



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



URAQUITAN JOSÉ DOS SANTOS

**DA ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
Possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio***

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Recife
2015

URAQUITAN JOSÉ DOS SANTOS

**DA ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
Possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito.

Linha de Pesquisa: Tutela penal dos bens jurídicos e teoria da sanção penal.

Orientadora: Professora Dr^a. Margarida de Oliveira Cantarelli.

Recife

2015

Catalogação na fonte
Bibliotecário Wagner Carvalho CRB/4-1744

S237a	<p>Santos, Uraquitan José dos Da atividade persecutória do juiz no processo penal brasileiro: possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas ex officio. – Recife: O Autor, 2015. 97f.</p> <p style="padding-left: 40px;">Orientador: Prof^a. Dr^a. Margarida de Oliveira Cantarelli. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2015. Inclui referências.</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Processo Penal. 2. Acusação (Processo penal). 3. Prova (Direito) 4. Poder judiciário 5. Imparcialidade. I. Cantarelli, Margarida de Oliveira (Orientador). II. Título.</p> <p style="text-align: center;">345.05 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2017-31)</p>
-------	--

Uraquitan José dos Santos

DA ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:

Possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito.

Linha de Pesquisa: Tutela penal dos bens jurídicos e teoria da sanção penal.

Orientadora: Professora Dr^a. Margarida de Oliveira Cantarelli.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: __APROVADO__

Professor: Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (Presidente – UFPE)

Julgamento: __APROVADO__ Assinatura: _____

Professor: Dr. Ivan Lira de Carvalho (1º Examinador – UFRN)

Julgamento: __APROVADO__ Assinatura: _____

Professor: Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas (2º Examinador - UFPE)

Julgamento: __APROVADO__ Assinatura: _____

Recife, 29 de janeiro de 2015.

Coordenador: Professor Dr. **Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão**

Para o Santo Pai Criador, por adoração.
Para os homens de boa vontade, por homenagem; mas também para aqueles que não têm tanta boa vontade assim, para lembrarem que a mudança no homem é tão possível quanto natural.

AGRADECIMENTOS

Para todo o sempre e a cada momento hei de estar agradecendo ao Santo Pai Criador, pelo amor, pelo discernimento e por tudo que me proporciona.

A Cristo Jesus, nosso Irmão Maior.

A minha família Lucidalva Rodrigues Monte dos Santos, Raphaella Maria Rodrigues Monte dos Santos e Dannyella Maria Rodrigues Monte dos Santos.

Aos professores Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão, Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas que, com suas aulas, alimentam em mim a crença de ser a academia um dos melhores lados da vida, e, por tudo isso, mas de forma mui especial, a minha orientadora, professora Dr^a. Margarida de Oliveira Cantarelli, que é uma dessas providências que o Santo Pai coloca em nossas vidas...

Aos queridos mestres e colegas de turma André Canuto, Marcela Sarmento e Rafael Fonseca.

Ao amigo Teodomiro Noronha, pela confiança e pela significativa colaboração.

Ao amigo Frota Júnior, pelo incentivo de sempre.

Aos inesquecíveis amigos da Banca Bocaina-LCJ, Edilson Moura, Erivaldo Duarte, Idílio Araújo, Paulo Belizário, Luiz Antônio e Jozelia Alves.

A Priscila Duarte, pela confiança, não bastasse ser porto seguro.

Aos amigos George Melo e Milton Santana, sem a ajuda dos quais essa tarefa teria sido bem mais difícil.

Às servidoras Carminha e Gilka pela dedicação e urbanidade no trato para com os alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

Aos meus pais (*in memoriam*), Manoel José dos Santos e Iraci Alves dos Santos, pelo amor em mim depositado e por tudo que me proporcionaram.

O amor é a origem de tudo, da ciência
como da vida; e o homem que ama ainda
que não saiba aonde vai não erra o
caminho.

