o material probatório que já lhe foi trazido pelos sujeitos parciais.

Quando diligencia, de ofício, além dessa fronteira do esclarecimento das imputações e elementos a ele já levados, o julgador expõe-se, sim, ao parcialismo. Conforme serena invocação de CAFFERATA NORES, se, para resguardar o interesse público na punição do delito, permitimos que os juízes ajudem ou até substituam o Ministério Público na sustentação probatória da acusação, estaremos admitindo que os juízes sejam co-promotores, o que não é tolerável em um Estado de Direito, cujo selo distintivo em matéria de administração da justiça é precisamente a imparcialidade daqueles, condição que resulta francamente incompatível com as de colaboração com o *dominus litis* ou com funções investigativas ou co-acusadoras.¹⁶²

¹⁶¹ V. g., GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Forense online*, Rio de Janeiro, mar. 2002. Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.forense.com.br>>. Acesso em: 31 mar. 2002.

¹⁶² NORES, José I. Cafferata. La eficacia de la investigación penal en el Estado de Derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, jul./set. 2001, p. 31-32.

6. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO LEGISLATIVA. PROPOSTAS DE REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA

6.1 Pontos críticos – 6.2 Dispositivos em espécie: ingerência do julgador na atividade administrativa de investigação do delito e na atuação judicial do Ministério Público – 6.3 Propostas de reformas na legislação processual penal: a supressão dos instrumentos inconstitucionais e a adoção dos institutos da moderna persecução criminal – 6.4 Superação do princípio da busca da verdade real. Redimensionamento do papel do julgador na produção probatória penal.

6.1 Pontos críticos

Para finalizar o estudo, impende atentar-se aos principais pontos críticos do processo penal brasileiro, no que tange à permanência em vigor de dispositivos que, legando poderes administrativos (não-jurisdicionais) ao magistrado, situam-no em posição de parcialidade para julgamento, o que se tem inconciliável com os preceitos consagrados na ordem constitucional. São textos que traduzem desrespeito às garantias individuais e verdadeiro ultraje às atribuições próprias dos órgãos encarregados da investigação do delito e da persecução judicial do crime. Os efeitos da tradição inquisitorialista herdada dos idos da colonização ainda se fazem sentir, pois em vários pontos o Código vigente se ressent de uma adequação ao sistema constitucional.

Veja-se o exemplo luzente do já mencionado inquérito perante os Tribunais. Não bastasse a evidente ineficiência da sistemática, senão quando atribui ao julgador exercício de atividade complexa, que reclama destreza específica, para a qual não

fora preparado – dificultando-se, com isso, a boa elaboração do caderno informativo –, saltam aos olhos outras conseqüências também desfalcadas de coerência sistemática.

Ora, queda o julgador, então investigador – por atuar, nesse passo, como *longa manus* do Ministério Público –, manifestamente parcial para alfim elaborar o seu juízo de valor sobre a imputação, rigorosamente porque os elementos de convicção em que se baseou a atuação ministerial foram por ele produzidos! São, nesse proceder, no mínimo parceiros, o que constitui, como dissemos, sério vício no sistema processual. E, depois dessa atuação, com o recebimento da inicial acusatória, o magistrado continua sendo o “relator” do feito (agora não mais inquérito, e sim ação penal), julgando-o. Sequer o cuidado da substituição na relatoria é adotado.

É incongruência flagrante a introdução do juiz nas questões administrativas da investigação promovida pelo Estado. Não caberia, a nosso ver, qualquer imissão que não fosse para, como expendido, assegurar o cumprimento da lei, em especial no tocante ao respeito às garantias do investigado. Decerto, até o “oferecimento” da “denúncia”, na fase inquisitiva, não se há falar sequer em relação processual (a qual pode nem mesmo chegar a existir, se o Ministério Público entender por não propor a ação).

Mercê de tais reflexões, entendemos não recepcionados pela Constituição da República de 1988 alguns dispositivos legais, dentre os quais os que passamos a indigitar.

6.2 Dispositivos em espécie: ingerência do julgador na atividade administrativa de investigação do delito e na atuação judicial do Ministério Público

De logo, percebe-se que o art. 5.º do Código de Processo Penal estende às autoridades judiciárias o poder, melhor, a atribuição, de requisitar inquéritos policiais. Certo é que a determinação (porque a requisição é pedido que não se pode desatender) de instauração do inquérito acarreta, por via oblíqua, intromissão descabida na ação penal, na gênese da própria acusação. Pelo ato requisitório, faz o juiz movimentar a máquina punitiva estatal, o que só não culminará com o julgamento – não mais isento – na hipótese de ser arquivado o caderno informativo. Nessa moldura, a acusação “teve início” por ato daquele de quem se exige imparcialidade para julgar.

Ação mais harmoniosa com o processo penal acusatório é a estabelecida pelo art. 40 do mesmo instrumento normativo, que dispõe sobre a remessa ao Ministério Público de expedientes em que verificada a existência de indícios de cometimento de crime de ação pública. Ao proceder desse modo, o julgador estará zelando por sua imparcialidade, não se pronunciando previamente sobre a possível conduta delituosa.¹⁶³

Já há algum tempo, e por tais motivações, têm surgido pronunciamentos, não só doutrinários, mas jurisprudenciais, no sentido de que tal iniciativa caberia unicamente ao Ministério Público, tendo em vista o disposto no art. 129, inciso I, dentre outros, da Lei Maior. Reproduz-se, a seguir, ementa de aresto que perfilha essa guia:

Penal e processual penal. *Habeas corpus* para trancamento de inquérito policial cuja abertura foi requisitada por órgão judiciário. Trancamento de inquérito policial, para apuração de eventual caracterização do crime do art. 334, *caput*, c/c art. 14, II, do CP, instaurado em razão de requisição do juízo impetrado, de competência criminal, formulada em processo de mandado de segurança, a final concedido, requerido pelo paciente para liberação de mercadoria estrangeira apreendida no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, mandado para o qual era competente o coator, por força do disposto no art. 61 da Lei n.º 5.010/66. Concessão da ordem para o fim de anular o inquérito policial instaurado, por falta de legitimidade do requisitante, em face da nova sistemática constitucional, que exige a adequação do disposto nos arts. 5.º, II, e seu parágrafo 3.º; e 40, do CPP, em termos de iniciativa do Judiciário na matéria. Incidência dos arts. 5.º, LV e LVII; 127, VII e VIII; e 144, parágrafos 1.º, 4.º e 5.º, da CF. Distinção em sede criminal, entre polícia administrativa e polícia judiciária; entre essa última e apuração de infrações penais *lato sensu*. E entre investigação criminal, diligências investigatórias, de um lado, e inquérito policial, de outro. A deflagração do inquérito policial como forma de exercício da ação penal de direito material; como processo, subjetivamente administrativo, mas já jurisdicionalizado, regido pelo Direito Processual Penal (antigo Direito Judiciário Penal), e, por isso, competente a União Federal para sobre ele dispor. Como processo a ele se dirige o disposto no art. 5.º, LV, da CF, sendo o indiciado, um acusado, caracterizando-se como juizado de instrução atípico no sistema da nova Carta Magna nacional. Delimitação das atribuições do juiz, do Ministério Público e da Polícia, quanto ao inquérito policial. Nesse sistema, considerando que tais atribuições têm todas, hoje, matriz constitucional. O Judiciário, com imparcialidade, como é insito à função jurisdicional, compete decidir sobre as questões que envolvam o *status libertatis* e o *status dignitatis*

¹⁶³ GERALDO PRADO entende que a requisição judicial de inquérito não difere substancialmente da autorização legal para noticiar crime de ação pública diretamente ao Ministério Público, presente no art. 40 do CPP, pois, em ambos os casos, estaria o juiz a emitir, ainda que provisoriamente, um juízo de valor acerca da existência do crime. Assim, em qualquer modalidade de comunicação oficial de provável infração penal a apurar, o magistrado que a noticiar estará comprometido em sua imparcialidade, violando, por isso mesmo, o princípio acusatório, em nome da garantia do interesse público na tutela penal dos bens jurídicos. Mas, a seu ver, o critério político que dita a regra pode ser equilibrado pelo afastamento do feito daquele juiz que noticiou a infração, conciliando-se os direitos à segurança e ao justo processo (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 152).

do indiciado, a participação no momento do arquivamento do inquérito policial se excepcionalmente competindo-lhe o exercício da polícia criminal. Cabe ao Ministério Público o controle externo da atividade policial e os poderes de requisição e a realização de diligências investigatórias e a requisição de instauração do inquérito policial. À Polícia compete o exercício das polícias administrativa e judiciária (essa, com exclusividade). Inviabilidade de o juiz, atualmente, requisitar a instauração de inquérito policial. Ressalva, *in casu*, da possibilidade de sua regular abertura. Precedente desta egrégia Turma, no Processo n.º 91.02.12404-1/RJ (Revista do TRF da 2.ª Região, v. 1, n.º 2, p. 239/263). Não caracterização de desobediência (art. 330 do CP, crime só praticável por particular, e não, como no caso, por dirigente de autarquia), nem de fraude processual (art. 347 do CP). Falta de descrição dos fatos, para a eventual identificação do crime de prevaricação (art. 319 do CP) ou de corrupção passiva (art. 317, pará. 2, do CP), dada a inexistência, no direito brasileiro, do delito do *contempt of court*. Concessão da ordem para anulação, *ab initio*, do inquérito policial, com ressalva da iniciativa de novas investigações da instauração de outro, atendidos os pressupostos pertinentes.¹⁶⁴

Normas igualmente superadas são as que versam sobre o “endereço” do inquérito policial ao juiz, seja quando da feitura do relatório pelo policial (art. 10, § 1.º, do CPP), seja quando do pedido de dilação do interregno legal para conclusão da investigação (art. 10, § 3.º, do CPP), ou mesmo por ocasião do arquivamento do apuratório (art. 28 do CPP), todos atos inequivocamente de natureza administrativa, próprios do controle externo da atividade policial e bem distantes da função judicante.

