



UNIVERSIDADE PARANAENSE - UNIPAR

RECONHECIDA PELA PORTARIA - MEC N.º 1580, DE 09/01/93 - D.O.U. 10.11/93
MANTENEDORA: ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DE ENSINO E CULTURA - APEC

PAULO CEZAR DOS PASSOS

UMA VISÃO CRÍTICA DA INICIATIVA ACUSATÓRIA

**Umuarama
2007**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PAULO CEZAR DOS PASSOS

UMA VISÃO CRÍTICA DA INICIATIVA ACUSATÓRIA

Trabalho de dissertação apresentado como requisito para a conclusão do Curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR.

Área de concentração: Processo Penal

Linha de Pesquisa: Eficácia Processual

Orientador: Prof. Dr. Fábio André Guaragni

Comissão Examinadora:

Umuarama, ____ de _____ de
2007.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Criador, pela vida e força na caminhada da minha existência;

A minha querida família: Jaceguara, esposa dedicada e amada, aos meus filhos Thales e Gabriel, maiores tesouros que pude granjear na vida;

Aos meus pais, Aparecido e Minerva, pelo que contribuíram para minha formação, ensinando-me a ser tenaz e acreditar que tudo é possível, com ética e esforço pessoal;

Ao meu orientador, professor Dr. Fábio André Guaragni, agradeço pelo desprendimento em dispor do seu tempo e de seu vasto conhecimento jurídico para prestar seu valioso auxílio, sem o qual, o presente trabalho não teria sido realizado;

Aos meus colegas do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, em especial ao Procurador de Justiça Ovidio Pereira, pela compreensão e apoio na empreitada;

A todos os meus amigos que, de alguma maneira, ajudaram-me a chegar até aqui, obrigado;

Agradeço, por fim, aos queridos docentes do Curso de mestrado em Direito e Cidadania da Universidade Paranaense que, de alguma maneira, contribuíram para esta dissertação.

PASSOS, Paulo Cezar dos. *Uma visão crítica da iniciativa acusatória*. 2007. 167 f. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR.

Resumo: Trata a presente dissertação da necessidade de analisar a iniciativa acusatória no processo penal brasileiro, sob uma visão crítica. Inicia o trabalho discutindo a verdade no processo. É utilizada a doutrina de Habermas para concluir que a verdade surge do consenso revelado no discurso entre os sujeitos do processo. Noutro passo, explana-se a respeito da limitação da busca da verdade nos direitos humanos, ante a construção destes no âmbito da história da humanidade. Os sistemas processuais são estudados para que se possa identificar aquele oriundo da Constituição Federal de 1988. Após abordar os sistemas inquisitivo, acusatório e misto, entendendo que este não é um sistema autônomo, pois falta a ele um princípio unificador, é concluído que o sistema acusatório foi o adotado pela Lei Fundamental, cabendo às partes a gestão da prova. A seguir é abordada a vinculação que deve haver entre as normas processuais penais e a Constituição Federal, trazendo uma análise crítica a respeito dessa realidade. Finalmente, é estudada a iniciativa acusatória do juiz, dentro do modelo traçado pelo sistema processual adotado no Brasil. Identificando inúmeros dispositivos inconstitucionais, pois atribui-se ao juiz, desde a fase de investigação criminal vários poderes inquisitórios, os quais não são compatíveis com a Constituição Federal e devem ceder ante a ordem constitucional. Da mesma maneira, durante a fase processual o juiz também é dotado de poderes acusatórios, os quais não mais devem subsistir. É necessário, conforme demonstrado, uma contaminação constitucional, para que os atores do processo adotem as posições adequadas, em respeito a um sistema processual acusatório.

Palavras-chave: Verdade. Sistemas processuais. Interpretação Constitucional. Iniciativa acusatória.

PASSOS, Paulo Cezar dos. *Uma visão crítica da iniciativa acusatória*. 2007. 167 f. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR.

Abstract: The present paper aims to study the necessity to analyze the accusatory initiative in the Brazilian criminal proceeding, under a critical vision. The truth in the process initiates the work arguing. The doctrine of Habermas is used to conclude that the truth appears of the consensus disclosed in the speech enters the citizens of the process. In another step, display to regarding the limitation of the search of the truth in the human rights, before the construction of these in the scope of the history of the humanity. The procedural systems are studied so that if it can identify that deriving one of the Federal Constitution of 1988. After to approach the systems inquisitorial, accusatory and mixing, understanding that this is not an independent system, therefore lacks it an unifying principle, is concluded that the accusatory system was the adopted one for the Basic Law, fitting to the parts the management of the test. To follow the entailing is boarded that must have between the criminal procedural norms and the Federal Constitution, bringing a critical analysis regarding this reality. Finally, the accusatory initiative of the judge is studied, inside of the model traced for the adopted procedural system in Brazil. Identifying innumerable unconstitutional devices, therefore the judge attributes itself to it, since the phase of criminal inquiry some inquisitorial powers, which are not compatible with the Federal Constitution and must yield before the constitutional order. In the same way, during the procedural phase the judge also is endowed with being able accusatory, which more does not have to subsistir. It is necessary, as demonstrated, a constitutional contamination, so that the actors of the process adopt the adjusted positions, in respect to an accusatory procedural system.

Key words: Truth. Procedural systems. Management of the test. Constitutional interpretation. Accusatory initiative.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 A VERDADE NO PROCESSO PENAL.....	11
1.1 O mito da verdade real e a verdade atingível.....	16
1.2 A verdade como resultado da argumentação.....	22
1.3 Direitos humanos como limite à busca da verdade.....	26
1.4 Processo penal e direitos humanos.....	29
2 SISTEMAS PROCESSUAIS.....	36
2.1 Sistema inquisitório.....	38
2.2 Sistema acusatório.....	48
2.3 Sistema misto: insuficiência conceitual.....	54
2.4 Identificação do princípio informador dos sistemas processuais.....	59
2.5 O sistema acusatório como corolário da ordem constitucional.....	68
3 A SUPERIORIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E UMA ANÁLISE CRÍTICA DA SUA EFETIVAÇÃO.....	73
3.1 Supremacia das normas constitucionais.....	78
3.2 Uma breve abordagem da teoria crítica.....	82
3.3 Da contaminação do processo penal pela Constituição.....	90
3.4 Postulados constitucionais.....	92
3.4.1 A Constituição no ápice.....	92
3.4.2 A Constituição como um todo unitário.....	93
3.4.3 A eficácia da norma constitucional.....	94
3.4.4 Harmonização da norma constitucional.....	95
3.5 Finalidade da interpretação constitucional.....	96
4 A INICIATIVA ACUSATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL.....	101
4.1 A investigação anterior ao processo.....	103
4.1.1 A inviabilidade da requisição judicial.....	105
4.1.2 Do encaminhamento do inquérito policial ao juiz.....	107
4.1.3 O arquivamento do inquérito policial.....	111
4.1.4 Os inquéritos judiciais.....	115
4.2 A iniciativa do juiz no processo penal.....	125
4.2.1 O artigo 156 do Código de Processo Penal.....	130
4.3 Alguns dispositivos do CPP e o sistema acusatório.....	139

4.3.1	Da prisão preventiva decretada de ofício.....	140
4.3.2	Da <i>mutatio libelli</i>	144
4.3.3	Da condenação quando há pedido de absolvição pelo Ministério Público.....	148
4.4.4	Da inclusão de qualificadora não pedida pelo acusador.....	151
4.5	Em busca de um processo constitucional.....	153
	CONCLUSÃO.....	155
	REFERÊNCIAS.....	160

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal já se aproxima de vinte anos da sua promulgação, convivendo nesse tempo com um Código de Processo Penal de 1941. Evidente que a convivência desses diplomas é conturbada, pois frutos de momentos históricos diferentes, pautados por valores diversos, mas que ainda hoje permanecem hígidos.

O Código de Processo Penal – Decreto-lei 3.689, de 03.10.1941 – foi gerado sob o influxo de um sistema que privilegiava o interesse da sociedade, ou mais precisamente do Estado, em detrimento do interesse do indivíduo, irradiando poderes fortes ao aparato estatal repressor, inclusive ao juiz, que aparecia com perfil de inquisidor, consoante a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal já apontava.

O paradigma mudou. Se ao tempo do nascimento do Código de Processo Penal o Brasil tinha como Lei Fundamental a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, com matiz fascista, atualmente se tem uma Constituição Federal francamente democrática, tida na sua gênese como Constituição-cidadã.

A abordagem constitucional do processo penal brasileiro, da identificação do sistema e das conseqüências daí decorrentes devem ser enfrentadas.

O presente estudo procura identificar o sistema processual adotado, bem como estabelecer a iniciativa acusatória decorrente do sistema surgido com a Constituição Federal de 1988.

A evolução publicista do processo, com a superação do dogma da verdade real, para uma verdade construída com base no consenso, fruto da dialética desenvolvida no processo, em contraditório e paridade de armas, é estudado para revelar o sistema processual.

Apesar da existência de fortes resquícios do chamado sistema inquisitivo, assumindo o juiz poderes de iniciar a acusação, ou instruir o processo como se acusador fosse, sob o influxo da mítica verdade real.

O processo penal moderno, em compatibilidade com a Constituição Federal, é acusatório, emergindo sua estrutura da Constituição Federal, sendo instrumento da busca da certeza.

Sob um enfoque crítico, o objetivo deste trabalho é demonstrar que ainda não aconteceu a necessária contaminação constitucional no processo penal brasileiro, pois o sistema jurídico não está em harmonia com a Constituição Federal.

O tema objeto do trabalho é centrado na figura da iniciativa acusatória, dentro de um modelo de sistema desenhado pela Constituição de 1988.

O juiz na condução do processo, tanto na fase pré-processual quanto na fase judicial, é estudado, especialmente quanto à limitação da produção da prova criminal, devotando-se atenção às atividades instrutórias do juiz.

A necessária vinculação do processo penal com a Constituição é trazido, com as implicações da necessidade de ser feita uma interpretação a partir da

Lei Fundamental, devendo as normas que com ela não se compatibilizarem serem retiradas do sistema.

A dissertação encontra-se fracionada em três capítulos. No primeiro é feita uma análise da verdade no bojo do processo penal, que é instrumento dessa busca, e os sistemas processuais existentes, apontando qual é aquele adotado pela Constituição Federal: o sistema acusatório.

No segundo capítulo foi abordada a vinculação necessária entre Constituição e processo penal, bem como a indispensável compatibilização vertical entre as normas processuais infraconstitucionais e os preceitos da Constituição Federal.

No último capítulo é estudada atuação do juiz na fase preliminar e durante a instrução criminal, apontando inconsistências e inconstitucionalidades.

Analisar e interpretar o sistema processual abraçado pela Constituição, com os efeitos causados no processo penal, transformando o juiz em um agente garantidor dos direitos dos cidadãos, o que o impede atuar como se acusador fosse, é o que se busca, como forma de garantir os direitos fundamentais do cidadão.

1 A VERDADE NO PROCESSO PENAL

O processo penal busca máxima aproximação com os fatos sobre os quais incide a norma penal, visando corresponder à atividade judicante estatal, exercida pelos juízes e tribunais, alcançando assim a verdade real e realizando o fim desejado pelo processo.

Conforme MALATESTA¹:

O fim supremo do processo judiciário penal é a verificação do delito, em sua individualização subjetiva e objetiva. Todo o processo penal, no que respeito o conjunto de provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. O objeto principal da crítica criminal é, portanto, indagar como, da prova, pode legitimamente nascer a certeza do delito; o objetivo principal de suas investigações é, em outros termos, o estudo das provas de certeza.

Surge assim que o processo penal deve buscar a verdade, dita real, destinada a produzir uma convicção de certeza, devendo haver absoluta comprovação de tudo o que concerne à existência do crime, aos seus autores e à realidade da responsabilidade destes, sendo que a ausência desta certeza, importava em solução de absolvição, como já ponderava ESPÍNOLA FILHO².

¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. da 3ª edição de 1912 por Paolo Capitanio. Campinas, Bookseller, 1996, p. 35.

² ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 4 ed, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 35.

E a forma de demonstrar a certeza do que aconteceu, visando a reconstrução perfeita dos fatos interessantes ao julgador é através da prova.

A prova é dos assuntos de maior relevo dentro do direito processual penal, reconstruindo as particularidades jurídico-históricas importantes para o convencimento do juiz na prestação jurisdicional, justificando perante as estruturas sociais a adoção de determinada solução para o conflito intersubjetivo de interesses que lhe foi apresentado.

O *right to evidence*, mencionado pelos norte-americanos, constitui-se no nosso direito à prova, oportunizando aos litigantes a construção do convencimento daquele que irá julgar.

O processo penal é um instrumento jurídico que o Estado tem a seu dispor, instituindo sua disciplina, no intuito de investigar a verdade e administrar a justiça, respondendo, através da reconstrução de fatos relevantes e que presumivelmente violaram a ordem jurídica, a um interesse imediato do próprio Estado na prevalência da verdade e da ordem jurídica, conforme VELEZ MARICONDE³.

E na clara explanação do professor JULIO MAIER⁴, da Universidade de Buenos Aires, pode ser entendida a prova como a oportunidade dos sujeitos que participam do processo de demonstrar as hipóteses que constituem o objeto principal das suas posições. E finaliza, com acerto, que provar está ligado à idéia de conhecer ou, ao menos, se acercar da verdade.

³ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**. Córdoba: Editora Córdoba, 1986, Tomo I, p. 346.

⁴ MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal: I. Fundamentos**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 858.

Não se olvida que o vocábulo prova é polissêmico, podendo ser entendido de vários modos diferentes, limitando-se sua compreensão nesse estudo aos atos e meios utilizados pelas partes, terceiros e juiz para alcançar a verdade dos fatos importantes para o desiderato do pedido de condenação encerrado em dada ação penal.

Mas, a prova será vista sob o ângulo de ser instrumento de reconstrução dos fatos que interessam ao convencimento do julgador, como forma de se alcançar a verdade pretendida pelo processo.

Mas não se pode efetuar o exame da prova sem entrelaçar o estudo do diploma processual penal que a regula com os elementos que revelam o particular modo de ser do Estado, inseridos dentro de sua Constituição, tornando-se indispensável a leitura do processo penal por um sistema de contaminação constitucional, conformando-se as normas que integram o ordenamento jurídico com aquelas constantes do corpo do texto constitucional, os quais são vetores necessários para aludida hermenêutica.

Dentro de um modelo de processo penal democrático, revelado pela Constituição, a gestão da prova deve estar em consonância com os princípios que norteiam o Estado democrático, pois somente é possível garantir uma certeza jurídica, mais próxima possível da realidade histórica, assegurando-se a plena participação das partes na produção e inserção dos elementos necessários para comprovar suas assertivas, em simétrica paridade e com efetiva atuação dos atores do processo.

O processo busca, como é evidente, a reconstrução de um fato histórico – o crime já aconteceu, é passado – mais próximo da realidade, de modo

que a gestão da prova deve revelar o sistema adotado pela Constituição Federal, consoante JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO⁵.

Desse modo, o desafio primordial é encontrar um processo que delineie o modelo processual adotado pela Constituição Federal de 1988, possibilitando que o estudo dos fatos que importam para o deslinde da lide penal seja realizado da maneira prevista na diretriz máxima do nosso Estado.

Mas antes, é preciso desmistificar o mito da verdade real, que impregna o processo penal brasileiro.

1.1 O mito da verdade real e a verdade alcançável

Na forma da concepção aristotélica clássica da verdade, lembrada por FERRATER MORA⁶, a verdade seria dizer do que é que não é, e do que não é que é, é o falso; dizer do que é que é, e do que não é que não é, é o verdadeiro.

KARL RAIMUND POPPER⁷ entende verdade quando uma asserção, proposição, declaração, ou crença corresponder aos fatos.

Em sentido paralelo, ANTONIO DELLEPIANE⁸ aduz que a verdade, quando presente no espírito humano, caracteriza-se por configurar uma relação de identidade, de adequação ou acordo entre nosso pensamento e as coisas objeto do nosso pensar.

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, nº 01/2001, p. 28.

⁶ MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 700.

⁷ POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987, tomo 2, p. 389.

⁸ DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoría de la Prueba*. 9. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, p. 30.

Assim, em síntese, a verdade é a correspondência entre os fatos e o pensamento do intérprete. E a correspondência aos fatos, em essência aqueles que interessam para elucidar a imputação a alguém do cometimento de ilícito penal, é o que busca o processo penal.

JORGE FIGUEIREDO DIAS⁹ assinala que a ideologia do processo tem a ver com o problema da verdade jurídica.

IBAÑEZ¹⁰ assinala que historicamente é realizada a distinção entre a verdade real e a verdade formal, sendo o objeto do processo penal, conforme já assinalado anteriormente, a verdade mais material, com menor limitação na atividade probatória, produzindo, entretantes, uma verdade de qualidade ruim e sem consideração com o acusado da prática criminosa.

Explica GUILHERME DE SOUZA NUCCI¹¹ que formal seria a verdade que surge no processo de acordo com os argumentos e elementos de cognição trazidos pelas partes, contentando-se o juiz em julgar de acordo com as mesmas, ainda que não correspondam à realidade. Exemplo dessa verdade seria a presunção de veracidade dos fatos alegados e não contestados no processo civil, caso não se trate de direito indisponível, conforme artigo 302, do Código de Processo Civil. Por outro lado, a verdade real seria inerente ao processo penal, pois seria uma verdade mais próxima da realidade.

⁹ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 199.

¹⁰ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Garantismo y proceso penal*. In: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 2, Granada, 1999.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 64.

Portanto, a verdade real seria a rigorosa expressão do que efetivamente ocorreu, conforme REALE¹².

No entanto, é impossível alcançar uma verdade absoluta, incontestável.

Não se olvida que foi importante a distinção entre essas verdades, apesar do incrível paradoxo, pois não é possível haver verdade mais ou menos próxima da realidade, para trazer à tona que no processo penal são discutidos direitos indisponíveis¹³.

E isto, apesar da crítica que se faz a essa distinção entre as diferentes buscas – verdade material e formal – é inegável que traz em si importante carga política, contribuindo para importantes discussões a respeito do objeto do processo penal.

Tornando ao tema. Como afirmado, a verdade incontestável é dogma, pois a única verdade que surge é a afirmada pelo processo.

E não surge como verdade, mas sim como certeza. A certeza do juiz é a certeza que lhe dá o processo.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁴ assevera que a certeza constitui um estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição.

E não poderia ser diferente.

A reconstrução dos fatos é realizada mediante atividade probatória desenvolvida pelas partes, dentro do processo e mediante as limitações

¹² REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983, p. 15.

¹³ QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Instituciones de derecho procesal penal*. Mendoza: Ediciones jurídicas cuyo, 1999, p. 251.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1984, p. 32.

estabelecidas pela própria Constituição Federal e pelas legislações infraconstitucionais.

Apenas aí já é possível deduzir a verdade é sempre processual, pois é produto do conjunto probatório, de sua enunciação e valoração pelo órgão julgador.

Outrossim, importante a opinião de ROGÉRIO LAURIA TUCCI¹⁵, acerca da procura da verdade:

Tenha-se presente, para logo, na consecução de tal mister, que, como correntemente asseverado, a verdade, de modo absoluto, objetivamente considerada, não pertence ao homem, mas, tão só, a Deus. Daí porque, na arguta observação de PASQUALE TUOZZI, sua perquirição, como em toda forma de conhecimento humano, restringe-se à probabilidade de conceber uma idéia, mais ou menos exata, sobre a ocorrência de prática tida como delituosa; vale dizer, uma idéia constitutiva de certeza.

AURY LOPES JR.¹⁶, lembrando Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, menciona que a atividade do juiz é recognitiva. Aquele que irá julgar não conhece os fatos, os ignora, e necessita daqueles que conhecem o acontecido para que possa reconstruir os acontecimentos, gerando assim um conhecimento bastante contaminado.

A verdade, no que se refere ao objeto da imputação ao acusado, e que importa para a construção do provimento jurisdicional, é aquilo que aconteceu. Mas, é fato pretérito, e dele restam apenas fragmentos. São esses vestígios imateriais, através dos quais é reconstruído o que houve¹⁷.

¹⁵ TUCCI, Rogério Lauria Tucci. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 91.

¹⁶ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 3 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005, p. 267.

¹⁷ TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 60.

O vestígio imaterial é a impressão conservada na memória do réu, da vítima e das testemunhas, com o qual é possível reconstruir o passado. Tudo o que podemos conhecer no presente em relação a um fato acontecido é um resíduo deste. E também esse resíduo é um fato diverso daquele que se ambiciona conhecer¹⁸.

E ante o conteúdo axiológico inerente ao fenômeno do direito, mormente tratando-se de processo penal, que poderá gerar, ao final, aplicação de pena, não se pode desconhecer que a vontade humana poderá mesmo distorcer os fatos que interessam ao julgador, contaminando sua cognição.

Como assinala JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETO¹⁹:

A reconstituição dos fatos apresenta-se complexa, uma vez que efetivada de forma indireta, por meio de uma atividade probatória eivada de manipulação. A maneira peculiar de avaliar fatos e pessoas, por parte não só de policiais, advogados, agentes do Ministério Público e peritos, transfigura a dinâmica factual levada ao juiz.

Imperioso concluir que nem tudo que aconteceu, e algumas vezes dados relevantes para a conclusão do julgador, está inserido nos autos. Os elementos da realidade que informam o julgador são manipuláveis, como assinalado, produzindo a reconstrução processual do acontecido de forma imprecisa, nem sempre guardando correspondência com os fatos que aconteceram.

ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ²⁰ esclarece, de forma semelhante ao traçado por José Laurindo de Souza Netto, que se deve somar à

¹⁸ SPINELLI, Micheli. *Las pruebas cívicas*. Buenos Aires: EJE, 1973, p. 13.

¹⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal – sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 143.

²⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A verdade processual em Ferrajoli*. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 9, n. 106, set. 2001, p.10.

subjetividade judicial a subjetividade das fontes das provas, pois em sua produção judicial, através das perícias, testemunhos, interrogatórios e outros modos de produção, existe perda da fidelidade dos acontecimentos, especialmente nos sistemas processuais não regidos pela oralidade, onde a transcrição dos argumentos e declarações orais não traduz a exatidão do conhecimento direto ou indireto da fonte de prova.

Os fatos que são investigados são passado, e dependem para sua reconstrução daqueles que o trazem, o que sempre poderá trazer deformações nas premissas que serão levadas em consideração no momento de julgar.

Como visto, a realidade, como tal, não pode ser conhecida pelo homem, devendo ser buscada a verdade possível: a verdade processual – na realidade certeza processual, objeto da prova, no processo penal.

NELSON SALDANHA²¹ afirma que no plano processual, os dados da realidade se reelaboram conforme o poder de argumentação, residindo neste, porém, o perigo de que se perca a própria noção da verdade.

E com JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO²², a manipulação continua plenamente possível, contra qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos falharam.

Assim, em consonância com JOSÉ LAURINDO NETTO²³, o problema a ser resolvido não é de veracidade, mas sim de decidibilidade.

²¹ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 137.

²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro: ADV, 1994, p. 34.

²³ SOUZA NETTO, José Laurindo, op. cit., p. 144.

E a decisão surge após um debate contraditório entre as partes, com paridade de armas, onde argumentam em busca do convencimento do juiz,

Portanto, a verdade no processo é resultado de um processo argumentativo. Nesse passo, importa trazer a visão de Jürgen Habermas a respeito da Teoria da Ação Comunicativa.

1.2 A verdade como resultado da argumentação

HABERMAS é filósofo e sociólogo alemão contemporâneo, ligado à Escola Crítica de Frankfurt, tendo escrito a respeito da teoria conhecimento, compreendendo que a verdade consensual depende da validade de normas e juízos morais, entendendo que o conceito de verdade está assentado sob condições lingüísticas idealizadas, relacionando a aceitabilidade do discurso ao conceito não epistêmico da verdade.²⁴

Com base em KANT, atenta para os limites da verdade consensual alcançada no nível do discurso, pois os sujeitos aprendem nas relações morais e cognitivas com mundo.

Entende o autor que a questão não se prende a verdade, mas a validade do discurso, o qual deverá ser racionalmente aceito. A verdade seria o acordo entre argumentos racionais, favoráveis no mundo real, vivenciado pelos sujeitos do discurso. A verdade não é justificação aceita pelos participantes do discurso, mas nas justificações definidas diariamente nas estruturas estabelecidas.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I - Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madri: Taurus, 1987, pp. 74 e seguintes.

Com sua teoria, Habermas pretende mostrar que as idéias de verdade, liberdade e justiça inscrevem-se de forma quase transcendental nas estruturas da fala cotidiana.

Os sujeitos estabelecem comunicações entre si, através da fala, referindo-se ele a três planos: a) o plano objetivo das coisas; b) o plano social das normas e c) o plano subjetivo das vivências e dos sentimentos.

As relações entre esses três planos, ou mundo, como quer HABERMAS²⁵, estão presentes, ainda que não na mesma medida, em todas as interações sociais.

Os homens, ao interagirem, coordenam suas ações. Desse conhecimento prévio que possuem do plano objetivo depende o sucesso o insucesso de suas ações conjuntas, sendo que a violação das regras técnicas conduz ao fracasso.

Também as pessoas interagem orientando-se segundo normas sociais que já existem previamente ou que são produzidas durante a interação. Tais normas são definidoras de expectativas recíprocas de comportamento, sobre as quais todos os participantes têm conhecimento.

Não há sucesso ou fracasso na avaliação desse tipo de ação, mas sanção pela violação das normas sociais, bem como reconhecimento intersubjetivo e consenso valorativo pela orientação de acordo com elas.

Finalmente, em todas as interações as pessoas apresentam o que trazem de suas experiências, revelando seu interior. Ainda que alguns controlem com

²⁵ *Idem*, pp. 108 e seguintes.

maior ou menor intensidade suas vivências subjetivas, dos seus atos são extraídas conclusões a respeito da sua veracidade.

A cada um desses planos existem alternativas diferentes de pretensões de validade. No plano objetivo existem pretensões de validade correspondentes à verdade das afirmações feitas pelas partes do processo comunicativo. No plano social a pretensão de validade está ligada à correção e adequação das normas. No plano subjetivo, no âmbito da experiência e sentimento dos participantes do processo de comunicação, a pretensão de validade está ligada à sinceridade ao expressar os sentimentos, estando presa à veracidade.

E a linguagem ocupa papel de relevo. A argumentação em função de idéias aceitas e validadas pelo grupo é o que permite a legitimação dos valores contidos em toda a ação comunicativa e não uma racionalidade dos sujeitos que interagem.

Dentro de um modelo de ação comunicativa tida como ideal, HABERMAS propõe que as pessoas interajam, organizando-se socialmente através da linguagem, procurando o consenso.

HABERMAS²⁶ reconhece que o consenso deve estar ligado às intuições realistas presentes no mundo vivido. Um processo validado por um mundo que é comum e idêntico a todos, homologado por aquilo que resiste historicamente como de interesse da maioria.

Mas, a justificação aceita pode não representar a verdade do que efetivamente aconteceu – trazendo para o mundo dos fatos que interessam ao

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004, p. 76.

processo –, pois a aceitação do que se justificou como verdade representa apenas o consenso da maioria, ou de um, no caso o juiz, dependentes de sistemas particularizados.

HABERMAS²⁷ compreende que

os argumentos que nos convencem aqui e agora da verdade de “p” podem se revelar falsos em outra situação epistêmica.