Francesco Carnelutti

De tanto ver triunfar as pessoas dignas,
De tanto ver a ascensão da honra,
De tanto ver crescer a aplicação da
justiça,
De tanto ver o aumento dos poderes nas
mãos dos justos,
O homem passa a defender a virtude, a
zombar da desonra, a assumir a condição
de honesto nas ações.

Orlando Derezzen

E lá num cantinho da memória...
Quando se quer viver um amor não se
está sendo lúdico, apenas não se
pretende desistir da vida.
Quando, onde e como tudo começou...

RESUMO

SANTOS, Uraquitan José dos. **Da atividade persecutória do juiz no processo penal brasileiro**: Possibilidades, limitações e reflexos da produção de provas *ex officio*. 2015. 96 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

Essa dissertação teve o objetivo de analisar qual o sistema processual penal adotado pela vigente Constituição brasileira, se o acusatório, inquisitório ou misto e, estabelecido o modelo, analisar da possibilidade de o juiz de direito na esfera criminal praticar, ou não, atos probatórios *ex officio*, procurando verificar se a atividade probatória pelo magistrado é condizente com o modelo de processo penal consagrado pelo ordenamento jurídico pátrio, perquirindo se a atividade probante pelo julgador viola a necessária imparcialidade e, por conseguinte, o devido processo legal como garantia fundamental do indivíduo. O método utilizado para este trabalho foi o hipotético-dedutivo, tendo como marco teórico a obra do consagrado professor italiano Luigi Ferrajoli - **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Decerto que outras tantas obras relacionadas com o tema foram consultadas, seja de consagrados autores nacionais assim como de doutrinadores estrangeiros. A pesquisa, que também se ocupou com o conceito de verdade, trás um breve apanhado histórico sobre os sistemas processuais ao longo da história até chegar ao modelo de processo penal adotado pelo ordenamento constitucional brasileiro e, em sede de comparação, faz um exame de diversos modelos de sistemas processuais penais de vários países, passando pelo entendimento jurisprudencial dos nossos Tribunais. O trabalho foi elaborado à luz dos princípios humanitários e do devido processo legal consagrados pela Constituição da República.

Palavras-chave: Sistema acusatório; Gestão da prova; Imparcialidade; Verdade.

ABSTRACT

SANTOS, Uraquitan José dos. **The persecution of the judge activity in the Brazilian penal process**: Possibilities, limitations and consequences of the ex officio evidentiary. 2015. 96 f. Dissertation (Master of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

This dissertation aimed to analyze what the criminal justice system adopted by the current Brazilian Constitution, the adversarial, inquisitorial or mixed, and the model is established to analyze the possibility of the judge in the criminal sphere practice or not probative former acts officio, verifying whether the evidential activity by the magistrate is consistent with the criminal process model established by the Brazilian legal system, inquiring if the testing activity by the judge violates the necessary impartiality and, therefore, due process of law as a fundamental guarantee of the individual. The method used for this work was the hypothetical-deductive, relying on the theoretical work of the dedicated Italian Luigi Ferrajoli - **Diritto and ragione**: theory del garantismo penale. Certainly many other works related to the theme were consulted, either established national authors as well as foreign scholars. The survey, which was also concerned with the concept of truth, behind a brief historical overview of the procedural systems throughout history to reach the criminal process model adopted by the Brazilian constitutional order, and thirst for comparison, is an examination of several models of criminal procedural systems of various countries, through the legal understanding of our Courts. The work was done in the light of humanitarian principles and due process enshrined in the Constitution.

Keywords: Adversarial system; The race management; Impartiality; Truth.