A propósito deste último comando legal, importa recordar que, além de atuar como órgão administrativo, sem traços de atividade jurisdicional, em momento, como dissemos, anterior à existência mesmo de ação judicial, o magistrado, ao emitir juízo sobre o arquivamento do inquérito, está, de um lado, “comprometendo” a sua imparcialidade, exercendo, de outro, o controle externo da atividade policial (incumbência ministerial) e, ainda, alijando da vítima esse “poder”. Nessa ilógica sistemática, o ofendido termina por não possuir instrumento de impugnação da decisão do legitimado ativo da ação, ou daquela emanada do Poder Judiciário, se ratificante do arquivamento.

Não entrevemos, com efeito, embasamento consistente à tese da necessidade da manifestação de controle pelo órgão da jurisdição (excluindo-se, por óbvio, a verificação de causas extintiva de punibilidade, excludentes de ilicitude, ou outras, excepcionais, a merecerem intervenção judicial – pois aqui a decisão faz coisa julgada, não

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 2. *Habeas Corpus* n.º 9202179379. Impetrante: Superintendente Estadual do INCRA/RJ. Impetrado: Juízo Federal da 7.ª Vara do Rio de Janeiro. Relator: Des. Federal D'Andrea Ferreira. Segunda Turma. Rio de Janeiro, 4 de maio de 1993. Julgamento unânime. Publicado no Diário da Justiça de 26 de outubro de 1993.

podendo ser reaberta a investigação), fazendo com que o magistrado interfira em atividade da qual sequer tomou conhecimento através da ação penal. Trata-se de mais uma injustificável distorção de papéis.

Solução mais apropriada seria deixar a decisão ao membro ministerial, no exercício do controle externo, com a reapreciação (ou homologação) por “instância superior”, que poderia ser o Conselho Superior do Ministério Público, o Colégio de Procuradores, ou órgão similar, como já acontece na tramitação do inquérito civil.¹⁶⁵ Essa, inclusive, a direção eleita pelos elaboradores do Projeto de Lei n.º 4.209/2001, em que seguida a mesma trilha para arquivamento das peças do inquérito civil. Veja-se:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento de denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informação.

§ 1º Cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos serão por ele remetidas, no prazo de três dias, a órgão superior do Ministério Público, sendo intimados dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo. (...)

§ 3º Até que, em sessão de órgão superior do Ministério Público, seja ratificada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo, apresentar razões escritas.

§ 6º Ratificada a promoção, o órgão superior do Ministério Público ordenará a remessa dos autos ao juízo competente, para o arquivamento e declaração da cessação de eficácia das medidas cautelares eventualmente concedidas. (...)

Durante a perseguição judicial do delito, o dispositivo que, genericamente, espelha a atuação instrutória do julgador é o art. 156 do Código de Processo Penal, segundo o qual “A prova de da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Nesse caso, observe-se, a atividade do juiz é

¹⁶⁵ Contra a remessa do caderno inquisitório, com pedido de arquivamento, para órgão superior do Ministério Público, o promotor de justiça JOSÉ ADEMIR CAMPOS BORGES tacha essa solução de “versão piorada do arcaico reexame necessário das decisões judiciais desfavoráveis ao Estado”, que “transformará o órgão superior do *Parquet* num agigantado cartório de delegacia de polícia”. Sua proposta é manter-se o atual regime descrito no art. 28 do CPP, com “autêntico recurso do magistrado diante do órgão ministerial”, podendo-se valer da fiscalização freqüente dos órgãos superiores quanto à atuação do promotor (BORGES, José Ademir Campos. O lado anacrônico na reforma do artigo 28 do CPP. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 8, n. 99, fev. 2001, p. 11).

meramente supletiva das partes e a diligência ordenada sempre se sujeitará, por certo, ao contraditório. Não se deve extrair do artigo a possibilidade de colher o juiz, de ofício, qualquer prova, mas de atuar para suprir dúvidas sobre a prova produzida, em ordem a melhor formar a sua convicção. Entendemos também supletiva a atuação descrita no art. 502, *caput*, do CPP, que milita, igualmente, em favor do melhor convencimento.

Já a nova redação do art. 156 do CPP, inserta no Projeto de Lei n.º 4.205/2001, retrocede nesse particular, fazendo facultar ao juiz, no inciso 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”, exagero que pode facilmente ser mitigado com o acréscimo da expressão “a requerimento das partes ou do órgão de investigação”, ou equivalente.

O fato é que, não fosse bastante perquirir a conformação da legislação processual penal anterior à Constituição da República de 1988, há de se diligenciar igualmente quanto às normas posteriores, de vez que, como veremos, o legislador ordinário, por vezes, desliza em direção ao modelo inquisitorial.

Exemplo é a Lei federal n.º 9.034, de 3 de maio de 1995 (com a redação que lhe deram as Leis n.ºs 9.303/1996 e 10.217/2001), a qual “Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.

O art. 2.º da referida lei se ocupa dos procedimentos de investigação e formação de provas admitidos quando da ocorrência de “Ação Praticada por Organizações Criminosas”, indicando, no inciso V, a “infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial”.

Ora, dita autorização judicial não se fundamenta na função de “juiz garantidor”, eis que a infiltração, só por só, não significa qualquer mácula à esfera de garantias constitucionais, donde não se vislumbrar aqui, propriamente, atuação “judicial”, mas administrativa, do magistrado. Dessa diligência, outrossim, não resulta, imediatamente, qualquer prova. Pretendeu o legislador, não temos dúvidas, assegurar fosse essa atividade controlada por órgão ou instituição externa à Polícia, ingente atribuição constitucional do Ministério Público.

Existe, porém, comando ainda mais discrepante com a realidade constitucional. O art. 3.º, a pretexto de resguardar o sigilo preservado constitucionalmente, ordena seja a diligência, e não só a decisão de “quebra de sigilo” (como sucede no procedimento processual regular), realizada pessoalmente pelo julgador, o qual “pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória” (§ 2.º do mesmo artigo). Segundo a regra, pois, age o magistrado como verdadeiro juiz inquisidor, como se o nosso sistema fosse o de juizados de instrução.

Registre-se, em adição – porque o fato confere maior relevo à inconstitucionalidade do dispositivo –, que tal diligência pode dar-se, inclusive, no curso da investigação prévia, vale dizer, antes de instaurada a relação processual, por não haver sequer propositura de ação criminal, ou, ainda, sequer inquérito no âmbito policial ou do Ministério Público. Uma das conseqüências, inequivocamente danosa, desse atuar, é desjuntar jurisdição (no sentido de atuação do magistrado, já que, em sentido estrito, não há jurisdição nesse atuar, como dissemos) e devido processo legal.

Nesse ponto, mais feliz foi a redação do art. 1.º da Lei n.º 9.296/1996, *e. g.*, que remeteu ao juiz o deferimento da ordem, “sob sigilo de justiça”, sem que, para tanto, fosse determinada a sua intervenção investigativa pessoal.

LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra específica sobre o tema, encontra dissonância entre o texto constitucional e passagens da norma indigitada, inclusive na que determina a diligência pessoal do juiz, da qual resultaria prova que vislumbra obtida por “meio ilegítimo”. Assevera, enfim:

O que o legislador autor da Lei 9.034/95 quis foi, da noite para o dia, restabelecer o sistema inquisitório de triste memória, isto é, nos albores do século XXI, seu desejo é o de que a praxe judicial seja a da Idade Média. Que retrocesso! É mais uma prova de que o Poder Político acha-se desenganadamente perdido frente ao fenômeno da criminalidade, principalmente a organizada. (...) De qualquer modo, em nossa opinião, jamais um juiz, como seu destinatário [dos dados, documentos e informações decorrentes de quebra de sigilo constitucional], deveria dar cumprimento a tal dispositivo legal, por se flagrantemente inconstitucional. Dentre as atribuições e competências do juiz, fixadas pela Carta Magna, em nenhum momento vislumbra-se a de colher provas “fora” do devido processo legal. (...) Toda prova que possa ofender a privacidade protegida pela Constituição só pode ser

quebrada para permitir que o juiz vá em busca dessa justa causa. Não é tarefa dele encontrar o *fumus boni juris*.¹⁶⁶

Na verdade, segundo adverte, são poucas as vozes que consagram a constitucionalidade do supracitado artigo de lei. Abraçam com vigor a tese ora esposada, por exemplo, ADA PELLEGRINI GRINOVER,¹⁶⁷ havendo até quem defenda tratar-se de texto que afronta, “de uma só vez, praticamente todas as garantias do processo acusatório consagrado pela Constituição de 1988”.¹⁶⁸

Ao demais, tal medida não se apresenta realmente necessária, mesmo se se cogitasse de maiores ingerências que não o simples deferimento da quebra. O nosso ordenamento jurídico já previa sistemática para preservação do sigilo devassado por determinação judicial, sendo escorreito que o juiz pode restringir motivadamente a publicidade do feito, ou mesmo de certos atos.