O que significa que um conceito bem justificado, ainda que em condições ideais, pode se revelar falso. Trazendo para o processo penal, mesmo que o fato tenha sido demonstrado – e pelo princípio da comunhão das provas, não importa quem o produziu – não significa ser ele verdadeiro. Será buscado um consenso, do qual restará a certeza, a ser traduzida na sentença do Estado-juiz. E mesmo que não se consiga a certeza, ante os dilemas das justificações apresentadas, o Estado-juiz deverá decidir.

Destarte, justificação não é sinônima de verdade, pois essa requer a correspondência ao que já aconteceu, de forma idêntica, o que não é possível.

A justificação está ligada à aceitabilidade do discurso, que condiz com as necessidades do contexto.

Na lógica de HABERMAS, a argumentação justificada é a única maneira de legitimar a verdade, visto que não existe um campo da ação não mediado pela linguagem justificações definidas pragmaticamente pelas relações humanas existentes, nas estruturas estabelecidas, que não são absolutizadas, mas falíveis.

²⁷ *Idem*, p. 48.

O processo de comunicação que visa ao entendimento mútuo está na base de toda a interação, pois somente uma argumentação em forma de discurso permite o acordo de indivíduos quanto à validade das proposições ou à legitimidade das normas. Por outro lado, o discurso pressupõe a interação, isto é, a participação de atores que se comunicam livremente e em situação de simetria.

Essa participação dos agentes permite a construção do consenso, através do discurso.

Trata-se de um consenso que se coloca como a condição de possibilidade necessária às relações democráticas, legais e morais.

Esse diálogo entre as partes, em contraditório isonômico, possibilita a construção do consenso, dando a certeza.

Mas, como balizamento desse discurso se tem os direitos humanos – também dito fundamentais.

1.3 Direitos humanos como limite à busca da verdade

O processo, entendido como instrumento de produção de justiça e pacificação social, não pode necessariamente ser norteado pela busca da verdade real, o que efetivamente aconteceu. Ao revés, a justiça é que obtém a verdade.

FRANCISCO DAS NEVES BAPTISTA²⁸ explana que é justo o processo que não compadece com violação alguma de garantia fundamental do indivíduo, importando a verdade necessária à conclusão justa do processo ser

²⁸ BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.186.

aquela que se possa atingir sem arranhaduras na integridade humana do cidadão, não uma verdade real arrancada a qualquer preço.

Em definitivo, conforme WINFRIED HASSEMER²⁹, está superada essa dicotomia entre verdade real e verdade formal, devendo ser pensada a hipótese de obtenção formalizada da verdade, da verdade judicial, ou de outro modo, da certeza obtida através do processo e suas garantias.

E JÜRGEN BAUMAN³⁰ adverte que o direito não deve ser realizado a todo preço, solapando possibilidades suficientes de defesa e o tratamento humano. Ainda em BAUMAN³¹, é inegável a existência de uma relação conflituosa entre os interesses da comunidade jurídica na realização do direito material (persecução penal) e os interesses dos cidadãos afetados em seus direitos pelo procedimento penal. E conclui, que a determinação e realização da pretensão estatal não pode ser atingida de qualquer modo, mas sim com apoio do procedimento penal limpo.

Nesse ponto, indispensável o pensamento de LUIGI FERRAJOLI³², no sentido de que não se pode admitir a verdade a ser perseguida ultrapassando-se regras e controles, degenerando o juízo de valor, imbricando-se com uma concepção autoritária do processo penal.

E isso não é possível.

É inegável que o Processo Penal, em um Estado Democrático de Direito, é meio necessário de garantir os direitos do acusado, não podendo ser

²⁹ HASSEMER, Winfred. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. espanhol Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1980, p. 190.

³⁰ BAUMAN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 15.

³¹ *Idem*, ob. cit., p. 17.

³² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. 2 ed. Trad. Perfecto Andrés Ibañez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantero Bandrés. Madri: Trotta, 1997, p. 72.

afastado para imposição de pena. Frise-se que já não se trata de simples instrumento de aplicação de pena, mas instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, principalmente, garantia contra excessos praticados pelo Estado.

CALMON DE PASSOS³³ afirma que não se concebe que o processo é algo que opera como simples meio, instrumento, mas sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. Não há espaço para entender ser a relação meio/fim entre o chamado direito material e o processo. Não se trata de relação meramente instrumental e sim uma relação integrativa, orgânica, substancial.

Nesta mesma obra, CALMON DE PASSOS³⁴ lembra que o devido processo constitucional jurisdicional, não é sinônimo de formalismo, mas um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir.

Dessa maneira, impensável que a mítica verdade real, buscada pelo julgador, seja capaz de suplantar os direitos fundamentais do imputado, pois o próprio processo garante o respeito a esses direitos, como reflexo de um instrumento de democracia para apuração de condutas potencialmente ilícitas.

NORBERTO BOBBIO³⁵ afirmava que os direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico. Não há democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos do homem. E sem democracia, impossível a existência de condições mínimas para a solução pacífica

³³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

³⁴ Idem, p. 69.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 01.

dos conflitos. Nas precisas palavras do filósofo italiano, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.

De outro ângulo, os direitos do homem, ainda que fundamentais, são frutos da história humana, gerados em circunstâncias que se caracterizaram pela luta da liberdade contra velhos poderes. Assim, nasceram de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas, pontua NORBERTO BOBBIO³⁶.

Portanto, o limite da busca da verdade, inequivocamente, deve estar ancorado na proteção aos direitos fundamentais. Estes entendidos, na lúcida visão de LUIGI FERRAJOLI³⁷, como direitos subjetivos que correspondem a todos, de forma universal.

Impõe-se um breve estudo dos direitos humanos, para entender o dever de respeito que o processo para obtenção da verdade deve a eles.

1.4 Processo penal e direitos humanos

Importante, antes de ser desenvolvida a idéia dos sistemas processuais que fundamentam a busca da verdade do processo, que se possa conceituar o que são os direitos fundamentais e a forma como se chegou ao panorama atual, no direito pátrio, desses direitos.

Pode-se asseverar que os direitos fundamentais são aqueles que estão acima das vontades dos governantes, conforme leciona DIRCÊO TORRECILA

³⁶ Idem, p. 05.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley do más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 37.

RAMOS³⁸, mas que com o correr do tempo ganham volume e ampliam seus catálogos positivados nas Constituições, de acordo com o dado momento histórico vivido pelas sociedades.

GOFFREDO DA SILVA TELLES JR.³⁹ pontua que o fato social e um princípio fundamental do mundo ético mantém a humanidade em estado de ansiedade, cuja intensidade aumenta e diminui de acordo com as circunstâncias de cada época. Assim, após perdurar durante um período, maior ou menor, suas imperfeições são reveladas, produzindo no espírito humano, por imperativo de equidade, a busca de um sistema mais aperfeiçoado. Destarte, a perene insatisfação humana procura incessantemente mais equilíbrio, proporção e justiça.

A construção desses direitos, portanto, passa pela história do homem.

A conceituação não é fácil, visto que os direitos vão se avolumando com o tempo, ganhando feições diferenciadas, antes não vislumbradas, diante do momento vivido em dada epiderme social e considerado o envolver histórico dos componentes das sociedades, identificando a ideologia dominante naquele espaço-tempo.

Sob uma perspectiva histórica, os direitos do homem surgem como direitos naturais universais, vão sendo desenvolvidos como direitos positivos

³⁸ RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Direitos fundamentais nas crises*. In: ***As vertentes do direito constitucional contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho***. MARTINS, Ives Gandra. São Paulo: América Jurídica, 2005, p. 489.

³⁹ TELLES JR., Goffredo da Silva. ***Ética – Do mundo da ciência ao mundo da cultura***. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 237.

particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais, como se vê em NORBERTO BOBBIO⁴⁰.

Entretantes, em que pese ser difícil a conceituação dos direitos fundamentais, é certo que a pedra de toque destes deve ser encontrada na dignidade da pessoa humana.

Não se olvidam aqui as críticas abalizadas que são feitas à idéia da união entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, em razão de lançar ao limbo qualquer outra categoria de direito fundamental que não esteja ligada à concepção da dignidade da pessoa humana, como assinala JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO⁴¹.

Mas, com as ressalvas de peso sustentadas por parte da doutrina, filia-se à corrente de que os direitos fundamentais estão ligados à idéia de concretizar, mediante especificação e positivação no sistema jurídico-constitucional, garantias e direitos que permitam a convivência digna, considerados como vetores principais à igualdade e liberdade dos entes humanos⁴².

Assim, o ponto principal para dimensionar direitos fundamentais estaria umbilicalmente ligado à idéia de explicitar concretamente o princípio da dignidade da pessoa humana⁴³.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 373.

⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 177.

⁴³ ANDRADE, Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 85.

Qualquer idéia de direito fundamental, deve ter como norte a dignidade da pessoa humana, sendo este elemento comum, ao menos de forma geral, visando aqueles sua concretização⁴⁴.

Esse é o posicionamento atual e dominante da doutrina nacional⁴⁵.

Tornar-se claro, nesse ponto, que os direitos fundamentos serão apreciados sob a ótica da dignidade da pessoa humana, mormente por estabelecer a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada e adotada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, assinada pelo Brasil na mesma data, que a dignidade da pessoa humana é inerente a todo ser humano e é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial.

Demais disso, a própria Constituição Federal, no inciso III, do artigo 1º, dispõe que um dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro é a dignidade da pessoa humana.

A delimitação valorativa do que seja dignidade humana não é fácil de ser realizada, por conter um dado subjetivo de elevada carga axiológica. Pode-se afirmar, entretantes, que qualquer referência à dignidade da pessoa humana permite encorpar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico⁴⁶.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 110.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. "Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana", in: George Salomão Leite (org.). **Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 192.

⁴⁶ BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 425.

E no mesmo sentido, pode-se asseverar que a dignidade da pessoa humana possui força gravitacional que atrai a realização dos direitos fundamentais dos entes humanos, em todas as suas dimensões⁴⁷.

Considera-se, pois, a dignidade da pessoa humana, elevada a princípio constitucional insculpido na Constituição Federal, como sedimento do ordenamento jurídico pátrio, impondo-se como núcleo informador do ordenamento jurídico brasileiro. A dignidade humana e os direitos fundamentais são valores que constituem os princípios constitucionais, incorporando as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico dos Estados Democráticos, inclusive o brasileiro⁴⁸.

Nesse passo, pode-se afirmar definitivamente que direitos humanos fundamentais é o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ente humano, tendo por fim o integral respeito a sua dignidade, protegendo-o contra o arbítrio do Estado, estabelecendo-se seguras condições de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Elevando-se a dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da construção dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que estes estão umbilicalmente enlaçados com a idéia de conformação da atuação do Estado na esfera individual, protegendo-se o núcleo consistente na própria dignidade da pessoa humana.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 149.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 34.

Acontece que não basta a conceituação a respeito da dignidade da pessoa humana, considerado sob uma ótica de base fundamental dos direitos humanos fundamentais, ante a proeminência que se tem no sistema jurídico, em especial no sistema brasileiro, posto sua colocação, de forma explícita e implícita na Carta Constitucional.

O desafio a ser superado é a concretização dos direitos fundamentais. A Constituição Federal, de forma clara, trouxe ao sistema jurídico a certeza e segurança dos direitos fundamentais, mas não sua eficácia.

A eficácia destes direitos, passa, sem qualquer dúvida, pelo desafio da aplicação do direito, pela hermenêutica constitucional e hodierna postura que deve ser adotada pelos operadores do direito, em especial, pelos integrantes do Poder Judiciário.

E essa concretização-efetivação dos direitos fundamentais é a meta a ser buscada, na construção de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, principalmente ante a positivação dos direitos fundamentais na Constituição Federal.

Tendo como norte a aplicação dos direitos fundamentais e a vinculação do Poder Judiciário, o estudo é desenvolvido para atender a essa indispensável visão que teve ter o operador do direito, diante da natureza do Estado Brasileiro, o qual, e é a consciência que é almeja, pretende sejam concretizados na plenitude os direitos do ente humano, fundamentais para seu desenvolvimento em uma sociedade mais justa, fraterna e igual.

E especialmente em matéria da busca da verdade no processo penal, onde os caminhos para se encontrar esta verdade, ou mais corretamente esta

certeza, devem estar limitados pelo integral respeito à dignidade humana do acusado.

A verdade obtida, pois, é sempre formalizada, conforme HASSEMER⁴⁹:

El derecho procesal penal plantea al Juez una tarea que no puede realizar: averiguar la verdad, pero no a cualquier precio. El preciso son los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos "cuestan" la completa averiguación de la verdad. (...) Lo que el Juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la verdad forense, y es a ésta que se dirige la comprensión escénica em el proceso penal.

Desse modo, a certeza processual é obtida através das formalidades para sua obtenção, previstas na Constituição e nas leis processuais.

E o ponto inicial de respeito para a busca da verdade, ou da certeza do processo, é a submissão do processo aos direitos e garantias individuais do acusado, consubstanciado, em síntese, pelo respeito no processo aos direitos humanos.

O limite da certeza alcançada pelo processo significa existir barreiras que impedem a investigação dos fatos acontecidos. A busca pela verdade não pode invadir a órbita da imoralidade, transformando-se em objeto supremo do processo penal. Não se aceita, pois o objetivo primordial do processo é produzir justiça. Afirmado de outro modo, os atos que materializam o processo são direcionados à concretização da justiça. E na realização desta não se pode conceber

⁴⁹ HASSEMER, Winfred. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. espanhol Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 190.

a subversão de preceitos morais condizentes com os direitos e garantias individuais nomeados pela Constituição⁵⁰.

Em síntese é possível concluir o raciocínio exposto no sentido de que o processo penal é regrado por ordenamentos constitucionais e infraconstitucionais, os quais submetem o descobrimento da verdade a rigorosos princípios éticos.

Nesse sentido, JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO⁵¹ assegura que se deve ter em mente o conteúdo ético e axiológico do jogo a ser jogado.

A visão que se deve ter, nesse diapasão, é que a verdade alcançável pelo processo, é formalizada, com o respeito aos direitos fundamentais do acusado.

Torna-se imperioso indagar qual deve ser o papel dos operadores do direito na construção dessa verdade formalizada pelo processo, com a prevalência dos direitos da pessoa humana, reconhecidos como valor contemplado expressamente em nosso direito positivo⁵².

Como aponta ROBERT ALEXY⁵³, o momento atual de discussão a respeito dos direitos humanos implica na idéia de imbricação entre direitos

⁵⁰ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.

⁵² SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 202.

fundamentais, organização e procedimento, no que por ele é denominada de aspecto jurídico-processual da liberdade iusfundamental.

E o juiz, destinatário dos elementos de cognição que constroem a verdade no processo, deve preservar esses direitos humanos na investigação dos fatos.

No entanto, a busca da verdade processual é feita através da instrução processual, a qual sofreu profundas alterações na história da humanidade, indicando uma maior ou menor participação das partes e do juiz na investigação dos fatos⁵⁴.

Para ser entendida, pois, a essa transformação, revelando o sistema de processo penal adotado pela Constituição e sua influência na busca da verdade, é necessário um breve estudo dos sistemas processuais.

⁵⁴ SILVA, Daniele Souza de Andrade e. ***A atuação do juiz no processo penal acusatório***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 39.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS

Os grandes sistemas de aplicação da lei processual penal trazidos pela história devem ser analisados, visando trazer os pontos de identificação destes e apontar qual deles foi abraçado pela Constituição de 1988 para nortear a busca da verdade no processo penal.

O conceito de sistema deve ser entendido como categoria composta de normas e princípios fundamentais que lhe dão feição.

Mas, conforme lembra com senso crítico intenso JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO⁵⁵ existe dificuldade conceitual de sistema de processo penal, em razão da ausência de um princípio unificador, causando equívocos na identificação dos sistemas.

E ainda com NORBERTO BOBBIO⁵⁶ se tem que muitas vezes o uso do termo sistema se torna corrente, empregando-lhe múltiplos sentidos, admitindo-se seu emprego no lugar de ordenamento jurídico.

No entanto é de relevo entender as notas características dos sistemas.

Conforme JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETO⁵⁷, a história da civilização evoluiu a organização do procedimento repressivo, apontando os autores três sistemas típicos: acusatório, inquisitório e misto.

⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais*. In: **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Cláudio Tovo**. WUNDERLICH, Alexandre (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 140.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 8 ed. Brasília, DF: UNB, 1996, p. 75

ALFREDO VELEZ MARICONDE⁵⁸ analisa que os sistemas acusatório e inquisitório são diametralmente opostos, enquanto o misto seria uma reunião dos dois anteriores.

Sem embargo de entender que a conceituação de sistema misto é insuficiente, como será abordado adiante, é importante visitar os sistemas, suas estruturas, com a identificação do núcleo fundante de cada um deles, é tarefa imprescindível, pois somente aí será possível trazer o papel que o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 desempenha no atuar dos operadores do direito, especialmente no que se refere à iniciativa acusatório.

Na realidade, urge revelar qual o núcleo informador do sistema, para saber se este é inquisitório ou acusatório.

Além do que, o sistema de processo penal guarda correspondência com o momento histórico-político de sua gênese, sendo expressão vigorosa da atuação do poder estatal, pois, conforme Ernst Beling, citado por JULIO MAIER⁵⁹, o direito penal não toca diretamente o acusado, salvo pelo processo penal.

Apenas para esclarecer, atualmente a moderna doutrina admite a existência de direito penal fora do processo, havendo toda uma informação

⁵⁷ SOUZA NETTO, José Laurindo. *Processo penal – sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 19.

⁵⁸ MARICONDE, Alfredo Velez. *Derecho procesal penal*. 3 ed. Tomo I. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora, 1986, p. 19.

⁵⁹ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Vol. 1. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 442, comentando a respeito do processo penal assevera: “[...] si la expresión más vigorosa del poder del Estado es, precisamente, su poder penal, lá afirmación de Ernst BELING de que el Derecho penal (material) no le toco al delincuente un solo peno, sino que es Derecho procesal penal que se entiende de cerca con el hombre de carne e osso [...]”.

criminológica sobre direito penal paralelo - exercido por órgãos não penais - e direito penal subterrâneo, exercido pelo sistema penal, mas a margem da lei⁶⁰.

Mas, no presente estudo será analisado como se opera a veiculação do direito penal pelo processo, especialmente no que se refere à atividade probatória do juiz, que venha a traduzir acusação.

E continua JULIO MAIER⁶¹ explicando que todo direito é fruto da cultura humana e das idéias políticas acumuladas, aparecendo mais essas alterações de orientações no direito processual penal.

Necessário visitar, portanto, os sistemas de processo penal que existiram e existem, agrupando características comuns e o princípio sobre o qual o sistema é aglutinado.

Frise-se, por cautela, que a positivação do sistema – inquisitivo ou acusatório – quase nunca opera com a pureza dos princípios e características que trazemos na abordagem de cada um deles.

2.1 Sistema inquisitório

O sistema inquisitório tem origem na antiga Roma⁶², passando a dominar a Europa Continental, a partir do Concílio de Latrão, em 1215.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Direito Penal brasileiro. Teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 51. O autor conclui que na realidade quem decide sobre a criminalização é a polícia, através de seus filtros e formas de punição paralela: “[...] Isto demonstra ser a realidade do poder punitivo exatamente inversa à sustentada no discurso jurídico [...] Na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualizadamente exercida [...]”.

⁶¹ MAIER, Julio B. J., ob. cit., p. 443.

⁶² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Ob. Cit., p. 18. SOUZA NETTO, José Laurindo. Ob. Cit., p. 25.

FRANCO CORDERO⁶³ assinala que o Concílio de Latrão consagrou o sistema inquisitório, produzindo uma autêntica revolução, pois proibiu as ordálias ou juízos de Deus.

Antes, a prova de determinado fato era um apelo aos deuses, aos poderes sobrenaturais para lhes pedir que apontassem o culpado; consistente nas ordálias, nos juízos de Deus, onde as provas eram impostas aos suspeitos para se conhecer a verdade.

Nos julgamento de Deus aquele que triunfar nessas provas, é porque Deus assim o designou como quem diz a verdade ou defende uma causa justa.

Esse período foi marcado por mortes cruéis, pois os seus seguidores acreditavam que se Deus quisesse impedir a morte, assim agiria. Se não agiu, o imputado era culpado.

Com o Concílio de Latrão houve a satisfação da exigência comum aos dois mundos: o eclesiástico, atacado por heresias, e o civil, pois a expansão econômica dá origem a criminalidade.

Esse sistema de processo penal, que perdurou por vários séculos, teve importância relevante, pois com ele abandona-se gradativamente as investigações cruéis da verdade, com lastro na idéia de que o homem está em elo com o Divino, pois imagem e semelhança do Criador, não sendo Estado perfeito, mas somente o Criador, onisciente e onipresente, que necessariamente deveria intervir para salvar um inocente injustamente acusado.

⁶³ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Temis, 2000, p. 16.

Há aí uma admirável revolução inquisitória, convertendo-se o juiz, de expectador impassível, a protagonista do sistema. Trocam-se as técnicas, não há debate contraditório, tudo se leva a cabo secretamente, o investigado é objeto, pois culpado ou não sabe de algo e deve dizê-lo. A tortura estimula o investigado a falar o que entender ser a verdade, sendo que o inquisidor é soberano e elabora hipóteses dentro de um marco paranóico, as quais devem ser confirmadas pela confissão, ainda que obtida pela tortura⁶⁴.

Altera-se a postura do juiz, da neutralidade para órgão militante, pois, com o aval da Igreja, nasce uma mística. É tarefa do juiz descobrir e eliminar heresias ou delitos, combatendo potencial mal em sua cruzada diária, haja vista ser seu encargo, no dizer de FRANCO CORDERO⁶⁵, que o mundo não termine devorado pelo diabo, sendo que ser for neutro seria cúmplice do inferno e agindo com escrúpulos seria covarde.

JUAN MONTERO AROCA⁶⁶ critica a idéia de processo inquisitivo, pois não seria um verdadeiro processo. Se processo é identificado como *actum trium personarum*, em que ante um terceiro imparcial comparecem duas partes, em contraditório com paridade de armas, para que aquele componha o conflito de interesses de forma imparcial, nota-se que seria paradoxal a coexistência do termo processo para um sistema de cunho inquisitivo.

⁶⁴ CORDERO, Franco. Ob. Cit., p. 19.

⁶⁵ CORDERO, Franco. Ob. Cit. P. 21.

⁶⁶ AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, pp. 28-29.

Na precisa lição de HÉLIO TORNAGHI⁶⁷, o sistema inquisitório é apenas afirmação de um procedimento administrativo que o Estado se auto-defende, sendo tão-somente formalmente uma atividade jurisdicional.

Assim, o sistema inquisitório, originalmente, foi pensado como sistema que respondia a concepção absoluta do poder central, a idéia extrema sobre o valor da autoridade, centralizando-se o poder de maneira que todos os atributos advindos da soberania fossem concentrados em uma única mão⁶⁸.

O acusado é transformado em mero objeto da persecução penal, sem direito ou garantia de qualquer ordem, facultando-se a prova ser produzida de qualquer modo, inclusive pela tortura, pois a idéia é que a repressão deve ser intensa e a verdade pode ser buscada a qualquer preço. Do ponto de vista histórico-político, a afirmação da universalidade da Igreja Católica e a formação de estados nacionais de monarquia absolutistas, com lutas contra hereges e poder feudal, respectivamente, conduziram necessariamente a este tipo de procedimento⁶⁹.

A nota principal o sistema inquisitório é a concentração do poder na mão de uma única pessoa. CLAUS ROXIN⁷⁰ que o juiz intervém por si mesmo, cabendo a ele deter, interrogar, investigar e condenar. Não há aí acusado ou acusador, somente o juiz e o objeto de sua atividade.

⁶⁷ TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Vol. 2. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, p. 576.

⁶⁸ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Vol. 1. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 446.

⁶⁹ MAIER, Julio B. J., ob. cit., p. 447.

⁷⁰ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 86.

FREDERICO MARQUES⁷¹, ao abordar o sistema inquisitório, traça que sua característica primordial se consubstancia no fato do magistrado exercer, além da função de decidir, que lhe é própria, mais uma ou todas as demais restantes.

Como já assinalado, JULIO MAIER⁷² também afirma que a principal característica do sistema inquisitório é a concentração de poder na mão do inquisidor, traçando paralelo com o poder estatal absoluto, que administra, legisla e julga. Há aí uma confusão entre o poder de persecução penal com o de julgar, pois ambos entregues a uma mesma pessoa: o inquisidor.

E deve ser alertado, conforme MARCO ANTONIO DE BARROS⁷³ lembra, que a partir da segunda metade do século XIII, transforma-se o sistema inquisitório em poderoso instrumento judicial, secreto e sumário, surgindo aí a admissão da Tortura com a *Lex Ad Extirpanda* (1252) e a pena de excomunhão, com o Papa Bonifácio VIII (1298).

VELEZ MARICONDE⁷⁴ constata que nesse sistema o Estado se agiganta, prescindindo absolutamente do interesse da vítima, surgindo a figura do inquisidor, atuando de ofício para castigar o pecador ou delinqüente, passando a ser o acusado objeto de severa persecução, justificando-se a tortura plenamente como meio de arrancar a confissão do inquirido.

⁷¹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 81.

⁷² MAIER, Julio B. J., ob. cit., p. 447.

⁷³ BARROS, Marco Antonio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64-65.

⁷⁴ MARICONDE, Alfredo Vélez, ob. cit., p. 20.

O processo penal torna-se um instrumento de castigo, causando severo dano à idéia de justiça, em razão de uma concepção despótica e autoritária de estado de polícia, sendo legítimo todo o meio para defesa da sociedade.

É possível, destarte, construir algumas características do modelo inquisitório, conforme trazido por JULIO MAIER⁷⁵: a) jurisdição penal concentrada na mão do soberano, sendo este poder delegado aos subordinados do monarca ou príncipe, que são os juízes; b) persecução penal se confunde com a atividade de julgar, pois quem investiga, acusa e julga é o inquisidor; c) o imputado é objeto da investigação, inexistindo contraditório; d) o imputado pode ser torturado para confessar; e) processo é secreto, não havendo continuidade na instrução, pois a cada nova prova é reduzida em ata e anexado ao processo; e) o sistema de prova legal domina a valoração probatória, estipulando a lei diversas condições – positivas ou negativas – para ter por verdadeiro um fato; f) aparece a apelação, intimamente ligada com a idéia de delegação do poder jurisdicional. Com efeito, o poder era delegado a funcionários inferiores e devia ser devolvido em sentido inverso, permitindo o controle da correta utilização do poder delegado, nascendo nesse passo o efeito devolutivo dos recursos.

VICENZO MANZINI⁷⁶ também traz como forma do procedimento inquisitório modelo semelhante ao proposto por Julio Maier, aduzindo que o procedimento é secreto, permitindo a denúncia apócrifa e o uso da tortura para obtenção da confissão. A tortura é regulamentada, inclusive para uso em testemunha que oculta a verdade. A admissão da prova não permite seja ela contestada. A

⁷⁵ MAIER, Julio B. J., ob. cit., p. 448-449.

⁷⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo I. Trad.: S. Sentis Melendo e M. Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951, p. 54.

sentença não produzia coisa julgada e o estado de prisão do acusado no transcurso do processo era uma regra geral.

Como assinala GILBERTO THUMS⁷⁷, não é difícil imaginar que esse sistema era um poderoso instrumento de iniquidades, caracterizado pela violência e arbitrariedade, por não haver consideração com dignidade da pessoa humana.