SINTESI

SANTOS, Uraquitan José dos. **La persecuzione dell'attività giudice nel processo penale brasiliano**: Possibilities, le limitazioni e le conseguenze della ex officio probatorio. 2015. 96 f. Tesi (Master of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

Questa tesi finalizzato ad analizzare ciò che il sistema di giustizia penale adottato dalla attuale Costituzione brasiliana, è stabilito il modello accusatorio, inquisitorio o misto, e il di analizzare la possibilità del giudice nella pratica ambito penale o meno ex atti probatori officio, verificare se l'attività probatoria dal magistrato è coerente con il modello di processo penale stabilita dal sistema giuridico brasiliano, chiedendo se l'attività di prova da parte del giudice viola l'imparzialità necessaria e, quindi, delle procedure di legge come una garanzia fondamentale dell'individuo. Il metodo utilizzato per questo lavoro è stata la ipotetico-deduttivo, basandosi sul lavoro teorico della dedicato italiano Luigi Ferrajoli - **Diritto e ragione**: la teoria del garantismo penale. Certamente molte altre opere legate al tema sono stati consultati, sia stabilito autori nazionali e studiosi stranieri. Il sondaggio, che è stato anche interessato con il concetto di verità, dietro una breve panoramica storica dei sistemi procedurali nel corso della storia a raggiungere il modello di processo penale adottato dalla ordine costituzionale brasiliano, e la sete di confronto, è un esame di diversi modelli di sistemi processuali penali dei vari paesi, attraverso la comprensione giuridica dei nostri tribunali. Il lavoro è stato fatto alla luce dei principi umanitari e giusto processo sanciti dalla Costituzione.

Parole chiave: Sistema accusatorio; La gestione della gara; Imparzialità; Verità.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	SISTEMAS INFORMADORES DO PROCESSO PENAL.....	19
2.1	Conceito de sistema.....	19
2.2	Esboço histórico dos sistemas.....	20
2.2.1	Atenas.....	21
2.2.2	Roma.....	24
2.2.3	Antigo direito germânico.....	27
2.2.4	Direito canônico e direito comum medieval.....	28
2.2.5	Inglaterra.....	30
2.2.6	O iluminismo, a revolução francesa e o surgimento do sistema misto.....	32
3	MODELOS DE PROCESSOS PENAIS.....	34
3.1	Modelos processuais contemporâneos.....	34
3.2	Sistema processual adotado na jurisdição internacional.....	37
3.3	Modelo de processo penal adotado pela Constituição brasileira de 1988.....	40
3.3.1	Reflexos do modelo processual penal na Constituição.....	50
3.3.2	Perspectivas do modelo processual penal brasileiro.....	51
4	A RESPEITO DA PROVA NO PROCESSO PENAL.....	56
4.1	Conceito de prova no processo penal.....	56
4.2	Da gestão da prova.....	59
4.3	Gestão da prova em ordenamentos estrangeiros.....	60
4.3.1	Argentina.....	60
4.3.2	Chile.....	62
4.3.3	México.....	64
4.3.4	Itália.....	65
4.3.5	Portugal.....	66
4.3.6	Espanha.....	67
4.3.7	Inglaterra.....	69
4.3.8	Estados Unidos da América.....	71
5	SOBRE A VERDADE NO PROCESSO PENAL.....	74
5.1	Aporia conceitual. Uma aproximação ao conceito de verdade.....	77
5.2	O mito da busca da verdade.....	79
5.3	O direito e a verdade.....	81

6	ATIVISMO JUDICIAL X GARANTISMO PENAL: UM EMBATE	
	EQUIVOCADO.....	82
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
	REFERÊNCIAS.....	94

1 INTRODUÇÃO

Consabidamente, ao longo da história, consideradas as mais diversas civilizações, tem-se que a comunidade deixa-se reger por regras próprias e decorrentes, em sua maioria, da cultura da sociedade local e, por conseguinte, por um sistema jurídico que, inegavelmente, termina por refletir o espectro das mais diversas influências, assim de natureza política como sociológica, alternando-se o viver em sociedade entre períodos de duras opressões/repressões e amplas liberdades.

Em verdade, considerando que o crime integra a própria história do homem, constata-se que o estado, enquanto sociedade politicamente organizada, vendo-se seriamente ameaçado pela alta criminalidade de diversas épocas, tenha lançado mão de um seu instrumento, qual seja o Direito Penal, para estabelecer penas mais severas e que o “processo”, por conseguinte, tenha sido inflexível.