Até mesmo o vetusto Código de Processo Penal, no art. 792, estatui a possibilidade de se limitar a publicidade das audiências, das sessões e dos atos processuais, sem que seja ordenado ao juiz diligencie na produção da prova pessoalmente, em consonância com o art. 5.º, inciso LX, da Lei Maior.

Não é demais repisar que atribuir função investigativa ao julgador representa, além de afronta aos direitos do acusado, um despropósito também ao objetivo da outra parte (da própria sociedade), já que não está o juiz preparado para tal função, o que pode ocasionar a frustração da tarefa estatal de elucidação de delito de grande proporção. Risco também é atentar contra o próprio modelo democrático de Estado, ao fragilizar-se a função moderadora do Poder Judiciário.

Entendemos, com essas ponderações, não haver harmonia entre os arts. 2.º, inciso V, e 3.º da Lei n.º 9.034/1995, com os preceitos constitucionais, devendo a adequação legislativa dar-se através da atribuição de ambas as diligências ao órgão ministerial legitimado para a ação penal (em verdade, a simples supressão da exigência de “autorização

¹⁶⁶ GOMES, Luiz F. e CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 136-137.

¹⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Que juiz inquisidor é esse? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 3, n. 30, jun. 1995, p. 1.

¹⁶⁸ GOMES FILHO. Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 57.

judicial” e da realização “pessoalmente”, já remeteria ao Ministério Público a realização ou controle da diligência).

Outro modelo de afronta à razão do constituinte pelo legislador encontra-se na Lei n.º 9.296, de 2 de julho de 1996. O art. 3.º, *caput*, estabelece que a interceptação das comunicações telefônicas “poderá ser determinada pelo juiz, de ofício”. Cuida-se, novamente, de indevida interferência do magistrado no âmbito de atuação do Ministério Público, que representa a sociedade, e a quem interessa a obtenção de elementos incriminadores do autor do fato, tanto na investigação criminal, como na instrução do feito.

A *ratio essendi* da lei, a propósito, deixa antever, topicamente, o desprestígio do modelo acusatório pelo legislador. No caso do deferimento de ofício da medida, o Ministério Público, em lugar de tomar a iniciativa (postular), será apenas cientificado para acompanhar, se desejar (art. 6.º, *caput*). E, cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação, com resumo das operações, de logo, ao juiz (art. 6.º, § 2.º), não ao Ministério Público. Assim, terá lugar, novamente, não o juiz garantidor – já que, para isso, bastaria que verificasse *a posteriori* a prestabilidade da prova produzida –, mas o controlador externo da Polícia de investigação.¹⁶⁹

Embate com o modelo acusatório é ainda verificado nas medidas cautelares concedidas de ofício pelo julgador. Embora não haja, no processo penal, disposições próprias sobre a matéria, são passíveis de adoção várias providências acautelatórias, seja do *jus puniendi*, seja da liberdade do investigado/acusado, seja da aquisição das provas. Quando inseridas na fase antecedente à ação principal (ação penal de conhecimento), dão ensejo a procedimentos de jurisdicionalização no bojo da etapa administrativa da persecução, demandando, em vista do imperativo do devido processo legal, a iniciativa dos encarregados da investigação ou do titular do direito de ação, devendo aguardar o juiz tal impulso, sob pena de comprometer a sua imparcialidade.¹⁷⁰

¹⁶⁹ O equívoco de deixar ao juiz a iniciativa da prova é ressaltado por LENIO STRECK, que lembra as lições de NIKLAS LUHMANN, para concluir que, mesmo sendo o princípio da imparcialidade uma ficção, tem função de garantir às partes o não-comprometimento prévio do juiz com qualquer dos contendores, a confiança que baseia a sinceridade da situação, sendo condição básica para a implicação pessoal dos interessados no acontecimento simbólico que legitima a decisão, como se já existisse na imparcialidade uma garantia de verdade (STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 81).

¹⁷⁰ Cf., a respeito, PRADO, Geraldo. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 158-159.

Mesmo o reconhecido poder geral de cautela, tal qual previsto nos procedimentos cíveis, não se exerce sem provocação da parte no processo cautelar, que implica, como sabido, um direito autônomo de ação, malgrado a sua instrumentalidade com relação à causa principal.¹⁷¹ O magistrado que, espontaneamente, toma a iniciativa de ordenar a prisão do investigado (e tal poder encontra-se positivado, por exemplo, no art. 311 do CPP¹⁷²) – substituindo, assim, os interessados na elucidação da infração e na condenação do autor do fato –, não se concebe venha a decidir sobre a sua liberdade, posteriormente.

Cumpre, por derradeiro, destacar que ainda prevalecem, no ordenamento infraconstitucional brasileiro, algumas modalidades de recursos *ex officio*, para as hipóteses de sentença concessiva de *habeas corpus* e de absolvição sumária do réu nos procedimentos do júri (art. 574 do CPP), entre outras. Tal veículo de revisão da decisão judicial – que melhor pode ser tido como condição de eficácia da sentença, não propriamente como recurso, por não partir de um dos sujeitos parciais¹⁷³ – obriga o juiz a remeter a sua sentença ao órgão *ad quem*, fazendo as vezes do Estado-autor, ou seja, do Ministério Público, porquanto sempre efetivada em decisões proferidas em favor do réu. E mais: constitui caso de presunção contra a inocência do acusado, derivada da desconfiança de inércia do Ministério Público, que pode não recorrer, e da necessidade de prolongar o processo para além do provimento judicial que solucionou o conflito.

No fito de adequar o sistema ao modelo constitucional, melhor seria a abolição dos recursos oficiais, verdadeiros substitutivos da atividade processual do autor da ação, o que termina por ocorrer na proposta em tramitação no Congresso (Projeto de lei n.º 4.206/2001). Aliás, a própria origem histórica do duplo grau obrigatório no caso de *habeas corpus* faz afastar qualquer justificativa para a sua manutenção no sistema, vez que, à época de sua formulação, vigia a interpretação de não caber recurso do Ministério Público em casos tais, o que não se dá no presente.

¹⁷¹ Exceção se registra nos casos da tutela da liberdade, em que legítima e imperiosa a determinação, de ofício, da liberdade provisória, decorrência dos princípios do *favor rei* e da inocência presumida, em harmonia com a função garantística do princípio acusatório.

¹⁷² “Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.” A regra é mantida no Projeto de lei n.º 4.208/2001, com a redação dada aos arts. 282, § 2.º e 283, § 2.º, do CPP.

¹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 381.

6.3 Propostas de reformas na legislação processual penal: a supressão dos instrumentos inconstitucionais e a adoção dos institutos da moderna persecução criminal

Não se nega que o Código de Processo Penal de 1941 se acha superado pela nova realidade constitucional, a exigir um estatuto que prime pela eficiência, celeridade, simplicidade e desburocratização, marcas da contemporânea tendência do modelo acusatório.¹⁷⁴ Reconhece-se que o sistema penal modelado pela Carta de outubro de 1988 conflita com algumas regras quer do Código de 1941, quer de leis esparsas, tanto assim que algumas dessas normas, como o alhures referido art. 561 do CPP, foram já consideradas sem eficácia ou mesmo interpretadas de modo diverso do tradicional.

Para alcançar-se a proclamada eficiência, urge serem eliminados do ordenamento os dispositivos inconstitucionais, incrementando-se a adoção de alguns mecanismos de seleção de casos e de adequação dos procedimentos à maior ou menor complexidade dos fatos, à gravidade da infração. Também alguns aspectos administrativos e gerenciais dos órgãos da justiça penal merecem ser repensados, com vistas ao fornecimento do necessário instrumental técnico para operacionalização do sistema.

ADA PELLEGRINI pondera que a reforma total teria a seu favor a completa harmonia do novo sistema, mas seria inexequível operacionalmente, dada a morosidade inerente à tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade de aprovação de um estatuto inteiramente novo. Propõe, assim, sejam feitas reformas tópicas, mas não isoladas, reformas

¹⁷⁴ A reforma é tendência global e, nas Américas Latina e Central, seus principais nortes são traduzidos no chamado *Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América*, tendo servido de base para a profunda e recente reforma dos sistemas processuais de países como Argentina, Costa Rica, Chile, Guatemala, El Salvador, Venezuela, Bolívia, Paraguai, e para os projetos de Honduras e Equador. Nas mesmas idéias foram dirigidas as reformas portuguesa e italiana e vem sendo encaminhada a brasileira. Esse *Código Modelo* é caracterizado: pelo princípio acusatório; pela supressão dos juizados de instrução; pela atribuição da investigação prévia ao Ministério Público, com intervenção do juiz para as medidas cautelares; pelo processo público e oral, em contraditório; pelo procedimento ordinário; pela previsão da suspensão condicional do processo; pela existência de procedimentos abreviados; pela substituição do recurso de apelação pelo recurso de cassação e pela revisão *pro reo*; por tribunais integrados por elementos do povo; pela mitigação do princípio da obrigatoriedade; pela preocupação com a vítima; pela jurisdicionalização da execução; pela efetivação das garantias do devido processo legal (GRINOVER, Ada Pellegrini. O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América 10 anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 30, abr./jun. 2000, p. 41).

que atinjam institutos processuais (e não apenas alguns dispositivos), para se manter a unidade do sistema.¹⁷⁵

No que tange ao inquérito policial – entre nós a mais comum expressão da investigação criminal –, a estrutura adotada, pela larga tradição em nossa história e na própria cultura social, com toda a deficiência e o anacronismo encontrados na prática, é de ser mantida em sua idéia central, contando com a “Polícia Judiciária” no desenvolvimento das investigações. Urge, todavia, aperfeiçoá-lo, domesticá-lo, para torná-lo mais racional e produtivo, separando-se desse momento o juiz, que tomará conhecimento apenas dos incidentes que necessitem de jurisdicionalização.