CLAUS ROXIN⁷⁸ constata que a configuração inquisitória causa sérios inconvenientes, pois, de um lado, o juiz não é imparcial, mas preponderantemente um órgão de acusação penal e, por outro, o imputado está praticamente indefeso.

E essa concentração extrema de poder na figura do julgador, que detém a gestão da prova, é principal característica⁷⁹.

Na dogmática do sistema em estudo, a iniciativa é do órgão julgador, ganhando relevo nessa postura metodológica o papel do juiz na colheita do material probatório, com fundamento em um tratamento técnico da questão criminal e do interesse da sociedade⁸⁰.

O juiz atua como parte, investigando, dirigindo, acusando e julgando, desenvolvendo papel preponderante, ante a concentração de funções na sua pessoa.

⁷⁷ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais – tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 202.

⁷⁸ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 86.

⁷⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo, ob. cit., p. 27.

⁸⁰ SILVA, Daniele Souza de Andrade e, ob. cit., p. 46: “[...] o Estado, com a função da defesa da sociedade contra os delinqüentes, 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 da ausência de limites com relação ao objeto da investigação e aos meios utilizáveis”.

Destarte, o próprio órgão que investiga é o mesmo que pune. Conforme EUGÊNIO FLÓRIAN⁸¹, se as três funções se concentram em poder de um só agente e se atribuem a um mesmo órgão, que as acumula em suas mãos na totalidade, o processo é inquisitivo.

Na sua forma pura, o sistema inquisitorial marca o processo penal com a concentração das funções, transformando o órgão julgador em um juiz-inquisidor, que dá ensejo ao processo, de ofício, colhendo os elementos de convencimento ao seu talante, higienizando sua atividade daquelas desenvolvidas por proposta da acusação ou defesa.

E alcança o ápice, durante o século XIII, com a criação do Tribunal do Santo Ofício, ou Tribunal da Inquisição, visando reprimir a heresia e os hereges, visando a manutenção dos dogmas da Igreja Católica.

Conforme JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO⁸², trata-se do maior engenho jurídico conhecido pelo homem, perdurando por mais de setecentos anos.

A metodologia inquisitória, calcada no *Manual dos Inquisidores*, de Nicolau Eynerich, em 1376, e revista e ampliada por Francisco de la Peña em 1578, é tenebrosa para o acusado, causando repulsa pela forma como era infligido sofrimento ao imputado.

E irradiou-se por toda a Europa continental, suplantando o direito germânico, desde o século XIII até o século XVIII.

⁸¹ FLÓRIAN, Eugênio. *De las pruebas penales*. Tomo I. Bogotá, Colômbia: Editora Temis, 1990, p. 6.

⁸² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, ob. cit., p. 18

Esse tipo de procedimento inquisitivo morre, na dicção de VELEZ MARICONDE⁸³, naturalmente, quando triunfam as idéias individualistas que se consolidaram no século XVIII, consagradas pela Revolução Francesa.

O Código Francês de 1808 teria estabelecido um sistema misto, buscando um equilíbrio entre a necessidade da administração estatal da justiça penal com o menor sacrifício da liberdade individual. Protege-se o direito do acusado, instituindo-se duas etapas distintas do processo (uma preparatória, realizada por escrito, e outra definitiva, prevalecendo a forma oral), afirmando a defesa como elemento essencial do processo⁸⁴.

Mas, com GILBERTO THUMS⁸⁵, o sistema inquisitório nunca foi abolido, pois continua encastelado nas legislações mundiais, com alterações de detalhes.

Isso será visto adiante, quando será analisada a insuficiência da adoção de um sistema misto.

Mas, antes é necessário explicar o sistema acusatório.

2.2 Sistema acusatório

O mundo antigo foi dominado pelo sistema acusatório, o qual historicamente precedeu o sistema inquisitório.

⁸³ MARICONDE, Alfredo Vélez, ob. cit., p. 20.

⁸⁴ *Idem*, p. 21.

⁸⁵ THUMS, Gilberto, ob. cit., p. 204.

Com algumas características marcantes, vigorou em quase toda a Antigüidade grega e romana, assim também na Idade Média, sob o domínio do direito germano⁸⁶.

No estágio primitivo, especialmente na Grécia Antiga, marcado por um processo penal democrático, tinha relevo a Assembléia do Povo ou o Senado, composto de dezenas de juízes. O juramento sacramental ou mediante invocação do ente divino tinha valor decisivo, ante a certeza da verdade ser atingida de forma empírica, por impressões pessoais, especialmente pela configuração do flagrante delito⁸⁷.

Em Roma, no período Republicano, houve a incorporação de traços acusatórios ao procedimento penal, pois antes o processo penal era dominado pela *cognitio* (cognição espontânea), não existindo limites para os poderes do magistrado na condução do processo.

Nesse período Republicano aparece a iniciativa da acusação pelo cidadão romano, a quem incumbiria, depois de aceita a postulação, a produção das provas referentes ao crime, sendo neutro o papel do magistrado⁸⁸.

Posteriormente, no Alto Império, há centralização do poder nas mãos do imperador, desenvolvendo-se as primeiras formas de procedimento inquisitivo, com as causas de ofício nos crimes de lesa-majestade e subversão, que

⁸⁶ SILVA, Danielle Souza de Andrade, ob. cit., p. 41.

⁸⁷ ALMEIDA JR., João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 24.

⁸⁸ SILVA, Danielle Souza de Andrade, ob. cit., p. 42.

traziam lesão aos interesses do príncipe, havendo identidade entre a parte prejudicada e o Estado⁸⁹.

No Baixo Império houve o império da *cognitio extra ordinem* como traço marcante do processo, instituindo-se um sistema inquisitório, com a utilização da tortura, como instrumento para obtenção da confissão do imputado e da verdade das testemunhas que não diziam o que seria a verdade na visão de quem as ouvia.

Com a queda do Império Romano, e conseqüente invasão germânica, passa-se à utilização do Código Visigótico, formado por partes inquisitória e acusatória, com complexo regime de distribuição de competência. Mas, a marca principal dessa época era a proteção à divindade⁹⁰

O sistema acusatório aperfeiçoa-se através da chamada *form of action*, onde somente o júri vai aparecer em 1166, em Clarendon⁹¹.

Continua JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO⁹² trazendo que as Constituições da Clarendon, dizia que quem julgava era o povo, reunido em Assembléia. Existiam debates orais entre as partes acusadora e defensora, a quem incumbia de demonstrar a veracidade das suas assertivas.

Esse sistema nascido na Inglaterra, na porção de terra ocupada pelos normandos, denomina-se *Common Law*. Ao representante do rei não interessava o resultado, pois o que fosse decidido seria a vontade do rei e, desse modo, ela sempre seria observada nos julgamentos.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2 ed. Trad. Perfecto Andrés Ibañez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantero Bandrés. Madri: Trotta, 1997, p. 565.

⁹⁰ SILVA, Danielle Souza de Andrade e, ob. cit., p. 44.

⁹¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de, ob. cit., p. 22.

⁹² *Idem*, p. 22.

O sistema dito acusatório, desse modo, revela-se, já na origem, um processo de partes, caracterizando-se pela atuação de acusação e defesa em contraditório, com paridade de armas e um magistrado sobreposto a elas.

GIOVANNI LEONE⁹³ destaca como característica do sistema acusatório, o poder de decisão entregue a um ente estatal distinto daquele que detém o poder exclusivo de iniciativa do processo.

JULIO MAIER⁹⁴ pontua que a característica fundamental do procedimento acusatório reside na divisão dos poderes exercidos no processo, por um lado, o acusador, que detém a persecução penal e exerce o poder de requerer a condenação, de outro, o imputado, que pode resistir à imputação, exercendo o direito de defesa, e finalmente, o tribunal, que tem em suas mãos o poder de decidir.

Percebe-se uma evidente separação das funções, com órgãos distintos exercendo as variadas posições processuais, transformando o processo em autêntico *actum trium personarum*.

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO⁹⁵ aponta:

O mais importante, contudo, ao sistema acusatório – é bom que se diga desde logo –, é que da maneira como foi estruturado não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo que **Cordero**, com razão, chamou de “*quadro mental paranóico*”, em face de não ser, por excelência, o *gestor da prova* pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório para confirmar a “sua” versão, isto é, o sistema legitima a *possibilidade na crença do imaginário*, ao qual toma como verdadeiro.

⁹³ LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1983, p. 8.

⁹⁴ JULIO MAIER, ob. cit., p. 444.

⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In: *Crítica à teoria geral do direito processo penal*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 32.

Entretanto, também importa destacar que o sistema acusatório possui imbricação com a questão da cidadania.

ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA⁹⁶ sustenta que em razão dos modelos processuais penais amoldaram-se à opção política do Estado, os sistemas inquisitórios são ligados aos regimes autoritários, enquanto os sistemas acusatórios revelam modelos de regimes democráticos, pois construídos a partir de um sistema de garantias ao acusado.

JORGE FIGUEIREDO DIAS⁹⁷ também entende que o sistema inquisitório é típico de Estados Absolutistas e o sistema acusatório daqueles democráticos.

PONTES DE MIRANDA⁹⁸ traz sua visão a respeito dos sistemas processuais penais, entendendo que o processo criminal reflete, mais do que qualquer outra parte do direito, a civilização de um povo. Entende que onde o processo é inquisitorial, a civilização está estagnada ou rola a decadência. Onde o processo é acusatório, com defesa fácil, a civilização está a crescer ou a aperfeiçoar-se. Se o Estado faz o processo e ele mesmo julga, sem que haja o direito de defesa, de igualdade perante a lei e de igualdade de foro, aí o indivíduo vale muito pouco, ou não vale nada. Se não valem os indivíduos, não vale o povo, pois é a soma dos indivíduos.

⁹⁶ ARRIETA, Andrés Martínez. *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*. Granada: Editorial Comares, 1994, p. 23.

⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, p. 58 a 69.

⁹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. São Paulo: Bookseller, 2002, p. 396.

MITTERMAIER⁹⁹ também orienta seu entendimento no mesmo sentido.

Portanto, as posições doutrinárias trazidas apontam para o rumo de ser o processo regido pelo sistema acusatório garantidor dos direitos do homem, revelando uma sociedade mais evoluída e democrática.

Na dicção de MARCO ANTONIO LIMA BERBERI¹⁰⁰, no sistema acusatório puro o acusado é parte processual em igualdade de posição com a parte que detém a acusação, sua adversária, a qual é desvinculada do órgão julgador.

A característica do processo é sua publicidade, oralidade, contraditório e paridade de armas¹⁰¹.

Como observa JULIO MAIER¹⁰², existe paralelo entre o sistema republicano de exercício do poder político com o sistema acusatório, daí que não foi por acaso a aplicação desse sistema na época do apogeu da repúblicas, tanto antigas (Grécia, Roma) como modernas (França e o movimento reformador operado no fim do século XVIII e nos primeiros anos do século XIX).

E as características desse sistema, segundo JULIO MAIER¹⁰³, são:

a) ser a jurisdição penal exercida por um órgão do Estado – juiz ou tribunais populares – e que atua como árbitro entre acusador e acusado, que se enfrentam visando o triunfo do seu interesse; b) a persecução penal é entregue a um acusador,

⁹⁹ MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. *Tratado de la prueba em materia criminal*. Trad.: Gonzáles del Alba. Buenos Aires: Hammurabi, 1933, p. 54: “[...] dondequiera que reina la democracia domina el procedimiento de acusación [...]”.

¹⁰⁰ BERBERI, Marco Antonio Lima. *Reflexos da pós-modernidade no Sistema Processual Brasileiro*. In: *Crítica à teoria geral do direito processo penal*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 60.

¹⁰¹ LEONE, Giovanni, ob. cit., p. 8.

¹⁰² MAIER, Julio, ob. cit., p. 444.

¹⁰³ *Idem*, p. 444-446.

que dirige a imputação a outra pessoa no processo, limitando-se a atuação do julgador ao que foi trazido pelo acusador; c) acusado como sujeito de direitos colocado em posição de igualdade com o acusador; d) o rito processual consiste em um debate público, oral, contínuo e contraditório; e) na valoração da prova impera o sistema de íntima convicção, segundo a qual os juízes decidem votando, sem sujeição a regra alguma que estabeleça o valor probatório dos meios de prova e sem exteriorizar os fundamentos do voto; f) a sentença é resultado dos votos da maioria ou da unanimidade dos jurados.

JOSE ANTÓNIO BARREIROS¹⁰⁴ também aponta características semelhantes, lembrando que o sistema acusatório aponta para: a) existência de um órgão julgador por uma Assembléia ou jurados populares; b) igualdade entre partes e juiz (órgão do Estado) e árbitro, sem poder de iniciar a investigação; c) nos delitos públicos a acusação é realizada por ação popular, enquanto nos delitos privados é desencadeada pelo ofendido; d) o processo é oral, público e contraditório; e) ser a prova avaliada dentro da livre convicção; f) há sentença transitada em julgado; g) é regra a liberdade do acusado até a condenação, pois é seu encargo produzir a prova da sua alegação.

Atualmente a Inglaterra ainda conserva um procedimento penal de tipo acusatório nos moldes antigo, conforme delineado aqui.

O sistema acusatório vigorou, praticamente, por toda a Antigüidade e na Idade Média até o século XIII, oportunidade em que foi substituído pelo sistema inquisitório, conforme visto anteriormente.

¹⁰⁴ BARREIROS, Jose António. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 66.

Como também já assinalado, o sistema inquisitório vigorou do século XIII até o século XVIII, quando nasceu o sistema misto, fruto da Revolução Francesa e da vitória política do Iluminismo, debaixo do qual, e por influência da dominação napoleônica posterior, espalha-se por toda a organização política da Europa Continental.

Entretanto, não se pode conceber um sistema misto como autônomo, pois ele deverá ter sempre um núcleo fundante, um princípio informador que revele sua índole inquisitória ou acusatória, conforme é visto a seguir.

2.3 Sistema misto: insuficiência conceitual

O sistema inquisitorial vem a sofrer sensível alteração com a codificação napoleônica, instituidora do que se denominou sistema misto, conhecido também como sistema francês.

O Iluminismo, com suas idéias filosóficas marcantes, ganharam espaço e deram origem, em conjugação com outros fatores, à Revolução Francesa, exercendo profunda influência no sistema de processo penal, alterando-se de forma profunda seus fundamentos.

Em CORDERO¹⁰⁵ aparece que em 1789 são aprovadas diversas leis na França, geradas em razão da vitoriosa revolução, havendo transformação do processo penal, ainda que conservada formalmente a antiga estrutura. Mantém-se secreta a apuração inicial, mas com a intervenção dos cidadãos; a acusação é formulada, desaparecendo os anexos secretos e sendo pública; o acusado tem o

¹⁰⁵ CORDERO, Franco, ob. cit., p. 34.

direito a defensor por si nomeado; são eliminados os fatos justificados e recusa aos testemunhos; as provas são produzidas em debate contraditório, sendo o ato final uma audiência embrionariamente denominada como debate; o relator passa as informações aos demais membros do tribunal; e após a conclusão do ministério público acontece o último interrogatório do acusado, falando após o defensor.

ALFREDO VELEZ MARICONDE¹⁰⁶ explica que após um período de reação, o código francês de 1808 estabelece um sistema misto, donde há uma justaposição das concepções extremas que triunfaram.

Como explica JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO¹⁰⁷, a partir da entrada do Código de Instrução Criminal, de 17 de novembro de 1808, mas que vigorou a partir de 1º de janeiro de 1811, o sistema conhecido como misto, napoleônico, reformando ou francês, sedimentou-se historicamente. Estruturou-se o sistema inquisitório anterior, mantendo-se a filosofia inquisitória para a instrução preparatória, confiado a um juiz de instrução, e no sistema acusatório, com audiência de julgamento pública, oral e contraditória, na qual a matéria de fato era decidida por um júri.

O sistema, pois, era dividido em fases, sendo que na primeira fase a situação do acusado era bem diferente da sua situação na segunda fase. Na primeira fase não se defendia, o que somente poderia fazer naquela subsequente.

Suas principais características, identificadas por ALCALÁ-ZAMORA e RICARDO LEVENE¹⁰⁸, são: a) divisão do processo penal em duas grandes fases,

¹⁰⁶ MARICONDE, Alfredo Velez, ob. cit., p. 20-21.

¹⁰⁷ SOUZA NETTO, José Laurindo, ob. cit., p. 31-32.

¹⁰⁸ CASTILLO, Niceto Alcala-Zamora; LEVENE HIJO, Ricardo. *Derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, p. 221-222.

com a primeira com elementos do procedimento inquisitivo, destinada à instrução ou sumário, e a segunda destinada à fase de julgamento, com forma do sistema acusatório; b) num primeiro momento predomina o procedimento secreto, escrito e de iniciativa judicial, segundo que após, em um segundo momento, estão presentes a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração e a intervenção de juízes do povo, os quais apreciam livremente o material probatório.

Também HERNANDO DEVIS ECHANDIA¹⁰⁹ encontra idênticos elementos de definição do denominado sistema misto.

MAIER¹¹⁰ assevera que nasce como fruto da Revolução Francesa uma nova era para o processo penal, cujo tipo de procedimento havia sido denominado por alguns como misto, ainda que, na realidade, somente se trata de uma reforma do sistema inquisitório, sendo errônea a afirmação que indica a morte de toda o sistema que o precedeu.

Em que pese essa posição importante de parte da doutrina, não se pode concordar com a existência de um sistema processual misto, posto que atualmente não mais subsistam sistemas puros. Desse modo, todos os sistemas deveriam ser puros, sendo que aqueles que não o fossem – acusatório e inquisitório – seriam mistos, o que é insuficiente.

Como é curial, com a evolução da humanidade os sistemas puros, conforme originalmente estruturados, foram superados.

¹⁰⁹ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 2 ed. Buenos Aires, Victor P. de Zavalia, 1972, p. 74-75.

¹¹⁰ MAIER, Julio B. J., ob. cit., p. 449.

AURY LOPES JR.¹¹¹ sustenta que alguns autores admitem a existência de um sistema misto, em razão da inexistência dos modelos puros, havendo atualmente divisão do processo penal em duas fases, pré-processual e processual, o que traz uma fase inquisitória e outra acusatória, respectivamente, construindo assim um desenho misto.

E JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO¹¹² afirma que se assim o é, sempre vigorarão sistemas mistos. Mas, com segurança sustenta que o dito sistema misto, como conjugação dos sistemas inquisitório e acusatório, não tem princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório, com nuances de acusatório, ou é essencialmente acusatório, com traços secundários do sistema inquisitório.

Aponta indispensável, desse modo, a identificação do núcleo fundante dos sistemas acusatório e inquisitório, para que se possa identificar qual o correspondente adotado pela Constituição Federal de 1988.

Conforme CLAUS ROXIN¹¹³, quando a persecução penal é deixada a cargo de terceiros, o processo penal é um processo de partes, começando necessariamente com o exercício da ação de um ator contra um demandado. Do contrário, quando o próprio Estado que irá julgar, também tem o encargo da persecução criminal, surge uma dupla possibilidade de configurar o procedimento penal: inquisitivo ou acusatório.

¹¹¹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 169.

¹¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 17.

¹¹³ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000, p. 86.

Conforme JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO¹¹⁴, não é possível afirmar um sistema misto, pois importa analisar qual o princípio que predomina, consoante já lembrado anteriormente.

Ainda JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO¹¹⁵, ao criticar o sistema misto, conclui não haver um sistema processual novo, pois não se pode, da maneira como se pretende, admitir a convivência dos sistemas inquisitório e acusatório, não apenas porque a contaminação é irracional no plano lógico, como também a prática desaconselha tal agir.

FERRAJOLI¹¹⁶ já identificava essa contradição, afirmando que o Código Napoleônico de 1808 fez nascer um monstro, gerado da união do processo acusatório com o inquisitivo, que se denominou de processo misto.

Na verdade, trata-se da continuidade de um sistema inquisitório que recebeu uma roupagem do sistema acusatório.

E isso acontece em razão de ser a prova colhida em uma fase inquisitorial, a qual é trazida para o processo, oportunidade em que ela será debatida pelas partes e acrescida de outras, agora sim sob o crivo do contraditório, da defesa, de forma oral e pública.

Desse modo, com GILBERTO THUMS¹¹⁷ pode ser concluído que há confusão entre a caracterização dos sistemas processuais, pois nem o acusatório

¹¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. In: Separata do ITEC, nº , jan.-fev.-mar./2000, p. 3: “[...] não é preciso grande esforço para entender que não há – nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito sistema [...]”.

¹¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: *Crítica à teoria geral do direito processo penal*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 566.

¹¹⁷ THUMS, Gilberto, ob. cit., p. 231.

nem o inquisitório continuam com suas origens inaugurais, pelo que não se pode definir um sistema levando em consideração seus traços ontológicos. E conclui que na realidade o sistema misto é um amontoado de regras e não um verdadeiro sistema.

Assim, importa descobrir o núcleo do sistema, o princípio informador deste, no intuito de saber se concretamente o sistema é acusatório ou inquisitório.

Na lição de AURY LOPES JR.¹¹⁸, ainda que todos os sistemas sejam mistos, o ponto nevrálgico é a identificação do núcleo fundante, pois não existe um princípio fundante misto. Assim, revelar o princípio informador é definir se o sistema é acusatório ou inquisitório e não os elementos acessórios.

Dessa forma, será analisado o princípio informador dos sistemas no próximo tópico.

2.4 Identificação do princípio informador dos sistemas processuais

Parte da doutrina considera o traço diferencial entre os sistemas acusatório e inquisitorial a separação clara entre as funções de acusar, defender e julgar ¹¹⁹. Inquisitorial seria o sistema que permitisse que o juiz interviesse por si mesmo. Assim, investigaria, acusaria e julgaria. Por outro lado, o sistema acusatório seria, precisamente, aquele em que o juiz e o acusador não são a mesma pessoa.

¹¹⁸ LOPES JR., Aury, ob. cit., p. 173.

¹¹⁹ Nesse sentido, na doutrina nacional: Ada Pellegrini Grinover, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fauzi Hassan Choukr, Antonio Scarance Fernandes, entre outros. Na doutrina estrangeira: Franco Cordero, Claus Roxin, entre outros.

Destarte, no sistema inquisitorial, além da junção das funções de acusar e julgar em uma só pessoa, é permitida a iniciativa da persecução criminal independentemente de qualquer provocação.

Diversa é a situação no sistema acusatório, onde os atores processuais são distintos, cabendo a cada um deles atividade diversa da do outro.

Importante, nesse viés de sistema acusatório, a existência de uma autoridade para julgar, oriunda do Estado, distinta da autoridade para acusar, que deve também ser entregue a um ente do Estado¹²⁰.

Acresça-se, também, que além dessa marcante característica de separação das atividades de acusar e julgar, o sistema acusatório garante ao acusado uma situação diferenciada, pois não é mero objeto de uma investigação, mas sujeito de uma relação a ser desenvolvida com garantias e direitos inerentes ao próprio investigado.

No entanto, este divisor de águas entre os sistemas acusatório e inquisitório não é unívoco, pois parte importante da doutrina, ainda que minoritária, centra a divisão entre os sistemas pela gestão/iniciativa da prova. Sustentam os adeptos desta corrente de pensamento que a distinção entre ambos sistemas reside na inatividade do juiz na produção da prova, posto que em razão de sua imparcialidade, deve aguardar inerte a atividade das partes, pois sobre elas recai o ônus de pesquisar os fatos e produzir material probatório que alicerce sua argumentação e demonstre os fatos elencados¹²¹.

¹²⁰ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 86.

¹²¹ Nesse sentido: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Aury Lopes Júnior, entre outros.

Apesar da dissidência doutrinária, que tem argumentos sedutores, parece ser acertada a realização da distinção entre os sistemas processuais em comento pela entrega das atividades de acusar e julgar a órgãos distintos, sendo essa divisão, ou sua união, em pessoas distintas, o que vem a caracterizar ser um sistema acusatório ou inquisitório, acrescido das garantias oferecidas ao acusado, que passa a discutir a acusação em efetivo contraditório e em situação de paridade de armas.

E assim o é por ser o sistema acusatório iniciado por uma das partes, não podendo ser iniciado por quem vai julgar. Mais ainda, é desse sistema que as provas produzidas sem a realização do contraditório devem ser descartadas, sendo que aquelas realizadas na fase pré-processual não podem ser consideradas como elemento de valor para um édito de condenação. Finalmente, o processo implica em necessário desenvolvimento sob o manto do contraditório e da ampla defesa, em paridade de armas.

Para além da mera presença de partes compondo o *actum trium personarum*, o principal critério diferenciador dos sistemas processuais é o da gestão da prova.

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO¹²² explica:

se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador.

O autor remete-se as *Orddonnance Criminelle* – expressiva estrutura inquisitória que se caracterizava pela presença das partes – de Luis XIV,

¹²² COUTINHO, Jacinto. Nelson de Miranda. “Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro”. **Separata**, Curitiba, n. 04, v. 01, pp. 01-37, jan./mar. 2000. p. 02

para exemplificar a insuficiência do processo de partes na definição do modelo acusatório.

Ao legitimar a oficiosidade desmedida do magistrado na produção da prova, o sistema inquisitório permite ao julgador fazer as vezes de defensor e acusador em processo que ele decidirá ao final. Em outras palavras, propicia ao juiz a prévia eleição de uma tese – como única e absoluta verdade – e a busca desmesurada de meios aptos a comprová-la.

Neste rumo, a lógica inquisitorial estabelecida como caminho à solução do caso em debate, me faz presenciar – irresignado, mas não surpreso –, em pleno Estado Democrático de Direito, a busca do malfadado mito da “verdade real”, conforme visto anteriormente.

Na estreita de tal posicionamento, novamente exponho preciosa lição de Jacinto Coutinho¹²³:

Neste ponto, o processo penal acerta as contas com o obscuro: a escolha inquisitorial é determinada pela imagem – quiçá a primeira –, tomada como possível, como real, como verdade: eis o quadro mental paranóico. Decide-se antes (o que é normal no humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha.

É salutar que se reconheça o processo como estrutura artificial – criada pelo homem e sujeito à sua falibilidade – que objetiva, da forma mais justa possível, compor um jogo de interesses em questão, no qual a eleição de um posicionamento jamais pode significar a descoberta da única e incontroversa

¹²³ COUTINHO, Jacinto. Nelson de Miranda. “Glossas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’”, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. In: **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)**, p. 186.

verdade real, mas sim, a valoração das demais versões como não-verdades, o que não as extingue.

Nesta linha, é interessante concluir parcialmente que Juiz não busca prova de ofício, Juiz não sai correndo atrás de prova. O princípio da verdade vigente no Processo Penal não é o real. É ele uma ficção. A verdade exsurge da intersubjetividade e não de um processo metafísico cognocente praticado pelo intérprete (no caso o juiz).

Em sentido contrário, GRINOVER¹²⁴ sustenta que a mencionada dissidência doutrinária a respeito do que diferencia os sistemas está assentado na confusão entre o sistema acusatório moderno com o *adversarial system* dos países anglo-saxônicos, o que influi acerca do papel do juiz no processo penal. Adverte a professora da USP que a gestão da prova a cargo do juiz não está ligada ao sistema, mas sim ao modo de condução do processo, posto que no *adversarial system* o impulso processual está a cargo das partes, enquanto no modelo *inquisitorial system*, próprio da Europa continental e dos países atingidos por sua influência, as atividades que impulsionam a marcha do processo recaem sobre o juiz.