O desenvolvimento social trouxe consigo o que se passou a chamar de devido processo legal, consistente num conjunto de garantias inerentes ao estágio da sociedade, tendo como principal característica a proteção do indivíduo em relação ao arbitrário poder punitivo do estado.

Historicamente, esse conjunto de proteção tem sua gênese expressa na *Magna Carta* de 1215, donde se infere a preocupação de se impor limites ao poder real inglês.

Não obstante este registro legal, não se pode olvidar no exame dos componentes históricos do direito processual penal contemporâneo as grandes correntes histórico-jurídicas que precederam os ideais do devido processo penal da atualidade.

Destarte, surgindo na Grécia, fortalecendo-se em Roma, e tendo chegado ao direito germânico, o sistema acusatório aporta em nossos dias como corolário do devido processo legal, não sem antes, todavia, quase haver desaparecido na Europa do século XIII, dando lugar ao incremento de um outro sistema de administração da justiça penal, ou seja, ao sistema inquisitivo, consoante precioso ensinamento de Franco Cordero, ao discorrer a respeito do decreto de Latrão¹.

Analisando os princípios vetores da processualística penal de um determinado povo chega-se à conclusão que estes não são outra coisa que não

¹ CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 8. ed. Milano: Giuffrè. 2006. p. 22.

segmentos de sua política estatal, podendo-se afirmar que a estrutura do processo penal de uma nação, em determinada época, reflete, por assim dizer, os valores dessa sociedade.

Assim, os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época.

Fato é que, na sociedade pós-moderna não se pode negar ao indivíduo o devido processo penal contemporâneo, no qual uma de suas maiores garantias é justamente a imparcialidade.

Nessa linha, a noção contemporânea de devido processo penal pressupõe a ideia de processo acusatório, restando evidente que num processo do tipo inquisitório, um processo a dois, porque dar-se com o chamado juiz-acusador *versus* acusado, torna-se de difícil sustentação a presunção de imparcialidade.

Embora, pensando diferente, o professor Gustavo Henrique Badaró assenta que: “Em oposição a esse sistema, no processo penal, por estarem envolvidos direitos indisponíveis, o juiz tem amplos poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas *ex officio*, na busca da “verdade material”².

Coerente com os novos tempos e o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana, não se pode mais admitir o mito da verdade material, eis que, se por um lado dá azo a arbitrariedades diversas, de banda outra trata-se de uma verdade nunca sabida, pois, consoante Francesco Carnelutti

(...) se a verdade absoluta é toda a verdade, nossos conhecimentos não são mais que relativamente verdadeiros, e a absoluta verdade não se alcança no campo da física nem da lógica, mas, na verdade, além desta, naquele campo da metafísica, onde a ciência se integra com a fé³.

Com efeito, adotando o sistema acusatório, a Constituição da República pretendeu assegurar que o órgão que julga não tenha funções de investigação e acusação.

Sabe-se que, verificada a infração penal sempre haverá uma lesão ao Estado. Este, todavia, enquanto Estado-Administração, busca fazer valer sua pretensão em garantir a observância da lei recorrendo ao Estado-Juiz.

² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 196.

³ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. v. 1. p. 63.

Sem embargo de haver sido adotado o primado do sistema acusatório, há quem sustente, como dito alhures, que a atuação do juiz na produção de provas se justificaria pelo chamado princípio da verdade material, tão festejado no processo penal, a exemplo do professor Gustavo Badaró, que pontifica:

Sob o enfoque histórico, os poderes de iniciativa probatória do juiz se ligam ao modelo inquisitório. Todavia, modernamente, o processo acusatório admite que o juiz seja dotado de poderes instrutórios, ou seja, é compatível com um juiz dotado de poderes para determinar *ex officio* a produção de provas⁴.

Como se vê, parte da doutrina, carreada pelo professor Badaró, acentua que a busca da verdade material, também chamada de verdade substantiva, decorre da natureza da própria justificativa da existência do processo penal, que se confunde com o interesse que tem o Estado de tutelar a liberdade individual.