É verificação unânime a de que é o Ministério Público o destinatário do inquérito, de modo a ser a instituição a única legitimada a dispor sobre o trabalho investigatório, delineando-o como melhor lhe aprouver. A atuação da polícia “judiciária” (assim como a do magistrado, quando a substitui) está, portanto, teoricamente “subordinada” ao Ministério Público.

E é assim porque “quem alega tem obrigação de provar”, regra aplicada com igual força na fase judicial da persecução penal. No processo penal brasileiro, como, de resto, no de quase todas as nações (a exceção está nos países em que o próprio Judiciário acusa e julga, que constituem franca minoria), o Ministério Público é o representante do Estado que acusa. Por alegar culpa de alguém, está obrigado a provar os fatos que incriminam o acusado. Por conseguinte, se há absolvição de criminoso por ausência de corpo probatório eficiente nos autos, houve falha ministerial combinada com o mau trabalho policial.

O que se percebe é que, a despeito das atribuições e poderes concedidos ao Ministério Público pelo legislador constituinte, indiscutível avanço no plano positivo, os próprios operadores do Direito, sejam advogados, sejam agentes públicos (delegados, juízes e, o que é mais estranho, até agentes ministeriais), insistem em desconhecer esse extenso perfil legal da instituição.

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Reforma do processo penal. *Meio Jurídico*, São Paulo, ano IV, n. 45, mai. 2001, p. 21. O Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA traça um histórico da reforma processual penal, de seus avanços e suas frustrações, destacando o objetivo que permeia os trabalhos, residente na prevenção e repressão da criminalidade, sem descuidar das garantias e dos direitos do acusado. Cf. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo penal brasileiro e o novo impulso pela sua modernização. [*Página eletrônica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*], Belo Horizonte, abr. 2001. Seção Artigos Jurídicos. Disponível em: <<http://www.pgj.mg.gov.br/ceaf>>. Acesso em: 2 abr. 2001.

Como propostas de aperfeiçoamento do sistema, temos ser importante a simplificação (desformalização) do inquérito policial, para ser evitada a repetição de diligências em juízo, o efetivo controle da fase investigativa pelo Ministério Público, a abolição de institutos que outorgam, na prática, referida sindicância ao juiz, a exclusividade da propositura da prova nas mãos das partes – disso se excluindo a iniciativa para esclarecimento de provas já propostas –, a separação de órgãos jurisdicionais encarregados das funções de garantidor dos direitos do investigado e de julgador do mérito da causa, a extinção dos recursos e das medidas cautelares de ofício.

6.4 Superação do princípio da busca da verdade real. Redimensionamento do papel do julgador na produção probatória penal

Como ato que encerra o processo e que reúne o produto da atividade cognoscitiva exercida pelo julgador no curso da instrução, a sentença espelha uma verdade, a verdade sobre os fatos que se trazem ao Judiciário para que este emita sua decisão imperativa.

A verdade, problema indissociado do conhecimento humano, é ocupação de diversas teorias, na filosofia e na ciência, sendo que suas conclusões admitem somente possível ao homem captar parte da realidade, certezas apenas relativas, que valem enquanto não forem substituídas por outras. A menos que se comprometa o racionalismo, admitindo axiomas ou um conhecimento *a priori*, a razão produz apenas verdades contingentes.¹⁷⁶

Na seara jurídica, a idéia de cientificidade a partir de um modelo copiado das ciências naturais encontra-se superada no que tange ao descobrimento de conclusões verdadeiras e necessárias a partir de postulados previamente oferecidos por um sistema lógico fechado. Lembramos, com JOÃO MAURÍCIO ADEODATO,¹⁷⁷ que a ontologia do direito está limitada a uma descrição circunstanciada e *a posteriori* de alternativas de conduta que já foram tomadas. A teoria do direito não pode sugerir, com base nesse ou naquele fundamento

¹⁷⁶ Por isso a afirmação de FERNÁNDEZ-ARMESTO: “Lógica e matemática continuam brigando entre si, sem alcançar um ajuste mútuo. Nenhuma delas revela verdades sobre nada, a não ser sobre si mesmas. (...) A lógica moderna, marginalizada por sua própria dificuldade, falsificada pelos paradoxos que produz, nada fez para retardar (...) a morte da verdade” (FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. *Verdade: uma história*. Trad. Beatriz Vieira. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 142-143).

ontológico, diretrizes de condutas mais verdadeiras ou corretas. Verdades jurídicas seriam conjecturas inevitáveis. O que não significa dizer não possa o homem estabelecer parâmetros de conduta, de base axiológica, que permitam distinguir o lícito do ilícito, o desejável do não-desejável.

Não que possamos abandonar a perspectiva sistêmica da ciência jurídica (pois aí reside a própria segurança do direito), mas esta há de ser complementada com a visão do problema, da variabilidade de soluções consoante se trate de diferentes condições de tempo e espaço, do leque de possibilidades de se pensar o fenômeno jurídico. A preocupação é a de estabelecer meios de controlar essas conclusões, separando a subjetividade (própria da criação judicial) do arbítrio.

A verdade, no processo penal, constrói-se com a garantia da dialética das partes vistas num plano de igualdade. Igualdade que é garantida por diversos instrumentos assegurados constitucionalmente e que se enquadram no chamado processo penal acusatório. Perde sentido valer-se o julgador do princípio da verdade real para arvorar-se do poder de produzir provas, porquanto assim estará concretizando a figura do juiz instrutor, incompatível com as diretrizes esposadas na Constituição.

O qualificativo atribuído à verdade no processo penal, o de verdade “real”, ou “material”, não pode continuar a servir de escudo para atitudes tentadoras de ingerência na atividade que cabe às partes no processo penal, sob pena de, inconscientemente, afetar-se a esfera de imparcialidade objetiva.

O discurso jurídico não é calcado em verdades materiais, ou absolutas, mas em preponderância de argumentos, segundo as razões apresentadas pelas partes no processo. Está, pois, sujeito ao erro, conquanto cercado de diversas garantias para evitá-lo. Como já escrevera CARNELUTTI,

A ameaça do erro pende como a espada de Dâmoqueles, no processo. Ecoa, no fundo de cada sentença, a divina advertência ‘não julgareis’. A lei faz aquilo que pode para garantir a sentença contra o erro. (...) Não se deve desconhecer que, malgrado esses defeitos, o mecanismo até um certo ponto serve para garantir o processo contra o erro: até ao ponto, mais ou menos, em que lhe é possível; mas uma garantia absoluta não se pode dar. (...) Os juristas dizem que até um certo ponto se faz a coisa julgada, e querem dizer que não se pode ir

¹⁷⁷ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência: através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 216-217.

mais além. (...) A coisa julgada não é a verdade, mas se considera como verdade. Em suma, é um substituto da verdade.¹⁷⁸

O que se deve é buscar mecanismos de prevenir ao máximo a ocorrência de erros, pois uma sentença justa, um processo penal justo, não pode ser concebido sem a preocupação com uma verificação correta dos fatos – uma reconstituição verdadeira dos fatos, a busca da verdade processual, perfeitamente viável e axiologicamente legitimadora da atividade jurisdicional penal.

Os vícios da outrora pretendida verdade material, sobretudo porque obtida através de uma verificação unilateral dos fatos, afetam o próprio conhecimento da realidade, eis que somente o contraditório pode fazer emergir todos os aspectos do fato investigado. Nessa linha, em um Estado democrático de Direito, as decisões que incidirão sobre o protegido *status libertatis* do cidadão apenas podem ser legitimadas por um saber obtido pela confrontação da dupla ótica: da sociedade e do indivíduo. A pretensão acusatória deve ser verificada com o controle da defesa e a contraprova, sem o que não se poderá superar o estado presuntivo de inocência do acusado.

A verdade em direito, enfim, é um constante devir, um dado não contido previamente no sistema jurídico, mas ao qual se chega após a prática de um procedimento judicial em que o julgador (sujeito tecnicamente imparcial) colhe elementos (critério da prova) para, a partir de ponderações argumentativas, articular pressupostos e conseqüências e formar um convencimento, sem que se possa, com isso, dissociar a verdade assim alcançada dos valores socialmente mais relevantes naquela situação.

A verdade processual, como conclui MAGALHÃES GOMES FILHO¹⁷⁹, é, assim, não a verdade extorquida inquisitorialmente, mas aquela obtida através de provas e desmentidos. E será ilusória se não asseguradas, no procedimento probatório, as garantias do devido processo legal, a começar pela imparcialidade do magistrado que conduz a investigação e o processo.