Apesar do peso da abalizada posição trazida por GRINOVER e outros¹²⁵ que acompanham a tese da diferenciação pela mera entrega a entes

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. In: Revista Forense, volume 347, 1999

¹²⁵ DEU, Teresa Armenta. *Princípio acusatório e derecho penal*. Zaragoza: Bosch, 1995, pp. 27-28. Admite a autora a introdução de prova pelo juiz, concluindo que haverá controle pelo contraditório sucessivo. Pensamos diferente, pois ainda que exista contraditório, este é realizado entre as partes e não entre qualquer das partes e o juiz. Ora, já tendo fixado o entendimento da necessidade da prova, inviável é o debate em paridade de armas entre o juiz, destinatário da prova e quem a avaliará, e qualquer das provas. Portanto, essa argumentação em favor do critério de separação das funções com diferenciador dos sistemas não parece ser suficiente.

distintos das atividades de acusar, defender e julgar, não parece ser suficiente essa diferenciação para garantir um efetivo sistema acusatório.

Entretantes, o Supremo Tribunal Federal, na esteira da lição de Teresa Armenta Deu, entendeu que os poderes inquisitivos do juiz encontram limite no princípio do contraditório, que impõe à autoridade judiciária – qualquer que seja o grau de jurisdição que atue – o dever jurídico-processual de assegurar às partes o exercício das prerrogativas inerente à bilateralidade do juízo¹²⁶.

Não se olvida que a separação das funções, sendo estas entregues a entes distintos na apuração da verdade, dentro da dialética processual, é de extremo relevo para conceber um sistema como acusatório, mas não pode ser critério determinante para diferenciação do sistema.

Ora, não basta a separação formal das funções dos atores processuais, simplesmente entregando-se ao Ministério Público a iniciativa acusatória e depois sendo autorizado o magistrado a gerir a prova, assumindo um papel intenso e ativo na busca de elementos que formem sua convicção.

JUAN VERGER GRAU¹²⁷ também conclui que o importante é não encomendar as tarefas de acusar e julgar a uma mesma pessoa: o juiz. Mas, a separação inicial das funções é pressuposto necessário, mas não é suficiente para configurar o caráter acusatório do processo. No fundo, a última razão do processo acusatório é preservar a imparcialidade do juiz, para que seja um autêntico julgador *supra partes*.

¹²⁶ Cf. STF – HC 69.001, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18-2-1992, DJ de 26-6-1992.

¹²⁷ GRAU, Juan Verger. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 23.

Uma atuação positiva do julgador conduziria ao estabelecimento, ainda que inconsciente e não desejado, de valorações e diagnósticos preliminares sobre uma dada prova e, por conseqüência, na fixação de conclusões que assumiriam contornos de definitividade, impedindo assim, o conhecimento e assimilação de outras provas.

Ensina CORDERO¹²⁸ que a atribuição de poderes instrutórios conduz ao primado da hipótese sobre o fato, gerando um quadro mental paranóico. Isso acontece em razão do juiz elaborar uma hipótese e depois procurar a prova que justifique a hipótese anteriormente pensada, gerando aí um quadro mental paranóico.

GERALDO PRADO¹²⁹ acertadamente pontua que quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar, representando, assim, em termos de processo penal condenatório, uma inclinação perigosamente comprometedora da atividade judicante. O juiz, convencido ou desconfiado da culpa do imputado, investe na introdução de provas sequer consideradas pelo órgão de acusação, acabando por substituir a atividade deste.

Digno de nota é o exemplo do sistema jurídico norte-americano, no qual o receio de contaminação da imparcialidade dos jurados veda o recebimento, tanto pelo juiz, quanto pelos jurados, de qualquer relatório prévio a respeito dos fatos que estão sendo julgados¹³⁰.

¹²⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

¹²⁹ PRADO, GERALDO. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 158.

¹³⁰ BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. 2 ed. St. Paul: West, 1999, p. 82: “[...] neither the judge nor jury has any comprehensive summary or dossier of all facts in the case before the trial starts [...]”.

Mais claramente. O sistema acusatório deve exigir que o órgão jurisdicional fique afastado da gestão da prova, especialmente daquela que sirva de lastro para a condenação, pois esta é tarefa entregue, dentro de um sistema acusatório, ao órgão do Estado imbuído de deduzir a acusação perante o Estado-Juiz.

Revisitando o conceito de prova, nota-se que ela é a reconstrução do passado relevante – circunstâncias de fato que podem indicar a existência de um crime e sua autoria – para formar o convencimento daquele representante do Estado que irá julgar. Assim, a gestão da prova, da maneira como é realizada, identifica o princípio unificador do sistema .

Assim o é em razão de se entregue ao juiz a gestão da prova, a iniciativa de buscar dados da realidade para seu convencimento, apenas na superfície o sistema será acusatório, pois na realidade as figuras do acusador e julgador, de fato, estariam enfeixadas em uma só pessoa.

Como leciona FERRAJOLI¹³¹, a seleção de elementos teoricamente essenciais para cada sistemas está necessariamente condicionada por uma carga axiológica, por conta do nexos que sem dúvida cumpre estabelecer entre sistema acusatório e modelo garantista e, por outro lado, entre sistema inquisitório e modelo autoritário.

Como visto, e lembrado por FERRAJOLI¹³², ao sistema acusatório corresponde um juiz espectador, dedicado à objetiva e imparcial valoração dos fatos,

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 563.

¹³² *Idem*, p. 575.

enquanto ao sistema inquisitório corresponde um juiz-ator, representante do interesse punitivo, e por dotado de capacidade de investigação.

Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, em razão dos inúmeros pré-conceitos que o juiz elabora¹³³.

Outra não é a visão de PAULO RANGEL¹³⁴, analisando a questão sob a ótica do sistema acusatório:

A imparcialidade do Juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o Juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial, é que a Constituição Federal deu exclusividade da ação penal ao Ministério Público, separando, nitidamente, as funções dos sujeitos processuais.

Evidentemente que seria ilógico esperar que alguém atuasse de forma diferente daquela posição anteriormente assumida no processo. Assim, o sistema acusatório não compadece com a investigação judicial, podendo ser permitido, quando muito, intervir para, supletivamente, pesquisar provas da inocência, em razão do princípio constitucional da justiça material¹³⁵.

Desse modo, com a ressalva acima mencionada e que em capítulo apropriado será melhor desenvolvida em capítulo próprio, entende-se que o que diferencia o sistema é a gestão da prova, a iniciativa de buscar dados da realidade

¹³³ LOPES JR., Aury. "Juízes Inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos". In: *Boletim do IBCCRIM*, nº 127, junho de 2003, pp. 11-12.

¹³⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, p. 56.

¹³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 3. Canotilho remete à Constituição como fundamento de reserva e garantia de justiça, entendendo dever haver correspondência entre direito positivado e justiça. Assim, a função de reserva de justiça sugere a fundamentação dos princípios que constituem o *favor rei*, imbricando o sistema acusatório ao da reserva de justiça.

para o convencimento do juiz. Se a ele for entregue a possibilidade de buscar as provas, mormente de condenação, apenas na superfície o sistema será acusatório, pois na realidade existirá junção entre as figuras do acusador e julgador, que de fato estariam enfeixadas em uma só pessoa.

Conclui-se que o núcleo que informa o sistema, pois, é a gestão da prova.

Feita a identificação do princípio informador, urge revelar o sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.5 O sistema acusatório como corolário da ordem constitucional

A Constituição de 1988 realizou uma opção pelo modelo de Estado Democrático de Direito e elevou, à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, conforme se vê do artigo 1º, inciso III, do texto magno.

Com tal balizamento, a Carta Política posicionou-se ao lado dos direitos fundamentais, criando mecanismos de proteção dos direitos individuais e de realização dos direitos sociais, para garantir o cidadão contra o exercício irracional do poder do Estado e, mais ainda, para que fossem adotadas políticas públicas no sentido de minimizar as desigualdades sociais. Nesse sentido, é emblemático o vastíssimo rol constante do art. 5º, onde se encontram tutelados os direitos do homem, em todas as suas dimensões, inclusive na que tange à relação indivíduo x Estado, através do processo.

Como afirma AFRÂNIO SILVA JARDIM¹³⁶, o Estado democrático-liberal reconhece e protege os direitos fundamentais, possibilitando nova interpretação dos institutos tradicionais e a incorporação de novos direitos e garantias. Esse novo modelo de Estado reafirma e pretende fazer efetivos os valores mais caros, conciliando-se o desenvolvimento da condição de vida social com a de dignidade individual do homem.

Diante desse perfil delineado pelo constituinte originário que, diga-se, não deflui somente do artigo 5º, mas permeia todo o texto constitucional, através da carga de valores que impregnam suas normas, força é convir que as regras que devem conduzir o processo penal precisam ser as mais democráticas possíveis, respeitando, em toda a sua inteireza, o pólo mais fraco dessa relação, qual seja, o acusado.

Assim, garantias como o contraditório, a ampla defesa, a presunção do estado de inocência, o favor rei, a inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, a titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público, dentre outras, estão a demonstrar exatamente essa preocupação de que a extremidade mais frágil da corda, nessa tensão acusação (Estado)x defesa (réu), fique sempre protegida. Isto faz parte do princípio da isonomia: reconhecer as diferenças, para evitar as desigualdades. Ou seja, reconhecer que o réu é, de fato, o pólo mais fraco e garantir a ele mecanismos de equiparação e de possibilidade real de defesa. E foi exatamente isso que o constituinte fez.

O princípio acusatório – que delinea um modelo de processo penal garantista e democrático – é corolário desse sistema de valores como exposto. Pelo

¹³⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 4-5.

princípio acusatório, acusação, defesa e juiz possuem papéis definidos e inconfundíveis. Nesse jogo de equilíbrio, o Ministério Público é o titular exclusivo da pretensão acusatória (em casos de ação penal pública), a Defesa funciona dialeticamente como a antítese da acusação, sendo-lhe assegurados todos os mecanismos legítimos para fazer frente ao Ministério Público, e ao juiz é destinada a tarefa de decidir a causa, bem como as medidas cautelares, garantindo a regularidade do processo, respeitando sua maior característica, qual seja, a imparcialidade.

Não se pode olvidar, entretanto, que vozes abalizadas na doutrina entendem que o sistema nosso é misto. Sem embargo do que já se expôs a respeito da insuficiência conceitual dessa visão, importa lembrar que GUILHERME DE SOUZA NUCCI¹³⁷ advoga essa tese, em razão da existência de uma fase preliminar inquisitória – inquérito policial – e ajuizada a ação penal há maior vigor do sistema acusatório.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI¹³⁸ é enfático em afirmar que no moderno processo penal delinea-se a forma inquisitória, na essência, enquanto formalmente, apenas em relação ao procedimento desenvolvido na segunda fase, é acusatório.

Apesar da Constituição Federal não fazer menção expressa à adoção do modelo acusatório de processo penal, essa conclusão deflui, necessariamente, da lógica dos valores traçados no texto fundamental, notadamente, da democracia e da dignidade da pessoa humana.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, ob. cit., p. 151.

¹³⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 42.

E a idéia será tornar efetivo o sistema previsto na Constituição Federal.

A esse respeito, é de singular importância a conclusão do magistrado e professor GERALDO PRADO¹³⁹, ao argumentar que a norma constitucional assegura a privatividade do exercício da ação penal pública, bem como devido processo legal, contraditório, presunção de inocência, julgamento por juiz competente e imparcial, ao excluir jurisdições de exceções, são elementares do princípio acusatório, permitindo concluir, apesar de não se expresse no texto constitucional, que a Constituição Federal fez a adoção pelo sistema acusatório .

Em igual sentido, por todos, FAUZI HASSAN CHOUKR¹⁴⁰, afirmando da leitura do texto constitucional é possível extrair o lastro acusatório do processo penal em várias passagens. E cita como um dos momentos culminantes a titularidade da ação penal pública entregue ao Ministério Público (CF, art. 129, I).

Desse modo, existindo a necessidade de uma provocação do órgão estatal – Ministério Público – para a jurisdição atuar, não podendo agir de ofício, inclusive quando o fato criminoso acontece na audiência, dentro dos olhos dos tribunais; não podendo ser estendida a relação processual para outras pessoas ou fatos, ainda que o autor do crime seja o mesmo, pois demanda a iniciativa do órgão acusador, ainda que em aditamento; garantindo-se ao acusado ser sujeito da relação processual, com previsão constitucional da ampla defesa e contraditório; o sistema adotado deve ser considerado acusatório¹⁴¹.

¹³⁹ PRADO, Geraldo, ob. cit., p. 71.

¹⁴⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. “A ordem constitucional e o processo penal”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, volume 2, São Paulo: RT, p. 58.

¹⁴¹ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 87.

Sob tais argumentos, efetivamente o processo penal brasileiro é acusatório.

Como afirma LUIZ FLÁVIO GOMES¹⁴², todo o sistema processual que configura o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o processo como iniciativa da acusação, é acusatório.

Assim, diante desse sistema, o qual é incompatível com o modelo trazido pelo Código de Processo Penal de 1941, de claro matiz inquisitorial, consoante se vê da própria Exposição de Motivos do mesmo, impõe-se um novo papel do juiz no processo penal, em especial quanto à gestão da prova.

Deve ser lembrado que o Código de Processo Penal nasceu sob a égide da Constituição Federal de 1937, em uma época de tensão, pois a dialética esquerda-direita se debatia na Europa e veio a atingir o Brasil, ocorrendo o movimento revolucionário comunista de 1935 e o movimento integralista. Nesse período Getúlio Vargas dissolve e fecha o Congresso Nacional e outorga em 10 de outubro de 1937 a Constituição Federal¹⁴³.

O Código de Processo Penal é fruto do Estado Novo de Getúlio Vargas, concebido dentro de uma lógica autoritária e inspirado no modelo fascista italiano, conhecido como Código Rocco, editado em 1930 por Mussolini¹⁴⁴.

Com a Constituição de 1988, muitos dos dispositivos processuais penais restaram não recepcionados pela nova ordem constitucional, o que merece uma releitura para contaminação constitucional do processo penal¹⁴⁵.

¹⁴² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 7.

¹⁴³ PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **História do direito processual brasileiro – das origens lusas à escola crítica do processo**. Barueri, SP: Manole, 2002, p. 252.

¹⁴⁴ Assim denominado em homenagem ao Ministro da Justiça de Mussolini.

Mas, apesar da necessidade de conformação do processo penal aos ditames constitucionais, isso não desnatura que o sistema acusatório foi aquele recepcionado pela nova ordem constitucional (aliás, não tão nova assim).

JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁴⁶ lembra que no direito processual penal brasileiro somente o sistema acusatório pode ter acolhida, já que se garante constitucionalmente aos acusados da prática de um crime a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, e a instrução criminal contraditória, de acordo com a previsão dos incisos LXI, LXII, LXIII e LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

AFRANIO SILVA JARDIM¹⁴⁷ perfilha dessa visão, entendendo que os dois princípios mais importantes são a imparcialidade do juiz e o contraditório. Afirma que a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória, devendo a atividade probatória do juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar dos atores judiciais.

Desse modo, impõe-se a irradiação do texto constitucional ao processo penal, com uma leitura a partir da Constituição Federal das normas processuais penais.

Essa necessária contaminação constitucional será tratada no capítulo seguinte.

¹⁴⁵ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 74 e seguintes.

¹⁴⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I, p. 71.

¹⁴⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 197.

3 A SUPERIORIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E UMA ANÁLISE CRÍTICA DA SUA EFETIVAÇÃO

Como visto no capítulo anterior, o sistema para buscar a verdade no processo tem fundamento legal na Constituição Federal, assegurando sua supremacia sobre a totalidade do universo jurídico estatal.

Como trazido por CASIMIRO VARELA¹⁴⁸, a Constituição reflete a filosofia da vida jurídica, sendo lógico que consagre os princípios básicos de sua organização.

Tal aspecto foi captado por DALMO DE ABREU DALLARI¹⁴⁹, buscando o fim da Constituição na necessidade da existência de um instrumento político-jurídico superior, declarando os direitos fundamentais do homem e, paralelamente, traçando regramento da organização social e limitações do uso dos poderes políticos e econômicos, vedando a composição social entre dominantes e dominados.

Desse modo, a Constituição é vista como documento jurídico integrado por normas superiores às demais, submetendo ao seu império governantes e governados, limitando juridicamente o exercício do Poder.

¹⁴⁸, VARELA, Casimiro A. *Fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999p. 155.

¹⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 78-79.

Mais claramente, a Constituição deve ser entendida como a concreta maneira de ser do Estado. Como assevera LÊNIO LUIZ STRECK¹⁵⁰, a Constituição constitui, vincula e estabelece condições do agir político estatal.

Um ponto é certo: a Constituição é o complexo de normas fundamentais de um dado ordenamento jurídico, ou a ordem jurídica fundamental da comunidade, como diz KONRAD HESSE¹⁵¹, adicionando que a Constituição estabelece os postulados para criação, vigência e execução das demais normas do regramento jurídico, exprimindo seu conteúdo e se convertendo em elemento de unidade do ordenamento jurídico, obstando o isolamento do direito constitucional de outras parcelas do direito, como também a existência dessas parcelas do direito entre si mesmas.

A Constituição, é portanto um emaranhado de normas jurídicas fundamentais, ainda que não escritas, capaz de traçar as linhas mestras do mesmo ordenamento jurídico, na preciosa lição de PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA¹⁵².

É a Constituição, pois, o ponto de partida e fundamento de validade de todo o sistema jurídico brasileiro, o qual deve a ela ser conformado.

Como abundantemente reconhecido, as normas constitucionais fundam o ordenamento jurídico, inaugurando a ordem jurídica de um povo e se colocando como suporte de validade das demais regras jurídicas. Com CELSO

¹⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 288.

¹⁵¹ HESSE, Konrad. *Escritos del derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 17.

¹⁵² RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional*. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 86.

RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES DE BRITO¹⁵³, as normas constitucionais possuem hierarquia superior e as demais, por óbvio, possuem menor força vinculatória.

Sendo suporte para o ordenamento jurídico, surge também a Constituição como fundamento de validade para as demais normas.

HANS KELSEN¹⁵⁴, por sua vez, ao dissertar sobre a Constituição no exercício do papel de fundamento imediato de validade da ordem jurídica, explica o porquê de tal raciocínio:

O Direito possui a particularidade de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se por forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda -- em certa medida -- o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior; a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior.

Considerada dessa maneira, a Constituição é a referência obrigatória de todo o sistema jurídico, inclusive dela própria, uma vez que estabelece no seu próprio corpo as formas pelas quais poderá ser reformada (por intermédio do processo de emenda ou de revisão, na atual Carta Magna brasileira), daí surgindo a noção de hierarquia¹⁵⁵ entre as normas jurídicas, de tal sorte que normas de grau

¹⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 13.

¹⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 309-310.

¹⁵⁵ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 140: “[...] hierarquia, para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade numa norma superior. A lei é hierarquicamente inferior à Constituição porque encontra nesta o seu fundamento de validade”.

superior são as que constam das Constituições (Constituição Federal, Constituições dos Estados-Membros e Leis Orgânicas Municipais, sendo que as duas últimas também se submetem à primeira) e normas de grau inferior são as veiculadas por intermédio de leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias etc.

O tema sobre hierarquia e superioridade das normas constitucionais, porém, merece ser tratado separadamente, para que se tenha oportunidade de verificar os seus múltiplos aspectos, visando encontrar a diferença entre as normas constitucionais (de escalão superior) e as demais normas existentes no sistema (de escalão inferior).

3.1 Supremacia das normas constitucionais

A Constituição é distingui-se das demais espécies normativas em razão de matiz próprio, obrigando o intérprete a examiná-la de modo destacado no nosso ordenamento jurídico.

Na análise de LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁵⁶, diante das peculiaridades que singularizam suas normas, a superioridade jurídica, a superlegalidade, a supremacia da Constituição, através da interpretação constitucional, conferem ao Texto Maior caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento jurídico.

Destarte, a Constituição está colocada no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico, obrigando que seus princípios e regras devam ser respeitados

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 107.

acima de qualquer outra lei ou regramento, pois todos buscam sua origem na própria Constituição.

Afirmado de outro modo, a leitura dos textos infraconstitucionais deve ser feita a partir da Constituição, de cima para baixo.

Importante trazer a lição de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁵⁷, quando asseveram que a Constituição ocupa o cima da escala hierárquica, não podendo ela ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo, seja anterior ou posterior, devendo as demais normas estar conformarem-se com a Constituição.

Ante a supremacia da Constituição, sua preeminência normativa, todo o regramento jurídico deve ser contaminado por ela, eliminando-se as normas que estejam em desconformidade.

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado.

Ainda em LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁵⁸, encontramos que ante essa supremacia constitucional, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.

Este postulado repele qualquer tipo de interpretação que venha a partir da lei infraconstitucional. Assim, por este postulado, a interpretação do ordenamento jurídico deve ser feita a partir da Constituição.

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 34.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 150.

Na análise de LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁵⁹, impõe-se sejam consideradas as singularidades que suas normas apresentam, tais como a superioridade hierárquica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político.

A superioridade hierárquica expressa o caráter de supremacia da norma constitucional em detrimento das demais que compõem a ordem jurídica estatal, sendo a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. Confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravier seu sentido.

Para FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO¹⁶⁰ (1992, p. 62), a supremacia da Constituição confere-lhe a condição de medida suprema da regularidade jurídica, tornando as regras constitucionais normas juridicamente obrigatórias e, como verdadeiras regras de direito, o seu descumprimento provoca sanções.

A Constituição é regra suprema de direito e possui validade jurídica.

Como visto anteriormente, a Constituição é o documento jurídico mais importante na vida um Estado, por ser a sua lei soberana e que funda toda a ordem jurídica, pondo-se como suporte de validade de todas as normas jurídicas da comunidade e sendo a matriz de toda e qualquer manifestação normativa estatal. Disso decorre a circunstância de que todos os demais atos normativos de um

¹⁵⁹ *Idem*, p. 107.

¹⁶⁰ SEGADO, Francisco Fernández. “El control de la constitucionalidad em Iberoamérica: sus rasgos y su génesis en el pasado siglo”. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, Vol. II, pp. 965-1014.

determinado ordenamento jurídico devem estar em conformidade com a Constituição.

Dessa indiscutível unidade que as normas constitucionais propiciam ao sistema normativo, surge a noção de superioridade de uma norma em relação às demais. É dizer: todas as normas que vêm abaixo da Constituição (chamadas normas jurídicas infraconstitucionais) estão obrigadas a enquadrar-se às normas constitucionais, tanto sob o aspecto da sua criação (procedimento), como quanto ao aspecto do seu conteúdo, pois as normas constitucionais é que conferem validade às demais normas existentes no sistema.

Esta circunstância é que nos leva a constatar que a ordem jurídica pode ser visualizada por intermédio de uma construção escalonada de diferentes níveis de preceitos normativos, onde a Constituição ocupa o vértice da pirâmide que representa esta mesma ordem jurídica.

Em razão dessa superioridade, devem ser extirpados do ordenamento jurídico em que exista uma Constituição em vigor quaisquer atos contrários a ela que tenham a pretensão de produzir efeitos jurídicos, inexistindo lugar, inclusive, para regras jurídicas que pretendam ser superiores à própria Constituição.

Para tanto, será utilizada uma visão crítica da inexistência da contaminação constitucional ao processo penal.

3.2 Uma breve abordagem da teoria crítica

Antes da análise dos dispositivos constitucionais, importante, ainda que em rápida passagem, tratar a respeito da teoria crítica, utilizada como substrato teórico neste estudo.

A escola crítica tem como traço fundamental a imbricação entre o fenômeno jurídico e os efeitos sociais dele decorrentes, sendo inviável a separação de ambos. Assim, a rediscussão do direito deve passar obrigatoriamente pela análise dos efeitos sociais específicos causados pelo projeto jurídico.

A crise do direito, consubstanciada em afastamento em relação ao todo social e à realidade histórico-social, foi campo fecundo para nascer a teoria crítica, que por sua vez deu origem à escola crítica da Europa, ao movimento *critical legal studies* e à escola crítica ibero-americana.

Tais escolas, tendo como pano de fundo a teoria crítica, têm finalidade política e social, valendo-se como instrumental do meio jurídico. Desvela-se, portanto, a intenção de traçar novos rumos para a sociedade, uma autêntica reconstrução social, a partir do Direito, buscando-se recuperar os fins sociais da jurisdição, tema reiteradamente olvidado pelo dogma jurídico.¹⁶¹

Parte-se agora para uma construção de um direito que assuma seus estratos ideológicos e sociais, sem perder as exigências da cientificidade, a fim de atingir a consecução de sua finalidade basilar, isto é, possibilitar ao ser humano, único destinatário de qualquer regramento jurídico, uma existência digna.

¹⁶¹ BRONNER, Stephen Eric. *Da teoria crítica e seus teóricos*. Tradução Tomás R. Bueno e Cristina Meneguelo. Campinas: Papyrus, 1997, p. 11.

É a crítica da teoria. Contesta-se o saber jurídico tradicional, despreendendo-se dos discursos tradicionais jurídicos, revela-se a insatisfação do atual nível de compreensão e experiência concreta do fenômeno jurídico.

Importante a descerramento da cortina que oculta claramente o papel ideológico desenvolvido pelo legislador e também pelos intérpretes da lei, visando a manutenção do *status quo*. É o compromisso que se tem com a situação vigente, para encobrir as relações de poder. Tal situação não é possível de ser vista à luz da doutrina de Hans Kelsen, surgindo aí a grande lacuna kelsiniana.¹⁶²

Nesse ponto, Luiz Fernando Coelho inova e traz uma nova luz ao pensamento jurídico brasileiro, sustentando uma ruptura epistemológica, com a necessária reciclagem do conhecimento da dogmática jurídica, orientando-se agora para a superação das injustiças sociais, introduzindo-se na seara jurídica amplas vertentes epistemológicas e categorias críticas.¹⁶³

Gize-se que para Luiz Fernando Coelho é importante a ruptura epistemológica, analisando-se os fundamentos dominantes do direito, a fim de possibilitar romper com os paradigmas que formam o conhecimento e introduzindo no sistema hodiernas vertentes epistemológicas, buscando sempre a obtenção de um conhecimento jurídico em sintonia com a realidade histórico-social brasileira.¹⁶⁴

A lei passa a ser vista agora sob o ângulo da sociedade, destinatária final do direito. Exige, para tanto, uma ação política de quem interpreta o direito, produzindo assim uma nova concepção da ciência do direito.

¹⁶² ARRUDA JR., Edmundo Lima. *Introdução à sociologia jurídica alternativa*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 15.

¹⁶³ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 56.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 70.

Várias são as vertentes epistemológicas e categorias críticas traçadas por Luiz Fernando Coelho, mas são importantes para este estudo a vertente sociológica e as categorias do poder e da legitimação como forma de reconstruir o pensamento da atividade jurisdicional.

A vertente sociológica investiga a legitimidade do direito, como um ente a quem se atribui abusivamente realidade absoluta quando não o é e que existe no seio da sociedade, visando ordená-la e organizá-la.

O problema pertinente à legitimidade é o cerne da sociologia crítica, pois são estabelecidos os modos de dominação legítima, fornecendo a base da sociologia antropológica e política atual e, destes, o racional-legal, é o centro da reaproximação entre a ciência jurídica e a política, e de ambas com a sociologia.

Perfeitamente claro, nessa linha de idéias, que o Estado é apenas uma manifestação histórica da política e que nossa civilização guarda correspondência a um contemporâneo sistema racional de leis.¹⁶⁵

Definições e idéias de democracia, política, Estado de Direito, racionalidade, são utilizadas para obtenção do consenso. O princípio do consentimento, pois, é a legitimidade, que se externa na aquisição, exercício e manutenção do poder.

Seguindo a explanação, é fácil observar que a jurisdição, enquanto atividade precípua do Estado Democrático, Social e de Direito, portanto advinda do povo, tem sua legitimidade no instante que manifesta a vontade do ente estatal.

Entrementes, a categoria poder resulta numa ligação entre pessoas, nos diferentes níveis, macro e micro-social. Desse modo, o poder passa a ser a

¹⁶⁵ *Idem*, p. 75.

aptidão do indivíduo em sobrepor seus propósitos aos demais integrantes de um dado agrupamento social .

A jurisdição expõe uma forma do poder estatal, e daí é obtida sua legitimidade. Externando a soberania estatal, a jurisdição tem como escopo solucionar conflitos e pacificar a sociedade.

E a categoria da legitimidade se apresenta como um conjunto de procedimentos para obtenção do consenso e ocultação da prevalência de um grupo social sobre outro. ¹⁶⁶

Impende-se anotar que os membros do Poder Judiciário, diferentemente dos demais integrantes dos outros Poderes, não são submetidos ao processo eleitoral para legitimar a aquisição e o exercício do poder. Destarte, não se pode confundir o acesso ao cargo jurisdicional, efetuado através de um procedimento legal, mediante concurso público, com a legitimidade para aquisição e exercício da função jurisdicional.

Assim, o Poder Judiciário encontra sua legitimidade lacunosa, a qual deve ser preenchida através da teoria crítica do direito.

Francesco Carnelutti já conceituava jurisdição como justa composição da lide, sendo a justiça entendida como decisão proferida de acordo com a o regramento legal e lide como conflito de interesses qualificados por uma pretensão resistida. ¹⁶⁷

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 60-61.

¹⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradución de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo. v. I Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-America. 1956, p. 28.

Entretanto, apesar do inegável avanço doutrinário da posição expressa por Carnelutti, ainda padece de críticas, tanto no aspecto técnico quanto e, principalmente, por perder de vista o aspecto axio-sociológico.

E nesse ponto é importante a contribuição da doutrina exposta pela escola crítica.

Saliente-se que o aspecto técnico da jurisdição está ligada à idéia de interpretar e aplicar o direito ao caso concreto.

Aí a escola crítica atua para fazer voltar o integrante do Poder Judiciário à reconstrução do seu saber jurídico, voltando-o para o social, através da interação com outras disciplinas, incorporando-as ao direito, a partir de uma concepção crítica da sociedade, repensando as possibilidades epistêmicas do sistema legal.¹⁶⁸

Não é mais possível sustentar no atual estágio de desenvolvimento da humanidade, como fez Piero Calamandrei, que vige a jurisdição de direito, fulcrada no sistema da legalidade (e não no sistema da equidade) e com absoluta separação entre justiça e política: ao juiz (e com maior generalidade ao jurista), não é possível discutir a bondade política das leis; corresponde somente, enquanto juiz e enquanto jurista, apenas observá-la e zelar pelo seu cumprimento.¹⁶⁹

Também é inviável o estudo da jurisdição apenas limitado ao âmbito da coisa julgada.

Urge estudar na análise da jurisdição a sua adequação com o tecido social a qual se destina. Existe um novo momento e a mentalidade do jurista, em

¹⁶⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981, p. 307.

¹⁶⁹ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. v. I. Campinas: Bookseller, 1999, p. 99.

especial do juiz, enquanto pertencente ao Poder Judiciário, deve estar em consonância com a realidade da sociedade, pois sua legitimidade advém dessa realidade.

Não se pode esquecer a dimensão axio-política do processo, que é o instrumento para atuação da jurisdição. Como explana Jônatas Luiz Moreira de Paula, essa nova dimensão extrapola a visão clássica da jurisdição, provocando uma ruptura e dando ensejo à conclusão de que esta serve para propiciar a efetivação dos fins delineados no artigo 3º, da Constituição Federal.¹⁷⁰

Essa dimensão axio-política revela-se como elemento teleológico da finalidade do Estado, como referência para sua atividade e sedimenta a legitimidade de sua atuação.

Será axiológica em razão de buscar a justiça social e política por manifestar a democracia.¹⁷¹

O artigo 3º, da Constituição Federal, aponta de forma estupenda as finalidades que dão norte ao nosso Estado Brasileiro – e aí está inclusa a jurisdição – como elemento teleológico do processo.

Destarte, as teorias clássicas do direito não podem fugir da realidade social que se apresenta pulsante e exigindo soluções. Exige-se, portanto, um Poder Judiciário que atue e implemente as transformações sociais, em prol da sociedade, destinatária final da atividade jurisdicional.

¹⁷⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri, SP: Manole, 2002, p. 48.

¹⁷¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria geral do processo*. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2002, p. 152.

Diante dessas ponderações, revela-se que o regramento jurídico posto é o meio para concretizar o interesse social, o qual, em última análise, restará a ser observado, concretamente, pelo Poder Judiciário.

A implementação do extenso catálogo de direitos previstos na Constituição Federal urge ser feito, posto que o momento é de tornar aqueles direitos eficazes.

Não é possível que os objetivos traçados pela Constituição Federal em favor da nossa sociedade continuem a serem ineficazes, causando indiscutível ineficiência estatal e ferindo a própria democracia, uma vez que ao não possibilitar eficácia aos objetivos traçados na Carta da República é atingida a própria justiça social. Sem justiça social não há democracia.

Desenvolvendo mais, a ampliação da concepção de processo, dentro da visão axio-política da jurisdição, implica necessariamente na busca de um processo que privilegie a democracia e a justiça social, otimizando, por conseguinte, a própria jurisdição.

A expectativa, desse modo, é legitimar o Poder Judiciário, através de uma atuação da jurisdição comprometida com os fins sociais, tendo como norte revelado a diversidade econômica e de classes sociais que grassa em nossa sociedade.

Especialmente nesse ponto, surge a necessidade de conformar a interpretação jurisdicional com o balizamento traçado pela Constituição Federal, especialmente no que se refere à questão da gestão da prova à luz do sistema acusatório, adotado pela nossa Constituição.

A elaboração de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida e pela doutrina e pelo cotidiano jurídicos de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa.

CELSONO BASTOS¹⁷² chama-os de postulados constitucionais:

[...] essa série de elementos são realmente pressupostos do sistema constitucional, a serem devidamente preservados e respeitados pela interpretação, e que se passa a analisar sob essa designação genérica de *postulados*. A interpretação, portanto, deverá, para se considerar como atividade válida, respeitá-los no seu todo, não podendo proceder à escolha de um ou outro.

CANOTILHO¹⁷³ refere-se aos mesmos como *Princípios de Interpretação da Constituição*. Que logo mais serão abordados.

3.3 Da contaminação do processo penal pela Constituição

O professor NILO BATISTA¹⁷⁴ revela que a realidade do processo penal brasileiro espelha, infelizmente, as práticas punitivas atuais., exacerbando e distorcendo os institutos processuais penais, refletindo as diretrizes de uma política criminal severa e rígida, incompatível com o modelo constitucional vigente.

¹⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 100.

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 232.

¹⁷⁴ BATISTA, Nilo. “ Os sistemas penais brasileiros” in: BATISTA, Nilo. *Novas tendências do Direito Penal: Artigos, Conferências e Pareceres*, Rio de Janeiro: Revan.2004.

Como é notório, todo o ordenamento jurídico brasileiro pós Constituição Federal de 1988 sofreu um verdadeiro abalo sísmico. Considerada uma das constituições mais avançadas do mundo moderno, nossa Carta Magna representou a passagem do Estado nacional absoluto a um efetivo Estado Democrático de Direito¹⁷⁵, consagrando para tanto princípios fundamentais que se materializam como alicerces deste novo Direito.

Estas matrizes constitucionais alteraram profundamente a sistematização normativa, com revogação de alguns diplomas e não-recepção de tantos outros.

LENIO STRECK¹⁷⁶ afirma que a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topo hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico.

As normas infraconstitucionais devem ser adequadas a esse processo de constitucionalização, através de um processo de contaminação constitucional.

Esse processo obriga uma oxigenação constitucional, conforme lembra ALEXANDRE DE MORAIS ROSA¹⁷⁷.

LUIGI FERRAJOLI¹⁷⁸ afirma que para evitar desfuncionalidade entre o Direito Constitucional e as instituições encarregadas de aplicar a lei, é importante a

¹⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, p. 690.

¹⁷⁶ STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, pp. 245/246.

¹⁷⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 102.

¹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi, "O direito como sistema de garantias", in *Revista do Ministério Público Lisboa*, nº 61, jan-mar, 1995, p. 41.

sujeição à lei quando esta é válida, está compatível com o ordenamento constitucional, coerente com a Constituição

O novo enfoque constitucional, deságua no regramento constitucional do processo penal, permitindo concluir da existência de um autêntico processo penal constitucional, conforme ROGÉRIO LAURIA TUCCI¹⁷⁹.

AURY LOPES JR.¹⁸⁰ afirma que em um Estado Democrático de Direito, não se pode tolerar um processo penal autoritário e típico de um Estado-policial, pois o processo penal deve adequar-se à Constituição e não vice-versa.

Vê-se que a Carta Magna assegurou ao Ministério Público o monopólio exclusivo da ação penal pública, conforme disposto no art. 1290, inc I da CF. E neste *munus* está abrangido qualquer atividade persecutória, como requerimento de prisões cautelares, medidas constritivas, dentre outras prerrogativas inerentes a sua função *dominus litis*. Com o Ministério Público, assumiu o Estado, definitivamente, a titularidade da *persecutio criminis in iudicio*, sem precisar comprometer a neutralidade do juiz.

Essa disposição é decorrente do que se convencionou chamar de sistema acusatório, no qual há a divisão nítida dos atores no processo penal; distintos órgãos desempenham as funções necessárias para o desdobramento regular do processo.

Toda essa engenharia de entregar a cada órgão distinto uma função visa única e exclusivamente preservar a neutralidade do magistrado julgador. Quanto mais o Judiciário aproximar-se de atividades persecutórias, portanto parciais, mais o

¹⁷⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.196.

¹⁸⁰ LOPES JR., Aury, ob. cit., p. 167.

magistrado se tornará juiz inquisidor, figura absolutamente estranha e repudiada pelo nosso Estado Democrático de Direito. 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. Por este motivo, a tendência é retirar do Poder Judiciário quaisquer funções persecutórias, devendo a atividade probatória do Juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente, ao atuar das partes, conforme leciona JORGE FIGUEIREDO DIAS¹⁸¹.

Importa desse modo, conformar a interpretação do processo penal aos termos da Constituição Federal.

3.4 Postulados constitucionais

Para clarear a interpretação, é necessário analisar alguns princípios que irradiam seus efeitos no âmbito da hermenêutica.

3.4.1 A Constituição no ápice

A Constituição ocupa o ápice da pirâmide do ordenamento jurídico, sendo assim, seus princípios e regras devem ser respeitados acima de qualquer outra lei ou regra infra. Para se explicar qualquer conceito, o correto é fazê-lo de cima para baixo, o que serve para dar segurança em suas definições.

¹⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 136.

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado.

A supremacia constitucional implica em que nenhuma manifestação da vontade permanece válida se incompatível com a Constituição Federal¹⁸².

Este postulado repele qualquer tipo de interpretação que venha a partir da lei infraconstitucional. Assim, por este postulado, a interpretação do ordenamento jurídico deve ser feita a partir da Constituição.

3.4.2 Constituição como um todo unitário

A Constituição Federal deve ser interpretada para impedir contradições entre seus mandamentos.

O intérprete tem que fazer uma hermenêutica da Constituição na globalidade, harmonizando os espaços de tensão entre as normas constitucionais a concretizar.¹⁸³

Estando no topo da pirâmide jurídica, o intérprete deve procurar as implicações recíprocas das normas constitucionais, analisando o texto de modo sistêmico, até alcançar o todo unitário da Constituição.

Entender como a Constituição como unidade, significa vislumbrar que todas as normas da Lei Fundamental estão isonômicas no corpo constitucional, não havendo espaço para afastamento de uma em favor de outra.¹⁸⁴

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 150.

¹⁸³ CANOTILHO, J. J. *Op. cit.*, p. 232.

A idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação, como afirma LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁸⁵.

A Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes.

O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior.

3.4.3 A eficácia da norma constitucional

Este princípio diz que sempre que possível, deverá ser o dispositivo constitucional interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia.

Nas palavras de CANOTILHO¹⁸⁶, torna-se um princípio operativo em relação a toda norma constitucional, prevalecendo especialmente no âmbito dos direitos fundamentais, devendo prevalecer sempre a interpretação que dê maior densidade aos direitos humanos.

¹⁸⁴ BASTOS, Celso. *Op. Cit.*, p. 103.

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 182.

¹⁸⁶ CANOTILHO, J. J. *Op. cit.*, p. 233.

O postulado é válido na medida em que por meio dele se entenda que não se pode empobrecer a Constituição. Este princípio descarta a idéia de que um artigo ou parte dele possa ser considerado sem efeito algum, o que equivaleria a desconsiderá-lo.

3.4.4 Harmonização das normas constitucionais

O postulado da harmonização implica que o texto constitucional deve estar imbricado com as normas e valores nele veiculados, pois se for atribuído significado contraditório entre eles haverá desarmonia da Constituição, o que deve ser evitado, pois impediria a máxima efetividade da Lei Fundamental.

CELSO BASTOS¹⁸⁷ afirma a impossibilidade de ser atribuído significado que resulte incoerente com os demais princípios ou regras insculpidos na Constituição.

CANOTILHO¹⁸⁸ denomina isso de princípio da concordância prática, impondo a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência, visando evitar o sacrifício de uns em relação a outros. Afirma que o campo de eleição desse princípio tem sido o dos direitos humanos –tido por ele como fundamentais – para solucionar conflitos teóricos entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

¹⁸⁷ BASTOS, Celso. *Op. cit.*, p. 106-107.

¹⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p. 234.

Destarte, pela visão da harmonização das normas constitucionais, conclui-se que há – ou deve haver – certa limitação recíproca entre bens constitucionalmente protegidos, pois não há hierarquia entre eles, para que aconteça concordância prática entre eles.

3.5 Finalidade da interpretação constitucional

Interpretar é atribuir significado a dado símbolo lingüístico, fixando o sentido ou a inteligência do texto legal, apreendendo sua exata noção.

KARL LARENZ¹⁸⁹ afirma que interpretar é uma atividade pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático.

Por seu lado, MARIA HELENA DINIZ¹⁹⁰ leciona que interpretar é descobrir o alcance e sentido da norma, buscando a significação dos conceitos jurídicos.

A interpretação jurídica busca interpretar as leis e a Constituição, os quais são objetos de interpretação do hermeneuta.

E essa interpretação tem realidade palpável, pois se trata de atribuir significados para o que regula a vida em sociedade.

Assim todos os cidadãos podem efetuar a interpretação jurídica, ao almejarem conhecer as regras jurídicas que regulam suas vidas em sociedade. Entretanto, tendo em vista a indeterminação e a abstração dos conceitos jurídicos, o

¹⁸⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

¹⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 144.

magistrado é obrigado a interpretar as normas jurídicas, para atingir a solução dos casos concretos submetidos à sua jurisdição.

A interpretação jurídica não pode ser teórica, pois repercute na vida do cidadão, na sua liberdade e em seu patrimônio.

Ante a multiplicidade de significados apreensíveis da norma jurídica, a interpretação é sempre necessária, mas deve ser ela calcada na Constituição, ante a posição de superioridade que ocupa no regramento jurídico.

Portanto, a interpretação é indispensável no texto constitucional e nas leis em geral.

Acredita-se ser necessária a interpretação da Constituição e das leis em geral. A interpretação de dispositivos constitucionais e legais, é imprescindível, com o escopo de concretizar e realizar a Constituição, conferindo-se completude ao sistema jurídico e atendendo-se as necessidades sociais vigentes.

A interpretação visa disciplinar o conteúdo das normas constitucionais e atualizar o texto constitucional.

Sem adentrar os métodos clássicos de interpretação, que podem ser classificados em gramatical ou literal; lógico; sistemático; histórico e teleológico, importa consignar que a Constituição é o ordenamento jurídico fundamental¹⁹¹.

¹⁹¹ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid; Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 16.

E desse modo, a interpretação das normas constitucionais deve ter em conta a especificidade resultante do fato da Constituição ser um estatuto jurídico do político.¹⁹²

A interpretação constitucional é concretização, na medida em que se trata de incorporação da realidade, devendo ser preenchido o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.¹⁹³

Os preceitos constitucionais só existem em face da realidade, sendo que ao interpretá-los devem eles dar respostas aos problemas da realidade.

Volta-se aqui a atenção para o campo da aplicação e interpretação do Direito.

Como afirmado alhures, o Poder Judiciário é o órgão apto a propiciar a realização concreta dos comandos normativos garantidores dos direitos fundamentais.

Deve o jurista perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as possibilidades do sistema normativo abertas em prol do atendimento de valores socioculturais incorporados ao patrimônio da civilização e abrigados nas constituições contemporâneas.

As normas constitucionais são dotadas de força normativa e aptas a produzir efeitos concretos independentemente de regramento ulterior. Apesar da obviedade do tema, em razão de ter sido constantemente negligenciada, as

¹⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. 1991, p. 215.

¹⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 209.

hodiernas Constituições preocupam-se em declarar expressamente a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais.

A lei fundamental da República Federal Alemã, em seu artigo 1º, item 3, estatui que os direitos fundamentais constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial.

A Constituição Portuguesa, em seu artigo 18, item I, também afirma que Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

Incorporando esta tendência, a Constituição de 5 de outubro de 1988, no artigo 5º, § 1º, estatui expressamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do poder judiciário. E mais: a ausência de lei integradora não é empecido à sua concretização pelo juiz, como à luz do direito positivo vigente se extrai do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Os juízes, mediante socorro dos conjuntos de valores e princípios, os quais alimentam o Estado de direito constitucional democrático, podem preencher os silêncios ou carências normativas para dar plenitude ao sistema de direitos.

Interpretar é função básica do juiz. A Constituição e as leis são, na ordem prática, aquilo que os juízes e tribunais dizem que elas são.

Uma consciência eticamente bem formada saberá conferir ao tema direitos humanos a dignidade que ele merece no contexto do ordenamento. E encontrará sempre a norma e a solução que melhor satisfaça a proteção dos direitos

e, por isso, a norma de maior compatibilidade com o resguardo da dignidade humana.

Se uma situação determinada são aplicáveis duas normas diferentes provenientes de distintos tratados, deve prevalecer a norma que seja mais favorável à dignidade e proteção dos direitos essenciais da pessoa humana.

Só o juiz poderá extrair conseqüências concretas da força vinculante dos direitos essenciais à dignidade da pessoa humana.

Diante de tal quadro surge a vinculação do poder judicial aos direitos fundamentais.

Esta vinculação concretiza-se por duas ordens: a) através do processo aplicado no exercício da função jurisdicional; b) através da determinação e direção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais.

Finalmente, deve ser asseverado que a Constituição, como norma superior, reconhece aos tribunais o direito de acesso direto à Constituição – sobretudo às normas constitucionais que consagram de direitos, liberdades e garantias.

4 A INICIATIVA ACUSATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Não se olvida que o modelo acusatório resultou de escolha de uma opção política direcionada para um Estado Democrático e de Direito, tendo como uma de suas conseqüências diretas um novo mapeamento de interesses e valores para o aparato instrumental penal.

Uma perspectiva moderna do Estado, focado na busca dos objetivos traçados pela Constituição Federal, não permite uma posição do juiz ativamente engajado na produção da prova.

Não significa, entretantes, o juiz possa admitir um processo que se pautem pelo interesse do mais forte, pois o processo é instrumento de consecução da paz social, sendo o meio para a solução dos conflitos que são trazidos ao Estado.

Deve se ter em mente que a iniciativa do julgador para produção da prova terna a imparcialidade do juiz, pois, normalmente, ao determinar a produção da prova, o juiz já elaborou um projeto que ampare referida produção. Melhor esclarecendo, ao agir de ofício quanto à iniciativa da produção de determinada prova, no íntimo do julgador há, ou na maioria das vezes deve haver, um pré-juízo formado, sendo que a prova que se pretende produzir viria apenas confirmar o juízo já concebido no ânimo do julgador.

Mas, ainda que assim aja o juiz, é certo que não há como ter certeza do resultado que será obtido daquela prova não produzida pelas partes, nem quem será ao final beneficiado com a produção daquela prova.

Em oportunidades especiais, sempre de forma supletiva e para garantir aquilo que CANOTILHO¹⁹⁴ lembra como reserva e garantia de justiça prevista na Constituição, a determinação de ofício da produção de provas pode ser instrumento de garantir isonomia concreta entre as partes no processo, na medida em que pode assegurar o equilíbrio entre os atores processuais, permitindo uma análise mais completa e ampla dos fatos, com a reconstrução dos fatos mais próxima com a realidade, trazendo ao mundo processual para próximo do mundo dos fatos.

FRANCO CORDERO¹⁹⁵ assevera com pertinência que se não sobreviver o poder instrutório de quem julga, em alguns casos, não se terá como falar em ação penal obrigatória e irretratável, nem processo como indisponível, pois de fato não o será, pois ao juiz será negado todo acesso à prova, restando ficar este ao talante da vontade das partes.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS¹⁹⁶ também defende essa possibilidade do magistrado, além do material probatório produzido pelas partes, poder esclarecer e instruir autonomamente os atos praticados pelo imputado e submetidos a julgamento, criando ele mesmo as base necessárias para decidir.

Por outro lado, também nessa esteira, VICENTE GRECO FILHO¹⁹⁷ sustenta que o sistema acusatório não tolhe do juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e à perquirição da verdade.

Nas posições acima mencionadas, começa-se a vislumbrar perigosa permissão da iniciativa instrutória do juiz, especialmente no que se refere ao caráter

¹⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, ob. cit., p. 3.

¹⁹⁵ CORDERO, Franco, ob. cit., p. 48.

¹⁹⁶ DIAS, Jorge Figueiredo, ob. cit., p. 149.

¹⁹⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 64.

inquisitivo – que é incompatível com o modelo da Constituição – da pesquisa do material probatório.

Se é forçoso concluir que a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal não retirou do juiz a sua atividade probatória, também não se pode deixar de revelar que essa possibilidade não permite seja o juiz inquisidor, com poderes diversos da atividade por ele exercida, rompendo-se com a estrutura dialética do processo e não havendo possibilidade de imparcialidade.

O processo penal deve ser contaminado pela Constituição Federal, pois a titularidade da ação penal, nos casos da ação pública, conforme artigo 129, inciso I, fica a cargo exclusivo do Ministério Público, surgindo daí que a matriz do sistema acusatório, seu princípio informador, é a entrega a um determinado mecanismo do Estado – Ministério Público – a persecução oficial, impermeabilizando-se as atividades de julgar e acusar.

Não há espaço para a figura do juiz inquisidor. Urge a construção de um novo perfil do magistrado, com vista às garantias constitucionais do acusado e da titularidade exclusiva do Ministério Público nas ações penais públicas.

4.1 A investigação anterior ao processo

Como sedimentado, a busca da intangível verdade real permitiu a construção de um sistema inquisitivo, nascendo a figura mítica do juiz inquisidor.

Com o modelo constitucional vigente no Brasil isso não é possível. O juiz deve funcionar como garantidor de direitos, cabendo ao Ministério Público assumir o papel de impulsionador da ação penal, devendo, com o auxílio da Polícia

Judiciária, produzir os elementos de convencimento necessários para instruir a propositura da ação penal.

FERRAJOLI¹⁹⁸ afirma que a acusação tem o encargo de descobrir hipóteses e provas, tendo a defesa o direito de contrariar e o juiz ficando em posição eqüidistante, tem a tarefa de analisar as hipóteses formuladas e entendê-las provadas ou não.

E na fase que antecede ao processo, a atividade do juiz deve ser velar pela legalidade do procedimento, agindo quando houver necessidade de ser garantido direitos.

ADA PELLEGRINI GRINOVER¹⁹⁹ sustenta que durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares.

LUIZ FLÁVIO GOMES²⁰⁰ acrescenta que no sistema acusatório não cabe ao juiz – dito por ele ideal – imiscuir-se na atividade de colheita (principalmente preliminar) de provas ou na de acusar.

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO²⁰¹ sustenta que no sistema acusatório deve o juiz avaliar as provas e não as introduzir, pois essa é tarefa entregue às partes, garantindo aos interessados a participação e o diálogo no processo de decisão.

Ora, devendo haver suporte probatório mínimo para dar ensejo à propositura da ação penal, esse encargo de produção dessa carga probatória deve

¹⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 152.

¹⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, ob. cit., p. 7.

²⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio; Cervini Raúl, ob. cit., p. 107.

²⁰¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 59-60.

ser do titular da ação penal pública, pois a atuação do juiz nessa fase compromete o sistema acusatório.

A partir da opção feita pela Constituição Federal de 1988 pelo sistema acusatório, retirou-se do juiz da investigação criminal, cabendo ao titular da ação penal pública e à Polícia Judiciária, mediante inquérito policial, a coleta dos dados suficientes para permitir a propositura da ação penal.

Como leciona ADA PELLEGRINI GRINOVER²⁰², a parcela de atuação do juiz ficará reservada ao garantismo e eficiência, como base para a edificação de um processo penal democrático.

Essa visão é a que deve permear o novo processo penal, construído a partir da Constituição Federal de 1988.

4.1.1 A inviabilidade da requisição judicial

O Código de Processo Penal, no artigo 5º, inciso II, permite que o inquérito policial seja instaurado por requisição do Ministério Público ou da autoridade judiciária.

Ora, tal artigo é claramente inconstitucional. Cria-se aí um paradoxo, pois a ação penal pública somente pode ser iniciada pelo Ministério Público, mas a investigação que tem como destino embasar a futura ação penal pode ser deflagrada

²⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. “Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação norte-americana. Convergências e dissonâncias com o sistema italiano e brasileiro”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 1, pp. 41 e seguintes.

pela autoridade judiciária que, eventualmente, irá julgar as pessoas que determinou fossem investigadas.

O sistema acusatório tem como espírito afastar a possibilidade do juiz iniciar a acusação, inclusive impedindo a requisição da instauração do inquérito policial.

Há aí mácula ao princípio da iniciativa das partes.

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO²⁰³ salienta que o princípio da iniciativa das partes implica em caber à parte provocar a prestação jurisdicional, não podendo o juiz agir de ofício. E continua:

Se a ação penal é o direito de se invocar a tutela jurisdicional-penal do Estado, não se concebe, por incongruente, que o próprio Estado-juiz invoque a si a mesma tutela em apreço. [...] Desse modo, ocorrendo um crime de ação penal pública, cabe ao Estado-administração, representado pelo Ministério Público, levar o fato ao conhecimento do Estado-juiz e pedir-lhe a aplicação da *sanctio juris* àquele que violou a lei penal. [...] É, assim, o próprio titular do direito de ação quem deve ou quem pode provocar a função jurisdicional.