Se a longevidade do Código de Processo Penal, já com mais de 60 anos de aplicação, traduz um visível contraste com relação à ordem constitucional, torna-se

¹⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinalli, São Paulo: Conan, 1995, p. 64.

¹⁷⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 55.

indispensável dar nova consistência a esse sistema utilizado como instrumento de realização do direito, tarefa a ser desempenhada com atenção pelo juiz penal, pois, em última análise, é a ele que se atribui o poder-dever de declarar e garantir a harmonia que deve haver entre o processo e a Constituição, bem como de determinar o cumprimento desta, fazendo valer uma de suas mais nobres funções – a salvaguarda dos direitos fundamentais.

O enfoque constitucional do processo penal, com a nova feição das garantias constitucionais e a bem delineada repartição das funções dos atores da Justiça criminal, em face da titularidade exclusiva da ação penal pública, evidencia a inequívoca adoção do modelo acusatório, e a partir dessa verificação é que devemos proceder a uma exegese que compatibilize as normas processuais penais infraconstitucionais com as exigências de um moderno sistema de atuação normativo-criminal.

A (ainda presente) atribuição de poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz criminal, característica essencial ao princípio inquisitivo, conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), vulnerando-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e de oportunidades e, por fim, a imparcialidade.

7. CONCLUSÃO

O processo penal do tipo acusatório, opção política claramente definida no arcabouço constitucional pátrio, reclama uma revisão do papel dos agentes estatais da persecução criminal, em juízo ou fora dele, sobretudo do julgador. Decorridos quinze anos de vigência da Carta da República, entretanto, a mentalidade dos operadores jurídicos ainda permanece, de certa forma, presa a algum ranço inquisitorial, o que se expressa, mais nitidamente, pela lentidão do legislador em acompanhar tal evolução democrática e em extirpar as anomalias ainda presentes em nosso sistema.

Já superado o estágio da acusação privada, característico dos tempos medievais, em que aos particulares era deixado o alvitre de impulsionar ou não a descoberta dos delitos em geral, e assumindo o Estado o monopólio da ação penal pública – múnus entregue ao Ministério Público, órgão estatal independente e distinto do julgador –, urge eliminar o dogma da verdade real, obtida a qualquer preço, herança dos idos da defesa social, para enxergar o processo penal como instrumento de garantia de direitos, de obtenção de certezas possíveis e válidas segundo os cânones constitucionais. Assim, qualquer redução ou limitação da liberdade individual há que ser feita dentro do devido processo legal, que supõe, principalmente, igualdade de armas, regras éticas de comportamento por parte do acusador, do acusado e do Estado-juiz.

É a hora de fazer-se uma releitura do papel do julgador na tarefa punitiva, de valorizar-lhe essa missão tão nobre e cara ao Estado de Direito, que é a de garantir a própria prevalência deste último, decidindo conflitos de interesse com imparcialidade, com equidistância dos sujeitos parciais, sem o manejo de instrumentos que o processo deixa aos demais atores na averiguação de fatos criminosos, a não ser de forma suplementar, quando já instaurada a ação penal. O ativismo judicial, necessário ao escopo social do processo, deve compreender-se pelo estímulo do contraditório, em benefício da *par condicio*.

Fazer valer as garantias constitucionais do processo é contribuir para o desvendamento da verdade possível, aquela alcançada sem arranhaduras a direitos fundamentais dos cidadãos. É avançar rumo à efetivação da Constituição, conjugando-se os propósitos de tutelar a defesa da segurança pública e a dignidade de todos quantos se sujeitem ao processo criminal. Vai na contramão dessa tendência a outorga, ao magistrado, de funções

e poderes que mais lhe dotam da aparência de sujeito parcial, o que não condiz com o instrumentalismo moderno, produzindo, direta ou indiretamente, a quebra da acusatoriedade.

Não que se deva estimar a tão repudiada figura do mero juiz-expectador, que assiste, inerte e quase deslocado, ao debate entre as partes. Tampouco se caia, por outro lado, no exagero de lhe permitir a exacerbação dos poderes instrutórios, a participação ilimitada, sob pena de comprometer a sua atividade judicante, a garantia do julgamento por um terceiro imparcial, fugindo-se à real diretiva apontada pelo modelo publicista de processo penal, um processo em que apartadas as funções de jurisdição, defesa e acusação, entregue esta última, privativamente, nas mãos do Ministério Público.

Enfatizados os principais entraves à concretização do modelo acusatório brasileiro, a reclamarem atenção premente do legislador, deixamos como sugestões para o aperfeiçoamento do sistema (algumas delas já encampadas em projetos que tramitam no Congresso Nacional):

a) a retirada dos dispositivos que conferem ao julgador, ainda na fase de persecução extrajudicial, a produção *ex officio* de diligências probatórias ou poderes administrativos outros, reservando-se-lhe o elevado dever de garantidor de direitos fundamentais, de sorte que o Judiciário somente venha a ser chamado a intervir no curso das investigações quando em discussão a violação de direitos à intimidade, ao sigilo, à liberdade, etc., a reclamar o exercício da função jurisdicional. Para tanto, é interessante a criação do juiz das investigações, destinado a apreciar tais incidentes e separado do juiz da causa propriamente dita;

b) como consequência do item anterior, a abolição das formas de inquérito judicial, assemelhadas aos Juizados de Instrução, quais as realizadas pelos Tribunais, em crimes de sua competência originária, passando a persecução ao encargo do Ministério Público em atuação naquelas Cortes, o que reputamos atingir o mesmo propósito do foro privilegiado para julgamento;

c) a não-intervenção judicial no controle da realização das investigações básicas para o início da ação penal, ou da suficiência dos elementos necessários à propositura da ação penal, por contrariar regras pertinentes à distribuição de funções no processo. Não nos referimos, aqui, à possibilidade, plenamente admitida, de rejeição da inicial, quando representar um ônus manifestamente indevido ao *status dignitatis* do cidadão, e sim à decisão judicial sobre o arquivamento das peças informativas;

d) o fortalecimento do aparato técnico das Polícias investigativas, com a simplificação e a desburocratização do inquérito policial, que se transformará em um sintético conjunto de peças elaboradas pelos agentes reponsáveis, conferindo celeridade ao procedimento e evitando a repetição, por vezes infrutífera, das provas em juízo;

e) o fortalecimento do aparato técnico do Ministério Público na repressão da criminalidade, enxergando-se-lhe a possibilidade de realizar diretamente investigações, bem assim de exercer o efetivo controle da atividade policial, conforme preconizado pela Lei Maior;

f) a real estruturação das Defensorias Públicas, genuínos instrumentos de aplicação das garantias processuais do acusado (mormente a do paralelismo das partes), afastando-se o julgador da tarefa assistencialista de suprir a deficiência da defesa, sob pena de gerar duplo aproveitamento ao réu, que já se beneficia do estado presuntivo de inocência;

g) a depuração do sistema acusatório, com a exigência de publicidade e o maior prestígio da oralidade dos atos, além da imediatidade nas inquirições, vale dizer, a sua formulação diretamente pelas partes, ficando ao julgador o papel de árbitro do debate, de garantidor dos direitos do argüido e do superior ditame do contraditório;

h) a subtração da faculdade judicial de produção de provas de ofício, no curso da instrução, que não sejam para aclarar pontos duvidosos nas provas já colocadas pelos sujeitos parciais (feição apenas supletiva do princípio inquisitivo). Ao voltar-se para a busca de prova não cogitada pelas partes, o juiz passa a substituí-las, comprometendo o distanciamento que deve ter quanto aos interesses postos na causa;

i) a eliminação dos recursos e das medidas cautelares *ex officio*, notadamente as que implicam restrição de direitos, quais as prisões cautelares, por representarem verdadeira substituição do juiz ao órgão ministerial, ao autor da ação.

Com essas considerações, temos que as partes, no processo penal, restarão igualmente beneficiadas pelo princípio acusatório, e não apenas o autor, como sói acontecer quando se reconhecem amplos poderes de instrução ao julgador. Essa acreditamos ser a melhor fórmula de resguardo da imparcialidade do juiz, sem o que não estará apto o processo penal moderno a cumprir sua função garantística.

8. ANEXOS¹⁸⁰

PROJETO DE LEI N.º 4.204/2001 – Presidência da República

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao interrogatório do acusado e à defesa efetiva.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"CAPÍTULO III

DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

Parágrafo único. Não se admitirá o interrogatório à distância de acusado preso."(NR)

"Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa e tampouco poderá influir no convencimento do juiz."(NR)

"Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

¹⁸⁰ São vários os projetos de alteração legislativa do processo penal, em tramitação no Congresso Nacional. Optamos por trazer, em anexo ao texto do trabalho, aqueles que, de forma mais sistemática, introduzem alterações significativas no Código em vigor, elaborados pela Comissão capitaneada por ADA PELLEGRINI GRINOVER, colhidos da página eletrônica da Presidência da República Federativa do Brasil <<https://www.planalto.gov.br>>. A iniciativa deve-se não só ao relacionamento do tema com as propostas de mudança legislativa, mas tem o propósito de tornar mais rapidamente acessíveis ao leitor tais instrumentos.