A requisição de inquérito policial pelo juiz, função oriunda do juiz de instrução italiano, é incompatível com o atual sistema. No Brasil o ato requisitório de inquérito policial deve ser adstrito ao Ministério Público, pois o juiz que irá julgar deve ser imparcial, sem envolvimento com os fatos, principalmente de iniciativa .

Ao constatar suposta infração penal deve remeter peças ao Ministério Público.

Caso o juiz, como membro do Poder Judiciário requisiite a instauração do inquérito policial, ele estará fazendo um juízo de valor, ou seja, crê

²⁰³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 1, p. 155.

que o fato praticado por determinada pessoa é possivelmente um crime. Acaba indiretamente adentrando ao mérito e se tornando parcial no caso.

O inquérito policial, na lúcida posição de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO²⁰⁴, traduz o efeito de uma atividade unilateral desenvolvida pelo Poder Público destinada a iluminar o espírito do Ministério Público na formação da sua opinião.

O juiz, consoante largamente exposto, deve atuar como garantidor dos direitos do investigado, ainda na fase preparatório para eventual ação penal, pois nesse momento as garantias constitucionais não são vislumbradas com nitidez, protegendo-se os direitos do investigado através da jurisdicionalização dos incidentes investigativos que necessitem da legítima violação de direitos constitucionalmente estabelecidos para apuração dos fatos.

Como lembra AURY LOPES JR.²⁰⁵, o juiz deve ter uma postura ativa, não como inquisidor, mas como garantidor da máxima eficácia dos direitos fundamentais do imputado, visando coibir abusos eventuais dos órgãos que investigam.

Não se pode, nesse especial momento de investigação, por certo, dar o julgador orientação a ser seguida pelos que investigam ou adiantar juízo de valor a respeito do material probatório colhido.

²⁰⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal – direito de defesa*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 43-45.

²⁰⁵ LOPES JR. “A opacidade da discussão em torno do promotor investigador (mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 12, n. 142, set. 2004, p. 11.

E as investigações antecedem ao processo justamente para permitir ao titular da ação penal a formação da sua convicção sobre fatos tidos como ilícitos penais.

O magistrado deve manter-se distante do que cerne da investigação.

E, ao decidir pela requisição ou não do inquérito policial, conclui-se que o magistrado decidiu pela colheita dos elementos de cognição para formação da opinião do titular da ação penal, função atribuída constitucionalmente, e de forma exclusiva, ao Ministério Público.

O sistema acusatório impõe ao juiz o afastamento das atividades preparatórias da ação penal²⁰⁶.

AFRÂNIO SILVA JARDIM²⁰⁷ também aponta que o Ministério Público, por mandamento constitucional, possui atribuição para requisitar as diligências necessárias à formação de sua opinião.

PAULO RANGEL²⁰⁸ assevera que há inconstitucionalidade, pois deveria o juiz ficar afastado do curso do inquérito policial, intervindo apenas para decretação das medidas cautelares reais ou pessoais.

Não pode o Poder Judiciário atribuir a si próprio a função de deliberar sobre a *opinio delicti*. Não se justifica que o juiz participe ou determine a realização de diligências na busca de provas para a formação da *opinio delicti*.

Desse modo, como bem lembra DENISE NEVES ABADE²⁰⁹, o sistema acusatório reserva ao Ministério Público, destinatário das investigações

²⁰⁶ THUMS, Gilberto, ob. cit., p. 263.

²⁰⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 198.

²⁰⁸ RANGEL, Paulo, ob. cit., p. 57.

criminais, a decisão de abertura de procedimento para a colheita de elementos de convicção.

Também espousa idêntico entendimento DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA²¹⁰.

Assim, inviável é a postura do juiz como parte, sendo-lhe vedada a requisição de instauração de inquérito policial, pois inconstitucional essa disposição prevista no Código de Processo Penal, em seu artigo 5º, inciso II, ante contrastar com o sistema acusatório instituído pela Constituição Federal.

4.1.2 Do encaminhamento do inquérito policial ao juiz

O art. 10, § 1º, do CPP, ao determinar que o inquérito policial seja remetido ao juiz também é incompatível com o sistema acusatório.

Na Itália refere-se ao juiz de instrução, que tem funções análogas à do Promotor de Justiça, portanto a remessa do inquérito deve ser ao Ministério Público, pois titular da ação penal pública.

É inconstitucional a entrega do inquérito policial ao juiz. Aliás, até pela necessidade de agilidade nas investigações, sendo que a autoridade policial deveria tratar de assuntos investigativos diretamente com o Promotor de Justiça, a quem devem ser destinado o material probatório revelado na fase pré-processual.

Por todos os argumentos desfilados no item anterior, percebe-se que o juiz tem função garantidora na fase de investigação, não podendo imiscuir na

²⁰⁹ ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 176.

²¹⁰ SILVA, Danielle Souza de Andrade e, ob. cit., p. 109.

formação da cognição do titular da ação penal, sob pena de subversão do sistema adotado pela Constituição Federal.

De igual modo o artigo 13, inciso II, do Código de Processo Penal, dispõe que a autoridade policial realizará as diligências requisitadas pelo juiz.

As diligências probatórias devem ser feitas pelos órgãos responsáveis pela acusação – Ministério Público e Polícia Judiciária – para permitir, ao *Parquet*, que este, com apoio nos resultados delas emergentes, venha a formar, eventualmente, a *opinio delicti*, pois é o Ministério Público o destinatário, por excelência, dos elementos de informação produzidos no contexto da investigação penal.

Não cabe, em regra, ao Poder Judiciário, substituindo-se, indevidamente, ao membro do Ministério Público, formular juízo em torno da necessidade, ou não, da adoção de medidas probatórias reputadas indispensáveis, pelo *dominus litis*, à formação de sua convicção a propósito da ocorrência de determinada infração penal.

Cabe ao Poder Judiciário a essencial função do de controle jurisdicional sobre a licitude de tais diligências de caráter instrutório.

Aliás, esse foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos autos de Inquérito nº 2.041, em decisão monocrática tomada pelo Ministro Celso de Mello.

Ora, se não há ainda o direito de agir, sem provocação do ente com atribuição para deduzir a acusação em juízo, não pode o juiz, conforme já exposto, determinar a realização de diligências, sob pena de invadir esfera de agir conferida ao Ministério Público pela Constituição Federal.

4.1.3 O arquivamento do inquérito policial

O artigo 28, do Código de Processo Penal, detalha o procedimento que se deve adotar quando o juiz discorda do Ministério Público em razão do arquivamento do inquérito policial.

E o artigo 18, do mesmo Código de Processo Penal, assevera que quem determina o arquivamento dos autos de inquérito policial é o juiz.

Assim, requerido que seja pelo Promotor de Justiça o arquivamento do Inquérito Policial ou de qualquer outra peça informativa, deve o Juiz, discordando do parecer ministerial, encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça que dará a última palavra, insistindo no arquivamento ou não.

De plano, deve ser frisado, o magistrado que assim agisse deveria, para preservar a imparcialidade, imediatamente afastar-se do ulterior processo, pois já revelou sua idéia a respeito dos elementos de cognição constante dos autos de inquérito policial.

Ainda que se tenha em mente o princípio da obrigatoriedade estampado no artigo 24, do diploma processual penal, parece absolutamente anômala a função atribuída ao juiz de fiscalizar tal princípio, abrindo-lhe a possibilidade de discordar da promoção de arquivamento efetuada pelo titular da ação penal pública²¹¹.

²¹¹ SILVA, Danielle Souza de Andrade e, ob. cit., p. 113: “[...] 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.

Do mesmo modo, não é possível que o juiz mergulhe no material probatório, formando a sua opinião dos fatos investigados, entendendo a existência de diligências outras que devem ser realizadas, ingerindo na atividade do Ministério Público e sua convicção.

Essa atividade judicial revela marcante traço inquisitivo, pois distribui o inquérito ao juiz que deverá fiscalizar a atividade do Ministério Público e, caso discorde, determinar o encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral de Justiça para análise e, comungando do entendimento do juiz, ofereça denúncia ou designe membro da Instituição para assim agir.

Como lembrado por GILBERTO THUMS²¹²:

O controle sobre o destino do inquérito há de ser feito pelo Ministério Público, através do Conselho Superior, à semelhança do que ocorre com o inquérito civil destinado a colher elementos de convicção para a propositura de ação civil pública, e não pelo juiz, porque no caso de discordância com o pedido de arquivamento, mesmo remetendo ao Procurador-Geral de Justiça, é o Ministério Público a quem incumbe dizer a última palavra sobre o cabimento ou não da ação penal.

Não há razão plausível, nem do ponto de vista jurídico, nem sob o aspecto lógico ou prático para se exigir que o Ministério Público submeta a sua *opinio delicti* ao Poder Judiciário, pois este nada mais poderá fazer senão acatar o pronunciamento do Procurador-Geral de Justiça (ou da República, se for o caso).

Observa-se que no sistema acusatório, como já visto, estão perfeitamente definidas as funções de acusar, de defender e a de julgar, sendo vedado ao Juiz proceder como órgão persecutório. É conhecido o princípio do *ne procedat judex ex officio*, verdadeiro dogma do sistema acusatório.

²¹² THUMS, Gilberto, ob. cit., p. 264.

Pelo sistema acusatório, na lição do professor da Universidade de Santiago de Compostela, JUAN-LUÍS GÓMEZ COLOMER²¹³, há necessidade de uma acusação formulada e mantida por pessoa distinta daquela que irá julgar, vedando-se ao órgão de decisão a realização de funções da acusação.

No mesmo sentido GIMENO SENDRA²¹⁴, ao entender que ao juiz não é possível atuar realizando funções da parte acusadora, que surge com autonomia e sem qualquer relacionamento com a autoridade encarregada do julgamento.

JOSÉ FREDERICO MARQUES²¹⁵ expõe com clareza:

Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. [...] O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da *notitia criminis*. No que tange com a ação penal e à função de acusar, sua atividade é praticamente nula, visto que ambas foram adjudicadas ao Ministério Público

Ora, se assim o é (e cada vez mais devemos procurar depurar tal sistema), não haveria necessidade, sequer, de submeter ao crivo do Poder Judiciário a decisão sobre o arquivamento de uma notícia-crime. Aliás, *de lege ferenda*, a reforma do Código de Processo Penal já altera substancialmente o art. 28 do CPP deixando ao Ministério Público, com exclusividade, tal atribuição.

Com efeito, o Projeto de Lei nº. 4.209/01 encaminhado ao Congresso Nacional estabelece que o novo art. 28 assim estará redigido:

²¹³ COLOMER, Juan-Luís Gómes. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p. 230: “[...]hay necesidad de una acusación, formulada e mantenida por persona distinta a quien tiene que juzgar, para que se pueda abrir y celebrar el juicio e, consecuentemente, se pueda condenar”.

²¹⁴ SENDRA, Gimeno. *Derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987, p. 64

²¹⁵ MARQUES, José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2 ed. Vol. I. São Paulo: Millennium, 2003, p. 64.

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.

Vê-se que o arquivamento passa a ser objeto apenas da apreciação do órgão do Ministério Público, retirando-se do Poder Judiciário essa anômala função de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal, tudo em conformidade com o art. 129, I da Carta Magna.

Mas, para que não fique o arquivamento em mãos apenas do respectivo Promotor de Justiça, o que não deixaria de ser temerário, prevê o projeto de lei que 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, o investigado ou indiciado.

Assim, a Procuradoria Geral de Justiça de cada Estado da Federação deverá formar um colegiado especialmente destinado a examinar os casos de promoção de arquivamento, preferencialmente formado a partir de eleição entre todos os membros da Instituição²¹⁶.

O juiz afastado da gestão da prova, princípio informador do sistema acusatório, implica em afastar-se das atividades de investigação, preparatórias à ação penal, cabendo ao Ministério Público valorar os fatos e deduzir a acusação em

²¹⁶ No âmbito do Ministério Público Federal há as Câmaras de Coordenação e Revisão com atribuição para, dentre outras funções, "*manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral*" (art. 62, IV da Lei Complementar n. 75/93).

juízo, caso entenda presente um ilícito penal, com autoria definida e base probatória mínima.

Conforme LUIGI FERRAJOLI²¹⁷, a ação penal deve ser um dever para o Ministério Público e uma garantia para os cidadãos, quando presentes dados que sustentem a provocação do Poder Judiciário.

Portanto, cabendo ao Ministério Público, por expressa disposição constitucional, a titularidade exclusiva da ação penal pública, não se apresenta compatível com a Constituição Federal o regramento de ser o juiz responsável pelo arquivamento dos autos de inquérito policial, podendo discordar do Ministério Público e assumir atividade de órgão de acusação.

Com efeito, exerce o juiz, na fase persecutória pré-processual, o papel de garantidor dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados aos investigados, cabendo ao Ministério Público, na integralidade e com exclusividade, a titularidade da ação penal pública.

4.1.4 Inquéritos judiciais

A Constituição Federal de 1988, ao dispor, em seu art. 129, inciso I, que a propositura da ação penal pública é de iniciativa exclusiva do Ministério Público, adotou, no Direito Processual Penal Brasileiro, o sistema acusatório, assumindo o órgão ministerial a titularidade da Ação Penal e o ônus da prova no interesse da verdade, deixando o magistrado equidistante do conflito de interesses existente no processo.

²¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 570.

A nova Lei de Falências (Lei nº. 11.101/05) revogou a lei anterior (Decreto-Lei nº. 7.661, de 21 de junho de 1945) que tratava do inquérito judicial, no qual, ainda assim, o juiz da instrução era diverso do juiz do julgamento. A novel Lei nº. 11.101/05, art. 187, § 2º, preceitua que os indícios de crimes falimentares serão comunicados ao Ministério Público, deixando de prever o inquérito judicial, em harmonia com a Constituição Federal e com o sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir que o juiz brasileiro não pode investigar crimes, na ADI 1.570/DF²¹⁸, relatada pelo então Ministro Maurício Corrêa, em 12 de fevereiro de 2004. Naquela oportunidade, o STF julgou inconstitucional o art. 3º da Lei 9.034/95 (lei do crime organizado).

O juiz não foi programado constitucionalmente para investigar delitos. Não foi adotado no Brasil o sistema dos juzizados de instrução. As duas últimas possibilidades (ainda hoje) que autorizam o juiz a investigar são: (a) investigação contra os próprios juízes e (b) investigação de crimes atribuídos a

218 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1570/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF. DJU de 22.10.200, p. 4: "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte".

pessoas com prerrogativa de função (a investigação contra um deputado federal, por exemplo, é conduzida por um Ministro do STF).

Saliente-se, por oportuno, que quanto à investigação em relação a parlamentar com prerrogativa de foro, o Supremo Tribunal Federal já tem atenuado seu entendimento, conforme será visto, remanescendo, entretantes, firme a orientação da manutenção da investigação quando se tratar de juiz.

Mas também essas possibilidades de investigação a cargo de magistrados, mediante inquérito judicial, são incompatíveis com o sistema acusatório perfilhado pela Constituição Federal.

Não se pode ignorar que a investigação pré-processual, tendo como destinatário o órgão acusador, também deve ser desempenhada por órgão diverso ao do julgamento, sob pena de ofensa ao sistema acusatório.

É tão evidente, que o artigo 252, inciso, II, do Código de Processo Penal, que prevê o impedimento do juiz de atuar em processos em que tenha atuado anteriormente não só como defensor, e órgão do Ministério Público (acusação), mas também mesmo como Autoridade Policial (investigação pré-processual).

O processo penal se norteia pela colidência de interesses, e, portanto, há que ser resguardada a imparcialidade do Poder Judiciário, coibindo-se uma atuação marcada por um caráter inquisitório.

A partir da instauração do princípio acusatório no processo penal, onde, como já foi frisado, a principal característica é exatamente a repartição, entre órgãos autônomos diversos, das funções de acusar e julgar, tendo como princípio informador a gestão da prova, cumpre analisar as atribuições destinadas ao

magistrado, que deve ser diverso daquele que lhe era destinado dentro de um modelo inquisitivo.

Dentro do desenho constitucional traçado pela Carta Política de 1988, a atividade do juiz ficará reservada ao garantismo que permeia a atual concepção do processo penal.

Como leciona acertadamente o professor VITTORIO GREVI²¹⁹, uma visão garantidora coloca o magistrado na posição fundamental de salvaguarda dos direitos do investigado ainda na fase preliminar, jurisdicionalizando os incidentes investigativos que necessitem a legítima violação de direitos constitucionalmente estabelecidos para apuração dos fatos apurados.

E, conforme identifica AFRÂNIO SILVA JARDIM²²⁰ a tendência da nossa legislação é purificar ao máximo o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não apenas precípuas, mas absolutamente exclusivas, o que dá ao réu segurança de um processo mais democrático.

A Constituição Federal exige, ainda que implicitamente, o sistema acusatório público de persecução penal, cuja principal característica é a nítida função de acusar, julgar e defender, colocando-se, assim, em franca oposição à concepção que informou as legislações processuais anteriores.

Os elementos inquisitivos do sistema que concebeu o Código de Processo Penal devem ser eliminados, com uma análise concebida a partir da Constituição Federal.

²¹⁹ GREVI, Vitorio. "Funzioni di Garanzia e Funzioni di Control del Giudice nel Corso delle Indagini Preliminari", in: *Il nuovo processo penale*. Milão: Giuffrè, 1989, p. 65.

²²⁰ JARDIM, Afrânio Silva, ob. cit., p. 201.

Em decisão monocrática, na Petição nº. 3248²²¹, a Ministra ELLEN GRACIE, do Supremo Tribunal Federal, decidiu que a *notitia criminis* da Procuradoria-Geral da República deve ser encaminhada diretamente à Polícia Judiciária, em atendimento à requisição ministerial, pois a investigação prossegue perante a Autoridade Policial e não é atividade do juiz investigar:

Surge daí, na visão do STF, que: a) o indiciamento é ato privativo da Autoridade Policial; b) é função institucional do Ministério Público a requisição de Inquérito Policial, que independe de prévia autorização ou permissão judicial e pode ser instaurado de ofício pelo Delegado de Polícia; c) o Ministério Público não pode requisitar instauração de Inquérito Penal Originário diretamente ao STF; d) a requisição ministerial para instauração de inquérito, em face de autoridade sob a jurisdição do STF, deve ser dirigida à Autoridade Policial e não ao STF; e) apenas na investigação de magistrado, por força do art. 33, § único da LOMAN, havendo indícios da prática de crime, é que os autos serão remetidos ao Tribunal ou Órgão

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3248. Relator: Ministra Ellen Gracie. DJU de 23.11.2004, p. 41: “[...]o Procurador-Geral da República requereu, na petição de f. 02/03, a autuação deste procedimento como inquérito penal originário, com o indiciamento do Deputado Federal, pelo cometimento, em tese, de crime de sonegação fiscal’ (f. 3). 2. Entre as funções institucionais que a Constituição Federal outorgou ao Ministério Público, está a de requisitar a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). Essa requisição independe de prévia autorização ou permissão jurisdicional. Basta o Ministério Público Federal requisitar, diretamente, aos órgãos policiais competentes. Mas não a esta Corte Suprema. Por ela pode tramitar, entre outras demandas, ação penal contra os membros da Câmara dos Deputados e Senado. Mas não inquéritos policiais. Esses tramitam perante os órgãos da Polícia Federal. [...] Não parece razoável admitir que um ministro do Supremo Tribunal Federal conduza, perante a Corte, um inquérito policial que poderá se transformar em ação penal, de sua relatoria. Não há confundir investigação, de natureza penal, quando envolvido um Parlamentar, com aquela que envolve um membro do Poder Judiciário. No caso deste último, havendo indícios da prática de crime, os autos serão remetidos ao Tribunal ou Órgão Especial competente, a fim de que se prossiga a investigação. É o que determina o art. 33, § único da LOMAN. Mas quando se trata de Parlamentar federal, a investigação prossegue perante a autoridade policial federal. Apenas a ação penal é que tramita no Supremo Tribunal Federal. Disso resulta que não pode ser atendido o pedido de instauração de inquérito policial originário perante esta Corte. E, por via de consequência, a solicitação de indiciamento do Parlamentar, ato privativo da autoridade policial. [...] 3. Diante do exposto, determino sejam os autos devolvidos à Procuradoria-Geral da República para as providências que entender cabíveis.”

Especial competente, a fim de que se prossiga na investigação; f) não há outra investigação de indícios de prática de crime que possa ser realizada pelos Tribunais pátrios, fora da hipótese de magistrado investigado (implicitamente).

Esse entendimento da foi reiterado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão do Ministro GILMAR MENDES, no Inquérito nº. 2285²²².

É visível a tendência jurisprudencial no sentido de que as requisições do Ministério Público, à exceção de investigação de magistrados, deve ser feita à Autoridade Policial, de forma direta, e não ser oferecida à Autoridade Judicial.

Conclui-se que há forte corrente jurisprudencial e doutrinária no sentido de que os Tribunais pátrios não devem conduzir investigações criminais, exceção feita na hipótese de fatos relacionados a magistrado que figure na qualidade de investigado, de acordo com o art. 33, parágrafo único, da Loman (Lei Complementar nº. 35/79).

Mas, ainda que se trate de juiz, não se justifica a investigação restar entregue ao Poder Judiciário.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2285. Indiciado: Romero Jucá Filho. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. DJU de 13.3.2006, p. 51: "Não cabe a esta Corte 'determinar' a instauração de inquérito policial para apuração de crime de ação pública incondicionada, ressalvados aqueles praticados no âmbito da própria Corte e que possam dizer respeito ao exercício de sua própria competência, constitucional ou legal (RISTF, art. 8º, inciso IV). Aliás, o próprio § 3º do art. 5º do Código de Processo Penal, invocado pelo autor deste procedimento como fundamento jurídico de sua pretensão, diz expressamente que a comunicação de crime de ação pública far-se-á à 'autoridade policial'. Anote-se, outrossim, que conforme assentado pelo Pleno da Corte na PET nº 2805 - AgR (Rel. Min. Nelson Jobim), a intervenção desta Corte é especialmente descabida quando a mesma notícia crime foi (ou pode ser) diretamente encaminhada ao Ministério Público, tendo 'a apresentação da mesma neste Tribunal a finalidade de causar repercussão eleitoral'. Por estas razões, não conheço ao pleito e nego-lhe seguimento (RISTF, art. 21, § 1º). Conseqüentemente, deixo de aplicar ao caso o art. 40 do CPP, inclusive por não se tratar de conhecimento eventual ou fortuito de fato potencialmente criminoso mas sim de representação direta manifestamente impertinente

Ante o sistema acusatório inserido pela Constituição Federal de 1988 é evidente que a atividade do juiz na fase pré-processual é de garantir os direitos daqueles que são investigados e jamais atuar na investigação.

AURY LOPES JR.²²³ assevera:

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo.

Demais disso, surge claramente ser uma exigência dos princípios que norteiam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal.

Assim, o juiz deve ficar afastado da investigação preliminar – seja em qualquer instância – e garantir os relevantes direitos dos sujeitos da relação que potencialmente poderá ser desenvolvida em juízo, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorizar aquelas medidas restritivas de direito (cautelares, busca e apreensão, intervenções telefônicas etc.).

Pelo traçado constitucional o juiz atua como garante e não como investigador.

²²³ LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 163.

Importante frisar que mesmo nas hipóteses em que exista foro por prerrogativa de função, a instrução do relator é uma atividade da fase processual – instrução definitiva – e sempre será posterior à finalização da investigação criminal (seja ela inquérito policial ou realizada pelo Ministério Público) e ao oferecimento da ação penal ²²⁴.

Não é possível conviver com a Constituição Federal, que consagra o sistema acusatório, como visto alhures, com um modelo que pretende entregar ao próprio magistrado, quiçá quem irá participar de julgamento a respeito dos fatos que ora são apurados, a condução das investigações.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei nº 8.625/93 – também prevê o encaminhamento ao Procurador-Geral dos autos que contenham indícios de prática de crime por membro do Ministério Público.

É o que denomina DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS²²⁵ de imunidade processual, a qual acoberta os membros da magistratura e do Ministério Público de contra ele ser instaurado procedimento persecutório instaurado pela autoridade policial, ou quando iniciado o procedimento contra terceiro, caso envolvido um ou outro, tenha seguimento no âmbito estritamente policial, configurando-se um desdobramento do foro especial decorrente da prerrogativa de função.

A idéia é que havendo prerrogativa de foro, não seria interessante atribuir ao Delegado de Polícia a presidência das investigações. Inobstante tal

²²⁴ *Idem*, p. 164.

²²⁵ JESUS, Damásio Evangelista. **Código de processo penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 746.

assertiva, é certo que no processo de cunho acusatório o destinatário das investigações que antecedem o processo é o Ministério Público, não podendo ser tido como compatível com esse sistema a presidência de qualquer investigação entregue a um magistrado.

O sistema processual vigente tem que ser interpretado sob um filtro constitucional, vez que convivemos com vetusto Código de Processo Penal, da época da famigerada Constituição de 1937, de inspiração fascista, e ao mesmo tempo com uma Constituição Federal de clara índole democrática.

Assim sendo, não se vislumbra a possibilidade da existência de instrução preliminar judicial, não consagrando nosso sistema a figura do juiz instrutor.

Gize-se que a situação atual somente encontra paralelo no novo Código Português, pois lá há previsão de um debate preliminar entre o acusador e o imputado, perante um juiz de instrução que decidirá acerca da viabilidade da acusação, ocorrendo um controle jurisdicional da posição assumida pelo Ministério Público ²²⁶.

Ali o juiz possui livre disposição sobre os atos a serem investigados, o que aqui não acontece.

Aliás, tratando-se de direito comparado, é importante lembrar que na Itália, após a reforma de 1988, o modelo processual penal italiano sofreu profunda modificação, inovando-se com a criação de uma etapa pré-processual denominada *indagini preliminari* ²²⁷.

²²⁶ MOURA, José Souto de. "Inquérito e instrução", in: **O Novo Código de Processo Penal**, Coimbra: Almedina, 1988, p. 116.

²²⁷ VIGNAS, Piero Luigi. "L'Indagini Preliminari", in: **Il Nuovo Processo Penale**. Milão: Giuffrè, 1988, p. 10.

Com o atual modelo, ocorreu na Itália a supressão dos poderes investigatórios do magistrado, o que já era pensado por FRANCESCO CARNELUTTI²²⁸, pois via que somente o Ministério Público poderia ser o destinatário das informações que desaguariam na apuração judicial do fato criminoso.

E assim o é, com inteira razão, para preservar o sistema acusatório, corolário lógica de uma organização estatal democrática.

Conclui-se, portanto, que a intervenção do órgão jurisdicional é contingente e excepcional, não se podendo, sob pena de tisonar a própria Constituição Federal, ser investigação presidida por membro do Poder Judiciário.

Como lembra DENISE NEVES ABADE²²⁹, diferentemente da Polícia Judiciária, o Ministério Público, do mesmo modo que a magistratura, está escalonado em órgãos de primeira e segunda instância. Desse modo, não haveria qual empecilho a ferir a prerrogativa de foro especial se a investigação fosse procedida por membro do Ministério Público de segunda instância.

E continua a autora²³⁰, ao se conferir a investigação e julgamento a um mesmo órgão do Estado – o Poder Judiciário –, afronta-se flagrantemente a garantia de imparcialidade, retomando um inadmissível processo inquisitivo. E assim acontece por que o Ministério Público não julga, é parte responsável dedução da acusação, devendo ser responsável pela coleta dos elementos de convicção para tanto. Seria a mesma coisa de ser autorizado o Ministério Público investigar e julgar

²²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Processual Civil y Penal – Principio Del Proceso Penal*, vol. II, Buenos Aires: Jurídicas Europa América Ed., 1971, p. 32 e seguintes.