IV - as provas já apuradas;

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa. "(NR)

"Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante."(NR)

"Art. 189. Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas."(NR)

"Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam."(NR)

"Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente."(NR)

"Art. 192. O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as ele por escrito;

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará ele as respostas.

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo."(NR)

"Art. 193. Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete."(NR)

"Art. 194. Se o interrogando for menor, o interrogatório será realizado na presença do curador, preferentemente advogado."(NR)

"Art. 195. Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo."(NR)

"Art. 196. A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes." (NR)

"Art. 261.

Parágrafo único. A defesa técnica será efetiva, exigindo manifestação fundamentada."(AC)

Art. 2º Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Brasília,

PROJETO DE LEI N.º 4.205/2001 – Presidência da República

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

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

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil."(NR)

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

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, de ofício, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."(NR)

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

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

§ 2º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.

§ 3º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença."(NR)

"Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão, em regra, realizados por perito oficial.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, escolhidas, de preferência, dentre as que tiverem habilitação técnica.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público e seu assistente, ao querelante, ao ofendido, ao investigado e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico, que atuará a partir de sua admissão pelo juiz."(NR)

"Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição." (NR)

Art. 2º Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Brasília,

PROJETO DE LEI N.º 4.206/2001 – Presidência da República

(EXCERTOS)

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos aos recursos e ações de impugnação, e dá outras providências.

CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"LIVRO III**DAS NULIDADES, DOS RECURSOS E DAS AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO**

.....

TÍTULO II
DOS RECURSOS EM GERAL**CAPÍTULO I****DISPOSIÇÕES GERAIS**

"Art. 574. Os recursos serão voluntários."(NR)

"Art. 575. Não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão do serviço judiciário, não tiverem seguimento ou não forem apresentados no prazo."(NR)

"Art. 577. São legitimados a recorrer o Ministério Público, o querelante, o ofendido nas hipóteses previstas em lei e o acusado ou seu defensor.

Parágrafo único....."(NR)

.....

Art. 2º Ficam revogados os arts. 594, 595, 600, 607, 608, 637, 638, o Capítulo IX do Título II do Livro III e os arts 639 a 646 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Brasília,

PROJETO DE LEI 4.207/2001– Presidência da República

(EXCERTOS)

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

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

.....

"Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença.

§ 2º A providência prevista no *caput* deste artigo poderá ser adotada pelo juiz no recebimento da denúncia ou queixa.

§ 3º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 4º Tratando-se de infração da competência do Juizado Especial Criminal, a este serão encaminhados os autos.(NR)

"Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público poderá aditar a denúncia ou queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Ouvido o defensor do acusado e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 2º Aplicam-se ao previsto no *caput* deste artigo as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 383.

§ 3º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de três dias.

§ 4º Não recebido o aditamento, a audiência prosseguirá."(NR)

"Art. 387

.....

VII - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar (art. 319), sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta."(NR)

"LIVRO II

DO PROCEDIMENTO

TÍTULO I

DAS FORMAS PROCEDIMENTAIS

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ÀS FORMAS PROCEDIMENTAIS

Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja pena máxima cominada seja igual ou superior a quatro anos de prisão;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja pena máxima cominada seja inferior a quatro anos de prisão;

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

§ 3º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código.

§ 4º As disposições dos arts. 395 a 398 aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário."(NR)

"Art. 395. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias, contados da data da juntada do mandado aos autos ou, no caso de citação por edital, do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

§ 1º Na resposta o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e, dependendo o comparecimento de intimação, requerê-la desde logo.

§ 2º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112.

§ 3º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará dativo para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por dez dias.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em cinco dias.

§ 5º Entendendo imprescindível, o juiz determinará a realização de diligências, no prazo máximo de dez dias, podendo ouvir testemunhas e interrogar o acusado."(NR)

"Art. 396. O juiz, fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa.

Parágrafo único. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;

III - faltar justa causa para o exercício da ação."(NR)

"Art. 397. Considerando plenamente comprovada a improcedência da acusação ou a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade, o juiz absolverá sumariamente o acusado, facultada às partes a prévia produção de provas."(NR)

"Art. 398. Contra a sentença de absolvição sumária ou contra a decisão que rejeitar a denúncia ou queixa, caberá recurso de apelação.

Parágrafo único. Da decisão que rejeitar parcialmente a acusação caberá agravo."(NR)

"Art. 399. Recebida a acusação, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o Estado providenciar sua apresentação.

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença."(NR)

"CAPÍTULO II

DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de trinta dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Parágrafo único. As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias."(NR)

"Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até oito testemunhas arroladas pela acusação e oito pela defesa.

§ 1º Nesse número não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas.

§ 2º A parte, com anuência da outra, poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209."(NR)

"Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução."(NR)

"Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais, por vinte minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais dez, proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos dez minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de cinco dias, sucessivamente, para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de dez dias para proferir a sentença."(NR)

"Art. 404. Ordenada diligência considerada imprescindível, de ofício, ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais.

Parágrafo único. Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de cinco dias, suas alegações finais, por memorial e, no prazo de dez dias, o juiz proferirá a sentença."(NR)

"Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

Parágrafo único. Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. Na forma por último indicada, será encaminhado ao Ministério Público o registro original, sem necessidade de transcrição."(NR)

"CAPÍTULO V

DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO

"Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de quinze dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate."(NR)

"Art. 532. Na instrução poderão ser inquiridas até cinco testemunhas arroladas pela acusação e cinco pela defesa."(NR)

"Art. 533. Aplica-se ao procedimento sumário o disposto no parágrafo único do art. 400."(NR)

"Art. 534. As alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez, proferindo, o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos dez minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa."(NR)

"Art. 535. Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer."(NR)

"Art. 536. A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no art. 531."(NR)

"Art. 537. O procedimento sumário será concluído no prazo máximo de noventa dias."(NR)

"Art. 538. Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o sumário previsto neste Capítulo."

Art. 2º Ficam revogados os arts. 43, 362 e 498 a 502 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal.

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação, aplicando-se aos processos em que ainda não houve o recebimento da denúncia ou queixa e ainda que os procedimentos não sejam regulados pelo Código de Processo Penal.

Brasília,

PROJETO DE LEI 4.208/2001 – Presidência da República

(EXCERTOS)

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências.

CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"TÍTULO IX**DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA**

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título serão aplicadas com base nos seguintes critérios:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º Serão decretadas de ofício, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem." (NR)

"Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º O juiz poderá, nas situações previstas no art. 318, permitir que a prisão preventiva seja substituída pela domiciliar.

§ 2º Quando não couber prisão preventiva, o juiz poderá decretar outras medidas cautelares (art. 319).

§ 3º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 4º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio."(NR)

"Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas."(NR)

"Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal;

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, nas hipóteses previstas em lei.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições do art. 23, I, II e III, do Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação."(NR)

"Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou por representação da autoridade policial."(NR)

"Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)."(NR)

"Art. 313. Nos termos do artigo anterior será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos; ou

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 641 do Código Penal." (NR)

"Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada."(NR)

.....

Art. 2º Ficam revogados o § 2º e incisos do art. 325, os arts. 393, 594, 595 e os parágrafos do art. 408 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Brasília,

PROJETO DE LEI N.º 4.209/2001 – Presidência da República

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"TÍTULO II**DO INQUÉRITO POLICIAL E DO TERMO CIRCUNSTANCIADO**

Art. 4º Sendo a infração penal de ação pública, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência, de ofício, a requerimento do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo ou mediante requisição do Ministério Público, procederá, na função essencial de Polícia Judiciária, ao correspondente registro e à investigação por meio de:

I - termo circunstanciado, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo;

II - inquérito policial, em relação às demais infrações.

§ 1º Quando a ação penal pública depender de representação ou de requisição do Ministro da Justiça, sem ela o inquérito policial não poderá ser instaurado.

§ 2º Nos casos de ação penal de iniciativa privada, a autoridade policial procederá à investigação por meio de uma das modalidades previstas nos incisos I e II do *caput*, agindo somente mediante requerimento de quem tiver qualidade para ajuizá-la, formulado com observância dos seguintes requisitos:

I - narração do fato, com todas as suas circunstâncias;

II - individualização do autor ou determinação de seus sinais característicos, ou explicação dos motivos que as impossibilitam;

III - dados demonstrativos da afirmação da autoria;

IV - testemunhas do fato e de suas circunstâncias, quando possível com as respectivas qualificações e endereços, ou com anotação dos locais em que possam ser encontradas.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da prática de infração penal cuja ação seja de iniciativa pública, poderá comunicá-la, oralmente ou por escrito, à autoridade policial, que registrará a ocorrência e adotará as providências cabíveis.

§ 4º O ofendido ou quem tiver qualidade para representá-lo poderá requerer, oralmente ou por escrito, à autoridade policial o início da investigação ou dirigir-se ao Ministério Público para que este a requisite.

§ 5º Da decisão que indeferir o requerimento de investigação, ou quando esta não for instaurada no prazo, poderá o interessado recorrer em cinco dias para a autoridade policial superior, ou representar ao Ministério Público.

§ 6º Tomando conhecimento da ocorrência, a autoridade policial fará, imediatamente, o seu registro, que ficará à disposição do Ministério Público, podendo este requisitá-lo periódica ou especificamente.