²²⁹ ABADE, Denise Neves, ob. cit., p. 177.

²³⁰ *Idem*, p. 178.

um dos seus membros. Ora, Ministério Público não é encarregado do julgamento; juiz não é encarregado da investigação.

Deste modo, forçoso concluir que inquérito judicial não se coaduna com o perfil traçado pela Constituição Federal de 1998 ao sistema de processo penal brasileiro. Ademais, causa gravame intenso à autonomia do próprio Ministério Público, pois submete sua *opinio delicti*, antes da jurisdicionalização de qualquer acusação formal, ao Poder Judiciário, que passa, nesse ponto, a ser órgão acusador – pois é quem determina a realização das diligências tendentes a formar a opinião do órgão constitucionalmente imbuído de deduzir a acusação em juízo – e ao mesmo tempo é órgão julgador: estabelece-se de fato o sistema inquisitório.

Por tal ângulo, evidencia-se que a Constituição Federal incumbiu as investigações ao Ministério Público e à Polícia Judiciária, sem que isso importe em abdicar de qualquer direito dos investigados, pois o Poder Judiciário sempre funcionará como órgão garantidor, uma vez que qualquer medida que importe em restrição da liberdade e intimidade de qualquer investigado necessariamente deverá ser autorizada pelo magistrado competente para tanto.

4.2 A iniciativa do juiz no processo penal

A análise que será feita é a respeito da atuação ativa do juiz na produção de provas, ante o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988.

A persecução criminal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado.

Portanto, o processo penal deve ser visto como instrumento de salvaguarda da liberdade do imputado, não sendo um instrumento de arbítrio do Estado.

SYLVIA HELENA STEINER MALHEIROS²³¹ assevera com propriedade que o processo penal somente pode ser considerado nos regimes democráticos como garantia ao acusado. E conclui que um dos maiores desafios que os operadores do direito têm a enfrentar nos dias atuais é o da conciliação dos interesses postos em confronto – real ou aparente – na realização das funções do Estado frente à proteção às liberdades e garantias individuais, e à necessidade de proteção e segurança do cidadão, o que exige desse mesmo Estado condutas positivas e eficazes.

Nessa visão do processo urge que o juiz, atento ao princípio informador do sistema acusatório, consiga ficar distante da gestão da prova, especialmente aquela de cunho condenatório, atribuição do Ministério Público.

Nesse caso, é importante que a discricionariedade do juiz seja reduzida ao máximo, blindando-o de forma a ser imparcial objetivamente, podendo proferir decisões sem a absoluta contaminação com sua ideologia pessoal.

²³¹ MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. “O Ministério Público e a tutela da intimidade na investigação criminal”. In: *Justiça e democracia: Revista de informações e debates*, vol. 2, jul./dez.1996, p. 24.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR²³² adverte que o problema está justamente em aceitar que muitas vezes o que se conta é a concepção pessoal do aplicador, o modo como ele concebe o objeto da decisão, que deve ser conjugado com o princípio da neutralidade da posição do decisor, que não deve tomar-se de preconceitos ao decidir.

Evidentemente que a própria técnica processual não é neutra, sendo por essa razão difícil de imaginar a existência de juízes neutros.

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO²³³ adverte que a técnica processual não é neutra, mas reflete o contexto histórico dos diversos Estados, o estágio cultural em que se encontram, e as ideologias dominantes.

O juiz jamais é neutro na interpretação da leis, pois é fruto de seus sentimentos, crenças, emoções e ideologias, as quais interferem nas decisões judiciais.

Mas, especialmente na esfera criminal não se pode admitir que as garantias do cidadão sejam sublimadas pelos posicionamentos ideológicos de determinadas pessoas, investidas na função judicante.

E nesse ponto, é importante trazer à baila o sistema processual penal brasileiro, que é o acusatório.

Cumprir afirmar que o juiz, dentro do processo penal, deve ter como norte a consecução dos ideais traçados pela Constituição Federal, sob pena de se tornar um perigoso instrumento supressor de liberdades.

²³² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 97.

²³³ AZEVEDO, Plauto Faraco de Azevedo. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 60.

Na visão de DENNIS LLOYD²³⁴ a relação entre lei e liberdade é estreita, uma vez que a lei pode ser utilizada como instrumento de tirania, como aconteceu na história da humanidade, ou ser empregada como um meio de pôr em vigor aquelas liberdades básicas que, numa sociedade democrática, são consideradas parte essencial de uma vida adequada.

Nessa linha de pensamento, importa restringir a discricionariedade do julgador. CANOTILHO²³⁵, ao fazer referência aos fundamentos do Estado de Direito, entende que a fórmula *the rule of law* significa a obrigação da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir, privando as pessoas da liberdade e propriedade.

E aí se ancora no processo penal atual. O Código de Processo Penal fruto de um momento de arbítrio – Constituição de 1937 – convive com a Constituição Federal de 1988, promulgada com a promessa de um novo mundo a ser construído, com bases democráticas, a garantir uma sociedade menos desigual, calcada na dignidade da pessoa humana.

A solução, como visto, será a prevalência da Constituição Federal, tornando-se palpável no mundo do processo penal, fazendo com que se extirpe do regramento jurídico disposições que contrastem com a Constituição Federal.

De plano, nota-se que ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que não é culpável até que sentença final com trânsito em julgado – o processo penal revela estar condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impondo ao acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo que faculta ao

²³⁴ LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. Trad.: Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 11.

²³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 89.

acusado, que jamais necessita demonstrar sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

O processo penal delinea-se assim como a estrutura jurídico-formal onde o Estado desempenha sua atividade persecutória, existindo uma perene tensão entre o direito de liberdade do indivíduo e a pretensão acusatória deduzida.

A relação de conflituosidade entre Estado e indivíduo é a nota típica do processo penal de cunho condenatório. Mas a persecução criminal não é gerada pelo poder do arbítrio do Estado, ela é condicionada pelo próprio ordenamento jurídico. A tutela da liberdade é um poderoso limitador – insuperável – à atividade persecutória do Estado.

JOSÉ FREDERICO MARQUES²³⁶ acentua que com o cometimento do ilícito penal, a reação da sociedade não é instintiva, arbitrária, mas regrada, ponderada, regulamentada, enfim essencialmente judiciária.

Nesse contexto, surge importante a exigência da comprovação plena dos elementos que dão suporte à ação penal, de forma integral e com exclusividade, ao Ministério Público.

No entanto, remanesce no Código de Processo Penal a possibilidade do juiz produzir provas de forma supletiva, inclusive de índole condenatória.

A seguir serão abordados dispositivos legais que possibilitam essa atividade acusatória do juiz

²³⁶ MARQUES, José Frederico, ob. cit., pp. 11-13.

4.2.1 O artigo 156 do Código de Processo Penal

Sobrevive no sistema processual penal a disposição do artigo 156, do Código de Processo Penal, que em sua parte final permite ao juiz, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Nessa disposição infraconstitucional residiria a válvula de escape no âmbito do processo penal para permitir que o juiz faça a gestão da prova, inclusive autonomamente podendo ter a iniciativa de sua produção.

Aliás, a Exposição de Motivos do CPP, ao abordar as provas, no item VII, deixa claro que

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

No entanto, é necessário balizar a atividade probatória do magistrado, pois se assim não for pode haver espaço para inversão do sistema, transmudando-se o juiz de julgador em acusador e transformando, de fato, um sistema acusatório em clara inquisição.

Como desenvolvido anteriormente, a atividade probatória de iniciativa do juiz não pode ser exercida sem balizamento. É importante traçar parâmetros que possam limitar referida atividade, a qual deve ser desenvolvida em consonância com o sistema acusatório.

É aqui trazido o pensamento de que o próprio sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, consoante exposto, é o filtro necessário para o exercício dessa iniciativa probatória, visando assegurar a imparcialidade do órgão julgador.

E a imparcialidade aqui tratada é aquela desnudada pela atuação concreta do juiz no processo, posto que ele não pode transformar-se em agente oficial do Estado para acusar quem quer que seja.

Com perfeição JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO²³⁷ assevera que a imparcialidade deve ser meta a atingir pelo julgador no exercício da jurisdição, devendo serem buscados meios eficientes para garanti-la.

Destarte, nesse horizonte não se vislumbra possível ao magistrado exercer qualquer atividade inicial tendente a acusar dentro da relação processual.

Não se esquece aqui da posição de SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO²³⁸ que entende ser dever do juiz, espontaneamente, perseguir a verdade, mesmo que para tanto se adote o processo penal inquisitivo.

Em igual sentido VICENTE GRECO FILHO²³⁹, entendendo que o poder inquisitivo do juiz permite a ele ultrapassar os fatos descritos no processo, para determinar a realização de prova tendente à verificação do que aconteceu no mundo real.

²³⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, ob. cit., p. 33.

²³⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. "O juiz penal e a pesquisa da verdade material". In: PORTO, Hermínio Alberto; SILVA, Marco Antonio Marques. **Processo penal e Constituição Federal**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993, p. 75.

²³⁹ GRECO FILHO, ob. cit., pp. 65-66.

JULIO FABBRINI MIRABETE²⁴⁰ também adota entendimento da possibilidade do juiz agir de forma inquisitiva na produção das provas, à revelia das partes.

Também ADA PELLEGRINI GRINOVER²⁴¹ entende que o juiz deve ter papel ativo, num processo publicista, coerente com sua função social.

Sem embargo do peso doutrinário dessas opiniões, com elas não se comunga.

Para o modelo acusatório é importante, além da existência de órgãos distintos, é necessário o afastamento do juiz da gestão da prova, pois deve manter equidistância entre as partes, para que decida, de forma reflexiva, entre as opções que lhe foram propostas pela acusação e defesa.

Não é novidade a lição de que princípio nada mais é do que a regra matriz de um sistema, da qual brotam as demais normas, e serve para dar uniformidade ao conjunto²⁴².

Aqui, como não poderia ser diferente, a lógica é a mesma: o princípio acusatório é regra matriz, vetor, do sistema processual penal conhecido como acusatório.

A estrita divisão de funções entre os personagens do processo constitui, então, o núcleo básico de um conjunto de regras e princípios que regem o processo penal democrático. A esse conjunto convencionou-se dar o nome de sistema processual acusatório.

²⁴⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 262: “[...] o processo penal, ao contrário do civil, não transige com essa busca da verdade real. O juiz pode assim determinar, à revelia das partes, a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução [...]”.

²⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, ob. cit., p. 5.

²⁴² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19.

E é o adotado pela Constituição Federal de 1988, consoante exaustivamente repetido.

FRANCESCO CARNELUTTI²⁴³ já advertia da necessidade da contraposição entre acusação e defesa diante de um juiz imparcial, visando a eleição da melhor solução para o processo.

Essa atividade de acusar, em razão do sistema acusatório, é desenvolvida com exclusividade pelo órgão do Ministério Público, nas hipóteses de ação penal pública.

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.

GIOVANNI CONSO²⁴⁴, ao examinar o sistema acusatório, entre outros aspectos, frisa a necessidade de exclusão da iniciativa judicial no recolhimento das provas.

Como corolário da atividade desenvolvida pelo Ministério Público, impõe-se, inclusive como expressiva garantia jurídica que tutela e protege o estado de liberdade do indivíduo, que o ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do crime recaia sobre o Ministério Público.

Atribuir esse poder ao magistrado, além de macular o sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, como dantes visto, conduz a primazia da hipótese em detrimento do fato, gerando um quadro mental paranóico²⁴⁵.

²⁴³ CARNELUTTI, Francesco, ob. cit., p. 302.

²⁴⁴ CONSO, Giovanni. *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*. Milano: Giufré, 1969, p. 08

²⁴⁵ CORDERO, Franco, ob. cit., p. 51.

Essa espécie de modelo, concentrando no magistrado a gestão da prova, evidentemente contraria aquele adotado pela Constituição Federal, estabelecendo no representante do Estado-Juiz tendências inquisitórias, buscando ele ao invés de buscar seu convencimento na prova carreada para os autos, equivocadamente busca provar o acerto da imputação formulada por si previamente à apuração dos fatos²⁴⁶.

Desse modo, de plano, entende-se que o primeiro balizamento a ser traçado, como limitador da atividade probatória pela juiz, é a impossibilidade deste suprir deficiência que entenda existente na atuação do ente estatal – Ministério Público – responsável pelo desenvolvimento da acusação.

Ademais, existindo um órgão estatal organizado e estruturado por lei, com atribuição exclusiva de promover a ação penal pública, vedado é ao magistrado assumir o papel de acusador²⁴⁷.

Existe dificuldade no exercício concreto desse limite. Muitas vezes poderá aparentar existir confusão entre esclarecimento de fatos que interessam ao deslinde da causa, aproveitando ao acusado, e esclarecimento de elementos que também interessam ao interesse da causa, mas que somente aproveitam à procedência do pedido do Ministério Público, devendo assim ser por ele produzida sua prova.

O encargo processual de prova dos fatos trazidos a juízo, é do Ministério Público, que deve demonstrar a infração penal em toda a sua inteireza.

²⁴⁶ JARDIM, Afrânio Silva, ob. cit., p. 24.

²⁴⁷ THUMS, Gilberto, ob. cit., p. 252.

O juiz não pode auxiliar o Ministério Público na busca de provas para sedimentar um édito de condenação.

Produzindo, segundo essa visão desenvolvida, prova que era de iniciativa probatória do órgão acusador, estará o juiz violando o sistema acusatório e contaminando tal prova de nulidade, vez que ilícita.

E assim o é em razão do sistema acusatório, vez que não pode desenvolver o magistrado atividade tipicamente acusatória, sob pena de se ver transformado em inquisidor e não em juiz que deve ser imparcial.

Destarte, por exemplo, determinando produção de exame de corpo de delito complementar, visando comprovar se a vítima ficou mais de trinta dias impossibilitada de exercer suas atividades habituais, quando tal não foi solicitado pelo Ministério Público, que tinha a obrigação de produzir tal prova, conforme dicção do artigo 156, do Código de Processo Penal, estará o juiz a atuar como acusador e, portanto, tal prova não poderá ser considerada para o provimento final, em razão de quebrar o sistema a atividade probatória na espécie.

Se assim acontece em relação à produção de prova que interessa apenas ao órgão acusador, em relação ao acusado a situação é diversa.

No entanto, deve ser advertido, por necessário, que essa atividade supletiva somente acontece em relação à prova produzida, e não em razão da deficiência probatória. Portanto, o juiz só teria condições de produzir, de impulsionar, de iniciar a fase probatória quando, efetivamente, já estivessem nos autos as provas colhidas.

A realização da isonomia concreta, mormente visando a demonstração da inocência, ou existência de dúvida razoável, que favoreça o

acusado pode e deve nortear a atividade do juiz, pois o tratamento desigual entre desiguais é pedra de toque entre aqueles que estudam o direito constitucional para efetivar a paridade de armas no processo.

Atuando o Estado-Administração, representado pelo Ministério Público, em plano superior ao do acusado, posto ter maior estrutura a seu dispor para desempenhar a atividade de persecução penal, é indispensável que o Estado-Juiz implemente no plano real dita igualdade, possibilitando que as partes fiquem em um mesmo patamar, na construção de provimento que se aproxime o mais possível da realidade dos acontecimentos.

Assim, impõe-se a não intervenção judicial para produção de provas, expurgando-se da instrução criminal material probatório deduzido de ofício pelo juiz, a não ser para aclarar pontos destacados pelas partes, pois ao buscar provas não cogitadas pelo atores-partes processuais, o magistrado compromete o necessário distanciamento – imparcialidade – que deve ter quanto aos temas discutidos na causa²⁴⁸.

Mas aí surge um segundo balizamento, a necessidade dessa atividade probatória do magistrado ser unicamente supletiva, destinada a resolver questão relevante a respeito dos fatos, nos termos do artigo 156, do CPP.

Ainda que se aceite que o juiz não possa atuar para exercer atividade acusatória, mas apenas atividade que beneficie a defesa, como corolário de um sistema acusatório, não é crível, também sob pena de violar o princípio da

²⁴⁸ SILVA, Danielle Souza de Andrade e, ob. cit., p. 152.

imparcialidade, decorrente do sistema acusatório, que se permita ao juiz substituir atividade que deva ser desempenhada pela defesa.

Assim, inviável se torna, sob um falso discurso garantista, permitir ao juiz que saia produzindo prova antes de qualquer atividade da defesa, ou sem esta estar completa, atuando como autêntico defensor e não como juiz que pretenda esclarecer os fatos relevantes acontecidos e que possam influir na dinâmica de sua decisão.

Daí surge a necessidade de estabelecer também como parâmetro à atividade probatória do julgador a questão de ser ela supletiva àquela desenvolvida pelas partes e, ainda, que recaia tão-somente sobre ponto relevante.

É óbvio que não sendo produzida prova pela defesa, após ser facultada sua produção durante a instrução, e existindo ou surgindo durante a instrução.

Outro balizamento, advindo também do sistema acusatório, é a necessidade de motivação para que determine a produção da prova. Este é o terceiro balizamento.

Por expressa determinação constitucional, inserta no artigo 93, inciso IX, o juiz deverá, ao determinar a produção da prova lançar nos autos as razões que o levaram a determinar referida atividade probatória, sem o que se tornaria inviável para as partes apreender com exatidão o móvel que levou o juiz a agir daquele modo, inviabilizando a análise das duas balizas anteriormente traçadas.

Anote-se que a motivação também deverá constar da sentença ao valorar a prova produzida, nos exatos termos da Constituição Federal.

Na esteira da Constituição Federal, o juiz tem de motivar a decisão²⁴⁹, indicando as razões que o levaram a determinar a realização daquela prova. A fundamentação da decisão, porém, cria um sério problema: ao externar o raciocínio que o levou a determinar a produção da prova e revelar qual a parte potencialmente beneficiada com ela, estaria, em regra, quebrada a imparcialidade do juiz.

Isso acontece, em razão de quem procura a prova sabe a razão daquela busca, esperando confirmar em seu espírito um juízo de valor já formado, representando uma inclinação ou tendência comprometedora da imparcialidade.

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar, e isso, em termo de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.

No entanto, indispensável que motive o fundamento do seu agir.

O quarto balizamento é a existência do contraditório. As partes devem participar da produção da prova, juntamente com o juiz, sem o que não há condição de validade da prova, sequer podendo ser assim consideradas aquelas que forem produzidas em desconformidade com o contraditório.

Assim, percebe-se que a atividade do juiz na instrução encontra limites nesses quatro balizamentos expostos, os quais darão condições para que não se extrapole tal atividade de modo a macular a imparcialidade de quem irá julgar.

²⁴⁹ PRADO, Geraldo, ob. cit., p. 137.

4.3 Alguns dispositivos do CPP e o sistema acusatório

O Código de Processo Penal é conceitualmente incompatível com a Constituição Federal de 1988, em razão desta surgir no bojo de um Estado Democrático, enquanto aquela é fruto de um momento de arbítrio.

Como assevera GILMAR FERREIRA MENDES²⁵⁰, com fundamento em Kelsen, Loewenstein e Hesse, não é suficiente a consagração, pela Constituição, de garantias essenciais à consolidação de um sistema democrático em que os direitos fundamentais sejam efetivamente respeitados, fazendo-se mister que ela logre concretizar a sua pretensão de eficácia.

Vale lembrar, a propósito, com VITAL MOREIRA²⁵¹, que

A soberania do legislador cedeu passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação de poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A idéia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei fundamental. A limitação da vontade da maioria ordinária decorre da supremacia de uma maioria mais forte. O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição originário.

A submissão do poder constituído ao poder constituinte deve operar no processo penal, com a contaminação do processo pela Constituição.

O Código de Processo Penal deve ser interpretado à luz da Constituição, pois esta prevê todo um sistema de garantia individual que permite concluir pela adoção do modelo acusatório de processo. Já o Código de 1941,

²⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: IBDC/ Celso Bastos Editor, 1999, p. 32.

²⁵¹ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 179-180.

inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 30, do século passado, de cunho político-ideológico fascista, propunha medidas em que se visualizava o tratamento de presunção de culpa do investigado/acusado e, na ponderação entre a tutela da segurança jurídica e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase sempre da primeira, sempre legitimada pela busca da verdade real.

Esse modelo está em desconformidade com a Constituição e deve ser compatibilizado.

Não serão analisados os inúmeros dispositivos inconstitucionais, mas apenas aqueles que se ligam ao tema da iniciativa acusatória. E evidentemente, além dos que serão abordados, todos aqueles que possibilitem recursos de ofício pelo juiz também são inconstitucionais, ante a quebra da iniciativa acusatória, por óbvio.

4.3.1 Da prisão preventiva decretada de ofício

MARCELLUS POLASTRI LIMA²⁵², de maneira taxativa e peremptória, afirma não haver dúvida de que constitucionalmente foi adotado no Brasil o sistema acusatório em razão dos princípios adotados na Lei Magna, tais como, entre outros, o princípio do juiz natural e imparcial (arts. 5º, LIII, 92 e 126) e, de forma especial, pelo fato de ser privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública (art. 129, I). Aliás, impõe-se a averbação, como não poderia deixar de

²⁵² LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e Persecução Criminal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997, pp. 124-125.

ser, também nos crimes de iniciativa privada, comete-se às pessoas enumeradas nos arts. 30 e 31 do CPP o jus persecuendi in judicio.

No entanto, em que pese o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988, o artigo 311, do Código de Processo Penal, admite a decretação da prisão preventiva por ato de ofício do juiz.

Evidente que o juiz se afasta da posição de neutralidade, penetrando na área de atribuição do órgão encarregado de deduzir a acusação em juízo, pois segrega a liberdade do imputado sem que tenha havido provocação para tanto.

Quando estiver em jogo a decretação da prisão, de acordo com a linha de pensamento defendida no presente estudo, o magistrado, ao contrário do que consta da nossa lei processual, jamais deverá atuar de ofício, dependendo, sempre, de requerimento do Ministério Público ou do querelante, no caso da ação penal privada, conforme o caso.

Aliás, como posto em destaque no decorrer da exposição, em qualquer medida cautelar, seja ela de caráter pessoal seja ela de natureza real, desde que observado o sistema acusatório de forma ortodoxa, será vedada a atuação de ofício do magistrado. A providência dependerá, sempre e sempre, da iniciativa do Ministério Público ou do querelante, em função, evidentemente, da hipótese em exame.

Do contrário, teremos, como ainda ocorre em nossa legislação, um simulacro de sistema acusatório.

A posição adotada pelo juiz no processo deverá ser a de um expectador, jamais se tornar um ator, prezando pelo respeito às garantias

constitucionais na função de juiz-garante, de forma a alcançar a igualdade das partes no processo.

E a igualdade, nas palavras de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA²⁵³, só será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado.

A prisão antes de sentença condenatória transitada em julgado constitui medida cautelar a ser determinada pelo magistrado, desde que devidamente provocado pelos atores envolvidos na persecução penal (em regra, a autoridade policial ou o Ministério Público). A esse respeito, é de ser afirmada a incompatibilidade com a Constituição Federal da norma do Código de Processo Penal que permite a decretação da prisão preventiva pelo Juiz de ofício (art. 311).

É que num processo penal que se proclama acusatório, não se admite possa o Juiz, ainda antes de decidir a lide, adotar postura que o aproxima de uma das partes, a saber, daquela que sustenta a pretensão punitiva. As medidas constritivas que a Lei Processual Penal permite possam ser efetivadas pelo Magistrado, ausente prévia provocação, afetam significativamente a situação do acusado e seu direito de liberdade, num momento em que se revela imprópria qualquer manifestação judicial sobre a culpa.²⁵⁴ Manifestação a esse respeito,

²⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 9.

²⁵⁴ Além da preventiva, prevê a Lei Processual Penal a possibilidade do Juiz determinar de ofício o seqüestro de bens do indiciado (art. 127) e a busca e apreensão (art. 242).

convém observar, deve se verificar após o término da instrução criminal, atendida em tudo a cláusula do devido processo legal.

A despeito disto, a prática judiciária freqüentemente apóia-se em tais disposições, daí porque deve ser repensada, afirmando-se o modelo acusatório em toda a sua extensão.

Assim, a prisão preventiva, que deveria ser medida excepcional, para assegurar a ordem e o bom andamento processual, desvirtua sua finalidade e passa a ser utilizado como pena antecipada, inclusive pelo magistrado de ofício, com fundamento no artigo 311, do diploma processual penal.

Inobstante haver previsão legal para tal no Código de Processo Penal, há de ser feita, segundo a melhor hermenêutica, uma interpretação do dispositivo legal à luz da Constituição Federal.

Logo, qualquer atividade persecutória do juiz, como por exemplo, a decretação de ofício de prisão preventiva, quando o Ministério Público, não por inércia, mas por não vislumbrar a necessidade da medida, não formula o pedido, fere gravemente o princípio da Inércia da jurisdição, que nada mais é do que a impossibilidade do exercício da jurisdição de ofício pelo juiz.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS²⁵⁵ atesta que a imparcialidade e objectividade que, conjuntamente com a independência, são condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial só estarão asseguradas quando a entidade julgadora não tenha também função de investigação preliminar e acusação das infracções, mas antes possa apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado.

²⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, ob. cit., p. 136.

A partir do momento em que o legislador constituinte fez uma opção de sistema, e delineou e definiu claramente as funções de cada ator processual, há de se respeitar estes limites.

A decretação de prisão preventiva pelo juiz caracteriza nitidamente como função de parte acusadora²⁵⁶.

Juiz que determina prisão espontaneamente, ao alvedrio da vontade do Ministério Público, é um juiz inquisidor, que se imiscui em dois papéis, dissonante a um direito processual garantista²⁵⁷.

4.3.2 Da *mutatio libelli*

A doutrina mais crítica, e de modo intenso, vem entendendo ser inconstitucional a mudança do libelo na forma preconizada pelo artigo 384, do diploma processual penal²⁵⁸.

De plano, já se vislumbra que há uma acusação iniciada pelo juiz, pois este dá nova definição jurídica do próprio fato. Diferentemente da *emendatio*

²⁵⁶ LOPES JR., Aury, ob. cit., p.167.

²⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo, **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume. Teoria Geral do Direito Penal**. 2ª ed, Rio de Janeiro:Revan, 2003,p.290: “[...]A um Direito Penal limitador ou de garantias corresponde um Direito Processual acusatório, e a um Direito Processual autoritário, um Processual Penal inquisitório [...]”.

²⁵⁸ Art. 384: Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas. Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

*libelli*²⁵⁹, quando o juiz dá nova definição jurídica a fatos, simplesmente alterando a capitulação inicial, na *mutatio libelli* ele altera a imputação do fato, iniciando nova acusação, sem provocação do titular da ação penal.

Conforme GERALDO PRADO²⁶⁰, é razoável que o autor da ação penal, diante de novos fatos surgidos durante a instrução criminal, atue para aditar a inicial acusatória, visando a inclusão destes e o seu debate entre as partes. O que não se concebe é que o juiz o faça, pois afronta o princípio informador do sistema acusatório.

Atualmente a matéria está no âmbito do Supremo Tribunal Federal pendendo de decisão, pois no *Habeas Corpus* nº 92.464/RJ, da relatoria do Ministro Menezes de Direito, HC 92464/RJ, rel. Min. Menezes Direito, 9.10.2007. (HC-92464), para discussão a respeito da constitucionalidade do artigo 384, do Código de Processo Penal.

Mas, tornando ao tema, é fácil perceber que o juiz assume a posição de acusador na hipótese traçada pelo artigo 384, o que é incompatível com a Constituição Federal.

A Constituição é o primeiro parâmetro, a fonte inicial e fundante de todas as regras processuais. Pois, todas as normas incompatíveis com os ditames constitucionais, explícitos ou implícitos na Constituição material, não chegam a produzir efeitos, não integram a realidade jurídica, menos ainda merecem cumprimento.

²⁵⁹ Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

²⁶⁰ PRADO, Geraldo, ob. cit., pp. 167-168.

Assim, a imposição feita ao magistrado no art. 384 e parágrafo único do CPP, se ele a ela submeter-se, viola normas elementares assecuratórias dos direitos fundamentais dos processados criminalmente.

Se o agir do julgador, ante o desinteresse, nem sempre negligenciado, mas legítimo e/ou tático, do Ministério Público, nos termos do dispositivo processual penal, rompe com a *mens legis* do constituinte de 1988.

A Carta Constitucional, dando especial prestígio à instituição ministerial, deferiu, no art. 129, inciso I, que são funções institucionais do Ministério Público, entre outras, promover, privativamente a ação penal pública.

Demais disso, no parágrafo 2º, do artigo 129, assegurou que as funções do Ministério Público somente podem ser exercidas por integrantes da carreira.

O estado democrático de direito, delineado no estatuto político vigente, confere sua representação acusatória ao Ministério Público, cercandolhe com o direito subjetivo de ação ou de exigir a tutela da jurisdição, que não pode ser revogada pelo magistrado, titular da tão nobre atividade jurisdicional.

Mais grave, ainda que envolva conseqüência não tão violenta contra o agente, é o disposto na cabeça do artigo 384 do CPP, vez que ali está a autorização para o magistrado, além de usurpar a iniciativa ministerial, não o convoca para manifestar-se sobre a impressão da circunstância elementar não-descrita na peça de sua autoria exclusiva.

Arbitrariamente, negando-se a aceitar a imobilidade ministerial, desperta para auxiliar-lhe e assumir a acusação, determinando que a defesa tome as providências para reagir à nova configuração jurídica do fato.

Portanto, oportuno lembrar o PONTES DE MIRANDA²⁶¹, quando alertou que nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou sem entender devam ser cumpridos.

JAQUES DE CAMARGO PENTEADO²⁶² defende que a nova ordem constitucional revogou o art. 384 e seu parágrafo único, impedindo a baixa dos autos pelo juízo inovando a acusação ou a convocação do autor para suprir narrativa e pedido:

Primeiramente, esta regra afeta a inércia do julgador e, a seguir, fazendo-o parte, modula seu ato de forma similar à denúncia. Começando por outorgar iniciativa acusatória ao que deveria constitucionalmente permanecer inerte, termina por exigir de seu movimento as mesmas características formais da denúncia. Em nome da defesa social aproxima o juiz do acusador como o faz ao lhe ensejar iniciativa do procedimento sumário (art. 531 do CPP – revogado pela Constituição da República, RT 638/314). Praticamente, julga com antecipação, motivado que está ao acolhimento da matéria que espontaneamente levantou nos autos. Falta de denúncia, acusa para condenar ou convoca o acusador a delatar para acolher pretensão que ajudou a criar. É parte não julgador.

Ainda em relação à *mutatio libelli* sem aditamento, eis o AFRÂNIO SILVA JARDIM²⁶³ adverte que a norma em comento é de duvidosa constitucionalidade.

Derivado do fundamento nos princípios da separação de poderes, da inércia da jurisdição, da exclusividade do Ministério Público na promoção da ação penal pública, da imparcialidade, da congruência entre acusação e sentença, não há como aceitar ser constitucional a precisão da *mutatio libelli*.

²⁶¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Borsói, 1960, p. 12.

²⁶² PENTEADO, Jaques de Camargo. “Imputação por julgador”. In: **Revista dos Tribunais**, ano 83, julho de 1994, volume 705, p. 53.

²⁶³ JARDIM, Afrânio Silva, ob. cit., p. 414.

O aditamento da acusação, sob pena de ferimento do princípio acusatório que informa o sistema de processo penal, somente pode ser feito por quem acusa, sob pena de manifesto antagonismo com o sistema acusatório albergado na Constituição, em seus arts. 129, inciso I, segundo o qual cabe privativamente ao *Parqueta* promoção da ação penal pública, e 5º, inciso LIX, que permite ação privada, se esta não for intentada no prazo legal.

4.3.3 Da condenação quando há pedido de absolvição da acusação

O artigo 385 do Código de Processo Penal²⁶⁴ permite que nos crimes de ação penal pública, seja o acusado condenado quando o Ministério Público tenha pedido absolvição, bem como reconhecer, de ofício, agravantes.

Como assinalado, com a Constituição de 1998, optou-se pelo modelo de Estado Democrático de Direito.

Tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, a Lei Fundamental posicionou-se ao lado dos direitos fundamentais, criando mecanismos de proteção dos direitos individuais e de realização dos direitos sociais, para garantir o cidadão contra o exercício irracional do poder do Estado e, mais ainda, para que fossem adotadas políticas públicas no sentido de minimizar as desigualdades sociais.

O perfil delineado deve irradiar para processo penal, tornando o processo o mais democrático possível.

²⁶⁴ **Art. 385** - Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

O princípio acusatório – que delinea um modelo de processo penal garantista e democrático – é corolário desse sistema de valores acima exposto. Pelo princípio acusatório, acusação, defesa e juiz possuem papéis definidos e inconfundíveis. Nesse jogo de equilíbrio, o Ministério Público é o titular exclusivo da pretensão acusatória (em casos de ação penal pública), a Defesa funciona dialeticamente como a antítese da acusação, sendo-lhe assegurados todos os mecanismos legítimos para fazer frente ao Ministério Público, e ao juiz é destinada a tarefa de decidir a causa, bem como as medidas cautelares, garantindo a regularidade do processo, respeitando sua maior característica, qual seja, a imparcialidade.

Na precisa lição de LUIGI FERRAJOLI:²⁶⁵

Pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção (...) De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação(...). Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.

Como já visto, apesar de não expresso na Constituição, dela é extraído que o sistema processual adotado é o acusatório.

Se a Constituição Federal adotou o princípio acusatório e se a nítida separação entre juiz e acusação é característica primordial desse princípio, força é convir que não poderá o juiz condenar o réu quando o próprio ministério público

²⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pp. 450 e seguintes.

pleitear a absolvição, pois, se assim o fizer, não estará o magistrado somente julgando, estará, indevidamente, acusando, o que é inadmissível num sistema constitucional que confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública (CF, art. 129, I).

Com efeito, é o Ministério Público quem, na ação penal pública, define o objeto da demanda, ao imputar ao acusado a prática de determinado injusto típico.

Portanto, no momento em que o próprio Ministério Público retira a acusação, desaparece a pretensão acusatória, não cabendo ao juiz outra alternativa, senão absolver o réu. Afinal, se o próprio Ministério Público – que, por força constitucional, é a única Instituição que detém a titularidade da pretensão acusatória – não mais está acusando, não pode o juiz condenar, porque se assim o fizer, passará de órgão julgador a órgão acusador, o que é um verdadeiro e total absurdo.

AURY LOPES JR.²⁶⁶ assinala a respeito do tema:

entendemos que se o MP pedir a absolvição (já que não pode desistir da ação) a ela está vinculado o juiz. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Além disso, estará avocando um poder que ele não tem e não deve ter. Sepulta, assim, o princípio supremo do processo: a imparcialidade. Como consequência, fulminada está a estrutura dialética do processo, a igualdade das partes, o contraditório, etc. (...) Dessa forma, pedida a absolvição pelo Ministério Público, necessariamente a sentença deve ser de extinção do feito sem julgamento do mérito (ou ao menos absolutória, considerando a lacuna legislativa), pois na verdade o acusador está deixando de exercer sua pretensão acusatória, impossibilitando assim a efetivação do poder (condicionado) de penar.

²⁶⁶ LOPES JR., Aury. "(RE)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschimit". In: **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: ITEC, ano 2, n. 06, 2002, P. 124.

É bem verdade que o Ministério Público não pode desistir da ação penal. Mas, por outro lado, também não está obrigado a sustentar uma pretensão acusatória se entender, por exemplo, que as provas produzidas durante a instrução são insuficientes para tanto.

Ou se adota o sistema acusatório na essência, ou continua a convivência com um sistema absurdo de processo penal, por vezes acusatório, mas inquisitório na essência.

Como sustenta PAULO RANGEL²⁶⁷, a ação deflagra a jurisdição e dá início ao processo. O objeto do processo é a pretensão acusatória. Se a pretensão acusatória não é mais exercida, no sistema acusatório é vedado ao juiz exercer essa atividade.

O exercício da pretensão acusatória é o combustível que movimenta a máquina processual. Sem ela, não há como condenar o acusado.

4.4.4 Da inclusão de qualificadora não pedida pelo Ministério Público

O mesmo raciocínio aqui esposado deve amparar o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 4º, do artigo 408, do diploma processual penal²⁶⁸, que possibilita a pronúncia do acusado

A construção pretoriana, durante bastante tempo, ofereceu interpretação ao dispositivo legal em pauta no sentido que a inclusão na pronúncia

²⁶⁷ RANGEL, Paulo. *Investigação direta pelo Ministério Público: Visão crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2003, p. 252.

²⁶⁸ “O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo único”.

de qualificadora não capitulada na exordial acusatória se faz sem a necessidade de aditamento da acusação inicialmente apresentada.

A linha de raciocínio utilizada para se chegar a tal resultado interpretativo repousa na constatação de que a decisão de pronúncia é meramente declaratória, albergando tão-somente um juízo de admissibilidade da acusação.

O Supremo Tribunal Federal reconhecia em composição anterior a possibilidade do acolhimento de qualificadora na sentença de pronúncia sequer alegada pelo Ministério Público²⁶⁹.

Mas isso não é possível. O princípio da congruência, de uma forma sintética, ignifica que demanda e sentença devem guardar uma perfeita correspondência. Em outros termos, o réu não pode ser julgado por um fato que não foi devidamente descrito na peça acusatória.

É corolário do sistema acusatório.

Fere ainda o sistema acusatório as normas que conferem ao juiz atuação anômala e substitutiva da atividade do órgão acusador, pois o reconhecimento da qualificadora não articulada na denúncia transfere momentaneamente ao juiz a titularidade da ação penal, comprometendo de forma irremediável a sua imparcialidade.

Sobremais, a imparcialidade, como bem salienta OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA,²⁷⁰ é elemento fundamental da atividade jurisdicional, pois

²⁶⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 60597/DF. Relator: Ministro Soares Munoz. DJU de 08.04.1983, p. 14184: "PRONÚNCIA. RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA NÃO CAPITULADA NA DENÚNCIA. É POSSÍVEL O RECONHECIMENTO, NA PRONÚNCIA, DE QUALIFICADORA DO HOMICÍDIO NÃO CAPITULADA NA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DOS ARTS. 408, PAR-4., E 416 DO CPP E NÃO INCIDÊNCIA DO ART-384, PARÁGRAFO ÚNICO, DO MESMO CÓDIGO. HABEAS CORPUS INDEFERIDO".

componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que tutela por meio de sua atividade.

Na verdade, do sistema processual penal acusatório todos os demais princípios que regem o processo penal. O conteúdo axiológico é tão relevante para o processo penal que hierarquicamente este mandamento deve ser colocado em uma posição de superioridade a todos os demais princípios e normas, podendo-se afirmar, ainda, que esse princípio maior é também o ponto de partida para a interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico processual-penal.

Daí concluir-se que é inaceitável qualquer outra interpretação ao art. 408, § 4º, do Código de Processo Penal, que autorize ao juiz reconhecer diretamente na sentença de pronúncia qualificadora que não esteja descrita implícita ou explicitamente na peça vestibular acusatória, ou tenha sido devidamente acrescida à imputação inicial, através de aditamento.

4.5 Em um busca de um processo penal constitucional

A ainda existente atribuição de poderes acusatórios ao juiz criminal, como gestor da prova, é marca indelével de um processo que remonta à Inquisição, atribuindo a concentração de funções na mão de uma só pessoa, vulnerando-se a estrutura dialética do processo penal.

²⁷⁰SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. I, pp. 40 e 41.

Superar essas estruturas inquisitórias, arraigadas na cultura jurídica brasileira, amoldando o processo penal à feição que a Constituição de 1988 imprimiu é a tarefa daqueles que se preocupam com o Direito.

É necessário um enfoque constitucional do processo penal, emprestando eficácia aos direitos e garantias assegurados na Lei Fundamental, com a nítida separação de funções dos atores do processo criminal, ante a titularidade exclusiva da ação penal pública, a trazer à tona o modelo acusatório de processo penal.

A compatibilização das normas processuais penais ao modelo acusatório de processo penal é o desafio que ainda se impõe na busca de um processo penal constitucional.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foram fixados posicionamentos jurídicos que na sua integralidade revelam o entendimento do autor a respeito da conformação da atividade de gerir a prova ao processo penal do tipo acusatório, que se entendeu como relevante para a correta aplicação da lei em consonância com a Constituição Federal. Diante disso, ao término desta faina, cumpre apresentar a síntese das conclusões relevantes:

1. A verdade é a adequação ou conformidade entre a realidade e o intelecto da realidade humana, sendo que o direito rege a busca da verdade, estabelecendo os parâmetros para sua descoberta.

2. Urge eliminar o dogma da verdade real, obtida a qualquer preço, devendo o processo ser enxergado como vetor de garantia de direitos, com obtenção de certezas, as quais são válidas segundo os cânones constitucionais. Não há mais sentido em procurar distinguir a verdade formal da verdade real, como se duas realidades distintas fossem. A verdade do processo é certeza, resultado da atividade do juiz, das partes e terceiros, passível de contaminação, mas que tende à aproximação possível daquilo que efetivamente ocorreu de relevo para a composição da lide.

3. A verdade possível de ser descoberta no processo é o resultado do devido processo legal, construído com base em conteúdo ético, em debate contraditório e isonômico entre as partes, encontrando limites nos direitos fundamentais ditados pela Constituição Federal, os quais são dotados de um teor de

concretização que determina a imediata aplicação das regras de natureza processual penal, sendo de real importância para a busca da certeza.

4. Importante fazer valer as garantias constitucionais processuais, desvelando a verdade possível, aquela atingida sem arranhadura a direitos fundamentais do indivíduo. É avançar rumo à efetivação da Constituição, equilibrando-se adequadamente os propósitos de tutelar o interesse punitivo estatal e o resguardo da liberdade jurídica dos indivíduos.

5. O estudo dos sistemas processuais revela que a modelagem política assumida por um Estado reflete-se, diretamente, no processo penal, pois o direito penal – que expõe a ideologia vigente ou imposta pelo efetivo exercício do poder – ainda que tenha realidade concreta fora do processo, neste suas regras materializam o poder penal estatal.

6. Os sistemas acusatório e misto são estudados, rejeitando-se o conceito de sistema misto, pois insuficiente, ante a não existência de um sistema processual puro na atualidade. Na atualidade todos os sistemas são mistos, com particularidades acusatória e inquisitória, geralmente esta realizada durante uma fase pré-processual, enquanto aquela é reservada para a fase processual. A identificação do princípio informador de cada sistema é que possibilita classificá-lo como inquisitório ou acusatório, sendo de extrema relevância essa classificação feita a partir de seu núcleo.

7. Apontada por doutrina forte como fator de relevo para diferenciar os sistemas acusatório e inquisitório, a separação das atividades de acusar e julgar não é entendida como critério determinante para diferenciar os sistemas. Essa separação é uma característica de relevo extremo, mas não se pode deixar de

revelar que essa separação é apenas inicial, podendo o juiz, dentro da complexidade do processo, assumir papel inquisitorial.

8. O princípio informador dos sistemas e capaz, pois de diferenciá-los, está alicerçado na gestão da prova. No sistema acusatório a gestão da prova é das partes, enquanto no sistema inquisitório a gestão da prova está nas mãos do julgador. Nessa linha de idéias, o processo penal delineado pelo Código de Processo Penal, fruto de uma época autoritária, é claramente inquisitório em sua essência, ainda que com algumas características do sistema acusatório.

9. A Constituição Federal de 1988, promulgada após anos de ditadura, lança novos ares, democratizando o processo penal, rompendo com a ideologia que inspirou o Código de Processo Penal e apontando modelagem a garantir um sistema acusatório.

10. Um processo penal em conformidade com o modelo constitucional deve estabelecer uma separação nítida de papéis entre as partes em conflito e o julgador, bem como entregando a gestão da prova, especialmente aquela que pode ancorar um decreto condenatório, às partes, cabendo ao juiz um papel de eqüidistância, pois a aproximação entre acusador e julgador é própria do sistema inquisitório.

11. Assim, as regras processuais que colidem com o direito a um julgamento imparcial, substancialmente considerado, não podem encontrar resguardo no processo penal acusatório, de cunho garantista, modelado pela Constituição Federal de 1988.

12. Decorridos quase vinte anos de vigência da Carta da República, entretanto, a mentalidade dos operadores jurídicos ainda permanece, de certa forma,

presa a algum ranço inquisitorial, prosseguindo o legislador a promulgar leis em desacordo com os ditames constitucionais do processo penal acusatório, contemplando uma larga margem de interferência do juiz na fase de investigação.

13. Reclama-se uma revisão do papel dos agentes estatais da persecução criminal, em juízo ou fora dele, em especial do Ministério Público e do julgador, pois a mentalidade destes permanece, de certo modo, enlaçada a algum ranço inquisitorial, especialmente pela lentidão do legislador em acompanhar a evolução democrática e extirpar do ordenamento jurídico as disposições inquisitórias ainda presentes.

14. Nessa conformação constitucional do modelo processual penal, urge revelar a atuação do Ministério Público, órgão do Estado distinto e independente do julgador, como responsável pela ação penal pública, corolário da estrutura acusatória do processo penal, como detentor do ônus de provar os fatos que possam sedimentar um édito condenatório pelo julgador.

15. Não se concebe, dentro do modelo que busca garantir um terceiro imparcial e isento para julgar, um julgador com poderes instrutórios exacerbados, com participação ilimitada, sob pena de gravame irreparável à atividade judicante, tisnando a real diretiva apontada pelo sistema acusatório, um processo em que apartadas as funções de jurisdição, defesa e acusação, entregue esta última ao Ministério Público, a quem incumbe a produção no processo da prova dos fatos tidos por ilícitos.

16. Assim, impõe-se a conformidade do processo penal ao modelo acusatório delineado pela Constituição Federal, com a retirada dos dispositivos que

conferem ao juiz a produção *ex officio* de diligências probatórias, ainda na fase da investigação, reservando-lhe o papel de garantidor de direitos fundamentais.

17. Na fase judicial deve o sistema ser depurado, devendo o julgador assumir o papel de árbitro do debate, de garantidor dos direitos do acusado e do superior ditame do contraditório, formulando as perguntas sempre após as partes, apenas para esclarecer pontos nebulosos para seu convencimento.

18. Deve ser retirada a faculdade judicial de produção de provas de ofício no curso da instrução criminal, pois incompatível com o sistema acusatório. Apenas é possível esclarecer pontos obscuros surgidos nas provas trazidas pelas partes. Ao voltar-se para encontro de prova não cogitada pelas partes, o juiz passa a substituí-las, comprometendo seu distanciamento que deve ter quanto aos interesses postos na causa e possibilitando que busque elementos de convencimento para amparar juízo prévio formado por si, independentemente do que foi produzido pelo órgão acusador e pela defesa.

19. Finalmente, devem ser eliminados recursos e medidas cautelares *ex officio*, especialmente aquelas que restringem direitos, mormente as prisões cautelares, pois o magistrado substitui a atuação do órgão acusador, titular da ação penal.

20. É incompatível com um processo penal acusatório a atuação do juiz com amplos poderes de instrução, pois esse modelo exige dualidade de partes, com igualdade de condições, mas interesses contrastantes, cabendo ao juiz função equidistante, como garantidor de direitos, sendo função específica do órgão acusador a gestão da prova para sedimentar uma condenação, sem o que não estará apto o processo penal moderno a cumprir sua função garantidora.

REFERÊNCIAS

- ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.
- ALMEIDA JR., João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
- ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARRIETA, Andrés Martínez. **La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio**. Granada: Editorial Comares, 1994.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima. **Introdução à sociologia jurídica alternativa**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de Azevedo. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARREIROS, Jose António. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981.
- BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BASTOS, Celso. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- _____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BATISTA, Nilo. “ Os sistemas penais brasileiros” in: BATISTA, Nilo. *Novas tendências do Direito Penal: Artigos, Conferências e Pareceres*, Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BAUMAN, Jürgen. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BERBERI, Marco Antonio Lima. *Reflexos da pós-modernidade no Sistema Processual Brasileiro*. In: **Crítica à teoria geral do direito processo penal**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 8 ed. Brasília, DF: UNB, 1996.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRONNER, Stephen Eric. **Da teoria crítica e seus teóricos**. Tradução Tomás R. Bueno e Cristina Meneguelo. Campinas: Papyrus, 1997.

BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of the United States**. 2 ed. St. Paul: West, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. vol. I. Campinas: Bookseller, 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Processual Civil y Penal – Principio Del Proceso Penal**. Vol. II. Buenos Aires: Jurídicas Europa América Ed., 1971.

_____. ***Instituciones del Proceso Civil***. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. v. I Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-America. 1956

CASTILLO, Niceto Alcala-Zamora; LEVENE HIJO, Ricardo. ***Derecho procesal penal***. Tomo II. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. ***A fiscalização abstrata de constitucionalidade do direito brasileiro***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. "A ordem constitucional e o processo penal". In: ***Revista Brasileira de Ciências Criminais***, volume 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

COELHO, Luiz Fernando. ***Teoria crítica do Direito***. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. ***Lógica jurídica e interpretação das lei***. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

COLOMER, Juan-Luís Gómes. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989.

CONSO, Giovanni. ***Istituzioni di Diritto Processuale Penale***. Milano: Giufré, 1969.

CORDERO, Franco. ***Procedimiento penal***. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Temis, 2000.

_____. ***Guida alla procedura penale***. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: ***Crítica à teoria geral do direito processo penal***. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais*. In: ***Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Cláudio Tovo***. WUNDERLICH, Alexandre (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. "Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro". ***Separata***, Curitiba, n. 04, v. 01, p. 01-37, jan./mar. 2000. p. 02.

_____. ***O papel do novo juiz no processo penal***. In: Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro: ADV, 1994.

_____. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, nº 01/2001.

_____. “Glossas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’”, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002).

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1984.

DELLEPIANE, Antonio. **Nueva Teoría de la Prueba**. 9. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

DEU, Teresa Armenta. **Principio acusatorio e derecho penal**. Zaragoza: Bosch, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1984.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. 2 ed. Buenos Aires, Victor P. de Zavalía, 1972, Tomo II.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 4 ed, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – La ley do más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

_____. **Derecho y razón – Teoría del garantismo penal**. 2 ed. Trad. Perfecto Andrés Ibañez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantero Bandrés. Madri: Trotta, 1997.

_____. “O direito como sistema de garantias”, in **Revista do Ministério Público Lisboa**, nº 61, jan-mar, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FLÓRIAN, Eugênio. **De las pruebas penales**. Tomo I. Bogotá, Colômbia: Editora Temis, 1990.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRAU, Juan Verger. **La defensa del imputado y el principio acusatorio**. Barcelona: Bosch, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GREVI, Vítório. “Funzioni di Garanzia e Funzioni di Control del Giudice nel Corso delle Indagini Preliminari”, in: **Il nuovo processo penale**. Milão: Giuffrè, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal”. In: Revista Forense, volume 347, jul./set. 1999.

_____. “Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação norte-americana. Convergências e dissonâncias com o sistema italiano e brasileiro”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa I - Racionalidad de la acción y racionalización social**. Madri: Taurus, 1987.

HASSEMER, Winfred. **Fundamentos del derecho penal**. Trad. espanhol Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HESSE, Konrad. **Escritos del derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Garantismo y processo penal**. In: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 2, Granada, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense.

JESUS, Damásio Evangelista. **Código de processo penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale penale**. Napoli: Jovene, 1983.

LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. Trad.: Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

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

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. "Juízes Inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos". In: **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, ano 11, n. 127, junho de 2003.

_____. "A opacidade da discussão em torno do promotor investigador (mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa)". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 12, n. 142, set. 2004.

_____. "(RE)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschimit". In: **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: ITEC, ano 2, n. 06, 2002.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Código de direitos humanos para a justiça criminal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Vol. 1. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. da 3ª edição de 1912 por Paolo Capitanio. Campinas, Bookseller, 1996.

MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. "O Ministério Público e a tutela da intimidade na investigação criminal". In: **Justiça e democracia: Revista de informações e debates**, vol. 2, jul./dez.1996.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo I. Trad.: S. Sentis Melendo e M. Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEJA, 1951.

MARICONDE, Alfredo Velez. **Derecho procesal penal**. 3 ed. Tomo I. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora, 1986.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. **Elementos de direito processual penal**. 2 ed. Vol. I. São Paulo: Millennium, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: IBDC/ Celso Bastos Editor, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 1995.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Borsói, 1960.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional, *in* **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

MOURA, José Souto de. "Inquérito e instrução", *in*: **O Novo Código de Processo Penal**, Coimbra: Almedina, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **História do direito processual brasileiro – das origens lusas à escola crítica do processo**. Barueri, SP: Manole, 2002.

_____. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri, SP: Manole, 2002.

_____. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2002.

PENTEADO, Jaques de Camargo. "Imputação por julgador". *In*: **Revista dos Tribunais**, ano 83, julho de 1994, volume 705.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana*. In: **Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. LEITE, George Salomão (org.). São Paulo: Malheiros, 2003.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. “O juiz penal e a pesquisa da verdade material”. In: PORTO, Hermínio Alberto; SILVA, Marco Antonio Marques. **Processo penal e Constituição Federal**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993.

PRADO, GERALDO. **Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Tomo 2. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. **Instituciones de derecho procesal penal**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Direitos fundamentais nas crises*. In: **As vertentes do direito constitucional contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). São Paulo: América Jurídica, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2006.

_____. **Investigação direta pelo Ministério Público: Visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2003.

REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional**. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SEGADO, Francisco Fernández. “El control de la constitucionalidad em Iberoamérica: sus rasgos y su génesis en el pasado siglo”. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, Vol. II, pp. 965-1014.

SENDRA, Gimeno. **Derecho procesal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987.

SILVA, Daniele Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. I.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal – sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2006.

SPINELLI, Micheli. **Las pruebas civis**. Buenos Aires: EJE, 1973.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TELLES JR., Goffredo da Silva. **Ética – Do mundo da ciência ao mundo da cultura**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Vol. 2. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 1.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria Tucci. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. ***Dos direitos e garantias no processo penal brasileiro.*** São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. ***Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático).*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARELA, Casimiro A. ***Fundamentos constitucionales del derecho procesal.*** Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

VIGNAS, Piero Luigi. ***“L’Indagini Preliminari”.*** In: ***Il Nuovo Processo Penale.*** Milão: Giuffré, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. ***Direito Penal brasileiro. Teoria geral do Direito Penal.*** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)