§ 7º Tratando-se de infração penal atribuída a policial, a autoridade comunicará imediatamente a ocorrência ao Ministério Público, para as providências cabíveis."(NR)

"Art. 5º Se a infração for de menor potencial ofensivo, a autoridade lavrará, imediatamente, termo circunstanciado, de que deverão constar:

I - narração sucinta do fato e de suas circunstâncias, com a indicação do autor, do ofendido e das testemunhas;

II - nome, qualificação e endereço das testemunhas;

III - ordem de requisição de exames periciais, quando necessários;

IV - determinação da sua imediata remessa ao órgão do Ministério Público oficiante no juizado criminal competente, com as informações colhidas, comunicando-as ao juiz;

V - certificação da intimação do autuado e do ofendido, para comparecimento em juízo nos dia e hora designados."(NR)

"Art. 6º Não sendo a infração de menor potencial ofensivo, ao tomar conhecimento da prática da infração, a autoridade policial instaurará inquérito, devendo:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, preservando-o durante o tempo necessário à realização dos exames periciais;

.....

IV - ouvir o investigado;

V - proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas;

VI - determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias (art. 159);

VII - providenciar, quando necessária, a reprodução simulada dos fatos, desde que não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

§ 1º Instaurado inquérito, as diligências previstas nos incisos V e VII deverão ser realizadas com prévia ciência do Ministério Público e intimação do ofendido e do investigado.

§ 2º Os instrumentos, armas e objetos materiais que tiverem relação com o fato, necessários para exame pericial complementar, ficarão sob a guarda dos peritos oficiais até a conclusão dos trabalhos periciais.

§ 3º No inquérito, as informações serão colhidas de forma singela e, sempre que possível, celeremente, podendo os depoimentos ser tomados em qualquer local, oral, informal e resumidamente.

§ 4º O registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas poderá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. Na forma por último indicada, será encaminhado ao Ministério Público o registro original, sem necessidade de transcrição.

§ 5º A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão imediatamente comunicados à autoridade judiciária competente, ao Ministério Público e à família do preso, ou a pessoa por ele indicada."(NR)

“Art. 7º Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida estritamente necessária à formação do convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem autorizadas pelo juiz.

Parágrafo único. Esses elementos não poderão constituir fundamento da sentença, ressalvadas as provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, que serão submetidas a posterior contraditório.”(NR)

“Art. 8º Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes.

§ 1º O indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais.

§ 2º O indiciado será identificado datiloscopicamente nas hipóteses previstas em lei.

§ 3º A autoridade policial deverá colher informações sobre a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, e outros dados que contribuam para a verificação de sua personalidade.

§ 4º A autoridade deverá informar ao indiciado a importância do endereço por ele fornecido, para efeito de citação e intimação, bem como sobre o dever de comunicar qualquer mudança de endereço”(NR).

“Art. 9º O inquérito policial deverá ser instaurado no prazo de dez dias após a autoridade policial tomar conhecimento da infração penal (art. 4º, *caput* e §§ 1º a 4º).

§ 1º Os autos do inquérito policial serão encaminhados ao Ministério Público no prazo de vinte dias, sem prejuízo da continuidade e da realização de outras diligências tidas como necessárias, que serão especificadas pela autoridade policial, cujos resultados serão imediatamente transmitidos ao mesmo órgão.

§ 2º Recebendo os autos, o Ministério Público poderá:

I - oferecer denúncia;

II - promover o arquivamento da investigação, consoante o art. 28;

III - aguardar por até trinta dias as diligências especificadas pela autoridade que presidiu a investigação;

IV- requisitar, fundamentadamente, a realização de diligências complementares, indispensáveis ao oferecimento da denúncia, que deverão ser realizadas em, no máximo, trinta dias.

§ 3º A requisição de diligências, na forma prevista no parágrafo anterior, não obsta, se for o caso, ao oferecimento da denúncia.

§ 4º Encerrada a investigação, a autoridade policial remeterá as demais peças de informação, documentadas em autos suplementares, e com relatório, ao Ministério Público.

§ 5º Recebendo os autos suplementares, após efetivamente realizadas as diligências especificadas ou requisitadas, o Ministério Público somente poderá oferecer denúncia ou promover o arquivamento, consoante o disposto no art. 28.”(NR)

“Art. 10. O inquérito policial, em qualquer caso, deverá ser concluído no prazo de sessenta dias, contados do conhecimento da infração penal pela autoridade policial, salvo se o indiciado estiver preso, quando o prazo será de dez dias.

§ 1º Excedido qualquer dos prazos assinados à polícia judiciária, o ofendido poderá recorrer à autoridade policial superior ou representar ao Ministério Público, objetivando a finalização do inquérito e a determinação da responsabilidade da autoridade e de seus agentes.

§ 2º As diligências que dependerem de autorização judicial serão requeridas ao juiz competente pelo Ministério Público, autoridade policial, ofendido, investigado ou indiciado."(NR)

"Art. 11. Os instrumentos da infração penal, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos da investigação."(NR)

"Art. 12. Os autos da investigação instruirão a denúncia ou a queixa, sempre que lhe servirem de base."(NR)

"Art. 13.
.....

IV - requerer, ao juiz competente, a concessão de medida cautelar prevista em lei."(NR)

"Art. 14. O ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo e o investigado ou indiciado poderão requerer à autoridade policial, ou ao Ministério Público, a realização de qualquer diligência, que será efetuada, se entendida necessária.

Parágrafo único. Quando o pedido for indeferido, o interessado poderá recorrer à autoridade policial superior, ou representar ao Ministério Público, objetivando a requisição da diligência."(NR)

"Art. 15. Se o indiciado for menor, a autoridade nomeará curador para assisti-lo, preferencialmente advogado, vedada a nomeação de pessoa analfabeta e de servidor da Polícia Judiciária, do Ministério Público ou do Poder Judiciário."(NR)

"Art. 16. Todos os atos da autoridade policial e do Ministério Público deverão indicar os fatos que os determinaram e ser fundamentados."(NR)

"Art. 17. A autoridade policial não poderá determinar o arquivamento dos autos da investigação."(NR)

"Art. 18. Arquivados os autos da investigação, por falta de base para a denúncia, havendo notícia de outras provas, a autoridade policial deverá proceder a novas diligências, de ofício, ou mediante requisição do Ministério Público."(NR)

"Art. 19. Nas infrações penais, cuja ação seja de iniciativa privada, os autos da investigação serão remetidos ao juízo ou ao juizado criminal competente, onde aguardarão providência do ofendido, ou de quem tenha qualidade para representá-lo, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado."(NR)

"Art. 20. A autoridade policial, o Ministério Público e o juiz assegurarão, na investigação, o sigilo necessário ao esclarecimento dos fatos.

§ 1º Durante a investigação, a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz tomarão as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua exposição aos meios de comunicação.

§ 2º Nos atestados que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer dados referentes à investigação, salvo em caso de requisição judicial ou do Ministério Público."(NR)

"Art. 21. É vedada a incomunicabilidade do preso."(NR)

"Art. 22. A autoridade policial poderá, no curso da investigação, ordenar a realização de diligências em outra circunscrição territorial, independentemente de requisição ou precatória; assim como tomar

as providências necessárias sobre qualquer fato que ocorra em sua presença, noutra circunscrição, comunicando-as à respectiva autoridade."(NR)

"Art. 23. Ao remeter os autos da investigação ao Ministério Público, a autoridade policial oficiará ao órgão competente, transmitindo as informações necessárias à estatística criminal."(NR)

"Art. 26. Tratando-se de infração penal praticada contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária ou econômica, os elementos de informação serão remetidos pela autoridade administrativa também ao Ministério Público para as providências cabíveis."(NR)

"Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento de denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informação.

§ 1º Cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos serão por ele remetidas, no prazo de três dias, a órgão superior do Ministério Público, sendo intimados dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 2º Se as cópias referidas no parágrafo anterior não forem encaminhadas no prazo estabelecido, o investigado, o indiciado ou o ofendido poderá solicitar a órgão superior do Ministério Público que as requisite.

§ 3º Até que, em sessão de órgão superior do Ministério Público, seja ratificada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo, apresentar razões escritas.

§ 4º A promoção de arquivamento, com ou sem razões dos interessados, será submetida a exame e deliberação de órgão superior do Ministério Público, na forma estabelecida em seu regimento.

§ 5º O relator da deliberação referida no parágrafo anterior poderá, quando o entender necessário, requisitar os autos originais, bem como a realização de quaisquer diligências reputadas indispensáveis.

§ 6º Ratificada a promoção, o órgão superior do Ministério Público ordenará a remessa dos autos ao juízo competente, para o arquivamento e declaração da cessação de eficácia das medidas cautelares eventualmente concedidas.

§ 7º Se, ao invés de ratificar o arquivamento, concluir o órgão superior pela viabilidade da ação penal, designará outro representante do Ministério Público para oferecer a denúncia."(NR)

"Art. 30. A ação de iniciativa privada caberá ao ofendido, ou a quem tenha qualidade para representá-lo, ou às entidades legitimadas por lei à defesa de direitos difusos ou coletivos, quando se trate de ação penal que os envolva."(NR)

"Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, ou promoção de arquivamento, estando o indiciado preso, será de cinco dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito, ou de sua complementação, e de quinze dias, se estiver solto ou afiançado.

§ 1º Quando o Ministério Público dispensar a investigação, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informação ou a representação.

.....
§ 3º Descumprido qualquer dos prazos estabelecidos neste artigo:

I - os autos poderão ser requisitados pelo órgão superior do Ministério Público, de ofício, ou a pedido do ofendido, do investigado, ou do indiciado;

II - o ofendido poderá proceder na forma do disposto no art. 29."(NR)

Art. 2º Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Brasília,

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

9.1 Livros

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência: através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROS, Antonio Milton de. *Processo penal segundo o sistema acusatório: os limites da atividade instrutória judicial*. Leme: LED, 2002.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2.

BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, [1994?].

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

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 8. ed. Brasília: UnB, 1996.

BORGES, José Souto Maior. *Ciência feliz*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969.

CARNEIRO LEÃO, Nilzardo. *Princípios do processo penal*. Recife: Imprensa Universitária, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinali, São Paulo: Conan, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Processo penal à luz da Constituição*. Bauru: EDIPRO, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

COUSELO, Gonzalo Jar. *Modelos comparados de policia*. Madrid: Dykinson, 2000.

DA MAIA, Alexandre. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).

DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. *Princípios no processo penal brasileiro*. Campinas: Copola, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. *Verdade: uma história*. Trad. Beatriz Vieira. Rio de Janeiro: Record, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades públicas: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo de Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

FREYESLEBEN, Mário Luis Chila. *O Ministério Público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

GADAMER, Hans-Georg. *Truth and method*. 2nd rev. ed. Transl. Joel Weinsheimer and Donald Marshall. New York: Continuum, 1998.

GOMES, Luiz F. e CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. António Correia. 8. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996. t. I.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. *História do direito nacional*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica do Ministério Público, aprovada pela Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, [1945?].

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal: ou exposição comparada*. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. 2. tir. Campinas: Bookseller, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PASTRANA, Ángel Tinoco. *Fundamentos del sistema judicial penal en el 'common law'*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

POLITZER, Georges; BESSE Guy; CAVEING, Maurice. *Princípios fundamentais de filosofia*. Trad. João Cunha Andrade. São Paulo: Hemus, [1994?].

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezado. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada: Comares, 1996.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SALVO, Luís Antonio Johnson di. *O juiz na condução do processo penal*. São Paulo: Copola, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SIRACUSANO, D. et al. *Diritto processuale penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1.

SOUTO, Cláudio. *Tempo do direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. II.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1 e 2.

TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964.

9.2 Artigos

ASSI, José Marçal de Ataíde. O Ministério Público estadual e o controle externo da atividade policial. *Repertório IOB de Jurisprudência*, ano 1, n. 3, p. 17-19, 1. quinz. jan. 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso A. Sobre a magistratura e o Ministério Público no Estado de Direito. *Revista de Direito Público*, ano XVI, n. 68, p. 142-154, 1983.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XVI, n. 68, p. 55-79, out./dez. 1983.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Revista Jurídica*, n. 250, ago. 1998. Não paginado.

BICUDO, Hélio P. A investigação criminal e o Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, n. 70, p. 7-21, 1961.

BORGES, José Ademir Campos. O lado anacrônico na reforma do artigo 28 do CPP. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 8, n. 99, p. 11, fev. 2001.

BORGES, José Souto Maior. Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 1, p. 140-146, 1993.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Juizado de instrução: vantagens e inconvenientes: exame de alternativas ajustadas à realidade brasileira. In SEMINÁRIO ASPECTOS PENAIIS EM 500 ANOS, 2000, Brasília, DF. 10 p. (Texto avulso).

BRONZE, Fernando José. Argumentação jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado? In SEMINÁRIO DE DOUTORAMENTO, 1., 5. Semana, Coimbra, 2000. 30 f. (Texto avulso).

CORREIA, Geraldo Margela. Do controle externo da atividade policial. *Revista do Ministério Público de Pernambuco*, Recife: Procuradoria-Geral de Justiça, v. 1, n. 1, p. 51-64, jan./jun 1998.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. A verdade processual em Ferrajoli. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 9, n. 106, p. 9-10, set. 2001.

DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 30, n. 117, p. 89-114, jan./mar. 1993.

FERREIRA, Pinto. Os princípios dispositivo e da livre investigação no direito processual. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, ano IX, n. 8, p. 193-202, 2. sem. 1995.

FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, p. 241-251, jan./mar. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, p. 65-74, jul./set. 2000.

_____. O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América 10 anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 30, p. 41-50, abr./jun. 2000.

_____. Que juiz inquisidor é esse? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 3, n. 30, p. 1, jun. 1995.

KARAM, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, p. 55-73, jul./set. 2001.

LAZZARINI, Álvaro. O papel da investigação e do sistema judiciário na prevenção do crime. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 31, n. 121, p. 171-184, jan./mar. 1994.

LINS, Waldemir O. Da função do Ministério Público na repressão do crime. *Revista do Ministério Público de Pernambuco*, n. 2, p. 9-36, jul./dez. 1972.

LOPES JR., Aury. Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 11, n. 127, p. 10-11, jun. 2003.

- MAZZILLI, Hugo Nigro. O controle externo da atividade policial. *JUS*, Belo Horizonte, n. 13, p. 235-245, 1991.
- NARDINI, Maurício J. O promotor de Justiça e a presidência da investigação criminal. *Consulex*, Brasília, p. 261-264, jan./dez. 1996.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. In _____ . *Obras Incompletas*. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 51-60. (Coleção Os Pensadores).
- NORES, José I. Cafferata. La eficacia de la investigación penal en el Estado de Derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, p. 28-36, jul./set. 2001.
- PELLEGRINO, Laércio. Substituição do inquérito pelo juizado de instrução. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 527, set. 1979.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Naturalidade do fenômeno jurídico. In SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. 2. ed. atual. São Paulo: Pioneira, 1999. p. 125-127.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase preparatória do processo penal: tendências na Europa: o caso português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, p. 9-27, jul./set. 2002.
- SANTOS, Nildo N. dos. O Ministério Público e a distribuição da Justiça. *Revista do Ministério Público de Pernambuco*. Recife, n. 2, p. 77-80, jul./dez. 1972.
- SHOLZ, Leônidas R. A atuação complementar do Ministério Público no processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 719, p. 372-379, 1995.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Da verdade dada à verdade buscada. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 8, n. 101, p. 12-14, abr. 2001.
- SIMON, John Anthony. Considerações sobre o Ministério Público norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 640, p. 7-18, fev. 1989.
- SZNICK, Valdir. O Ministério Público no direito germânico. *Justitia*, São Paulo, ano 46, n. 126, p. 124-129, jul./set. 1984.
- WEIS, Carlos. Direitos humanos e Defensoria Pública. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 10, n. 115, p. 5-6, jun. 2002.

9.3 Dissertações e Teses

COSTA JUNIOR, Olimpio. *Natureza e função do Ministério Público: sua ascensão nas democracias, sua desgraça nas ditaduras*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1978.

TORRES, Anamaria Campos. *Justiça e prova no processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1977.

9.4 Internet

CLUNY, António F. O Ministério Público e o Poder Judicial. [*Página eletrônica do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público de Portugal*], Seção artigos. Disponível em: <<http://www.smpmp.com.pt>>. Acesso em: 23 fev. 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Forense on-line*, Rio de Janeiro, mar. 2002. Seção Artigos. Disponível em: <<http://www.forense.com.br>>. Acesso em: 31 mar. 2002.

JOSÉ ARNALDO DA FONSECA: Modelo de investigação criminal está falido. [*Página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça*], Brasília, DF, 30 maio 2003. Disponível em: <www.stj.gov.br/webstj>. Acesso em: 30 maio 2003.

NAVES defende criação de juizado de instrução criminal para crimes de maior potencial ofensivo. [*Página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça*], Brasília, DF, 29 maio 2003. Disponível em: <www.stj.gov.br/webstj>. Acesso em: 30 maio 2003.

SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da; ARAUJO, Maria Emilia Moraes de; CORRÊA, Paulo Fernando. Ainda e sempre a investigação direta pelo Ministério Público. [*Página eletrônica*

do Ministério Público do Estado de Minas Gerais], Belo Horizonte, abr. 2001. Seção Artigos Jurídicos. Disponível em: <<http://www.pgj.mg.gov.br/ceaf>>. Acesso em: 2 abr. 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo penal brasileiro e o novo impulso pela sua modernização. [Página eletrônica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais], Belo Horizonte, abr. 2001. Seção Artigos Jurídicos. Disponível em: <<http://www.pgj.mg.gov.br/ceaf>>. Acesso em: 2 abr. 2001.

TURMA do STF discute poderes investigatórios do Ministério Público ao julgar recurso. [Página eletrônica do Supremo Tribunal Federal], Brasília, DF, 6 maio 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp>>. Acesso em: 6 maio 2003.

9.5 Legislação

BRASIL. *Anteprojeto de Código de Processo Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Coordenação Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. *Código Penal*. Coordenação Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. *Constituições do Brasil*. Compil. e atualiz. Adriano Campanhole e Hilton Lobo Campanhole. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

BRASIL. Poder Executivo. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1941.

BRASIL. *Ordenações Filipinas*. Organiz. Silvia Hunold Lara. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. I. V.

BRASIL. Poder Executivo. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1941.

PORTUGAL. Universidade de Coimbra. *Ordenações Manuelinas*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. I. V.