Pertinente é a lição de Mittermaier ao apregoar: “Desde que um povo chega a conhecer o valor das liberdades civis e individuais, sabe e compreende perfeitamente que se pode fazer do processo criminal um instrumento de opressão muito perigoso para essas liberdades”⁵.

Contudo, também é sabido que no sistema do Código de Processual Penal brasileiro, em nome do chamado princípio da verdade material, é dada ao juiz do processo criminal a faculdade de produzir prova *ex officio*, dotando-o, assim, de características próprias de órgão de persecução penal, o que não se harmoniza com a essência do sistema acusatório.

Ocorre que, a mencionada faculdade, consistente na possibilidade de o juiz da justiça criminal poder, *ex officio*, determinar a deflagração de eventos probatórios difunde-se por um sem número de dispositivos legais de natureza infraconstitucional, desafiando, assim, a sintonia do sistema com a práxis, ou desta com a Constituição da República.

Conforme escólio de Ana Maria Campos Tôres,

O direito brasileiro, atendendo às ideias iluministas que orientaram a legislação processual penal, especificamente o Código de Processo Penal, cuidou de assegurar às partes a iniciativa probatória, garantindo o respeito ao contraditório, sobretudo no momento da produção da prova⁶.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Campus, 2008. t. 1. p. 39.

⁵ MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2004. p. 19.

⁶ TÔRRES, Ana Maria Campos. **A busca e apreensão e o devido processo legal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 7.

O tema, que é alvo de recorrentes discussões no meio jurídico, tem sido objeto de percutientes debates ao se alegar desvirtuamento da função do órgão julgador que, coletando provas, compromete a imparcialidade do juiz no exercício da prestação jurisdicional.

A respeito, leciona Fabiana Lemes Zamalloa do Prado:

Em um Estado democrático de direito, os poderes instrutórios do juiz penal decorrem não da necessidade de conhecimento de uma “verdade absoluta”, mas da necessidade, no caso concreto, de conter, em grau máximo, a irracionalidade do poder punitivo e, assim, resguardar os direitos fundamentais da pessoa⁷.

Assim, é de se afirmar que a Constituição da República, criando um estado democrático de direito, instituiu direitos ditos fundamentais, conferiu direitos ao indivíduo, garantiu o chamado devido processo legal, e para o processo penal estabeleceu o chamado sistema acusatório, assegurando, desta forma, um julgamento com imparcialidade, retratando, pois, como dito alhures, um estágio evolutivo social que não se pode deixar retroceder.

Efetivamente, o que não se pode admitir é que sob o signo do princípio da verdade material ao magistrado julgador na seara do processo penal seja facultado mover-se livremente e além dos termos da acusação. Ao revés, o juiz deve manter-se imparcial, isto é, não se envolver com as partes, o que é inadmissível.

Permitir que tudo possa ser feito em nome do consagrado princípio da verdade material é retroceder ao sistema inquisitório, tão abominado.

Todavia, não obstante tenha a Constituição da República já mais de duas décadas de vigência, de um perfunctório e não exaustivo exame na lei processual penal básica, verifica-se diversos resquícios do sistema inquisitório, e que surpreendentemente têm tido corriqueira aplicabilidade, o que somente tem servido para enodoar o sistema, ofendendo, inclusive, a garantia da imparcialidade do juiz, não se podendo aceitar esses resquícios no moderno processo penal que pede harmonia com o sistema garantista adotado pela Constituição da República.

Urge que esses resquícios sejam então identificados dentro do ordenamento e dele extirpados.

Assim, a presente pesquisa tem a pretensão de analisar, ao longo da história, os sistemas processuais penais e seus contornos, conhecendo de suas

⁷ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 143.

características e permissibilidades para então, a partir do hodierno sistema adotado no Brasil, perquirir da possibilidade e implicações no tocante ao juiz criminal determinar, de ofício, a produção de provas, ainda que em nome do denominado princípio da verdade material.

Especificamente, o objetivo do presente trabalho é pesquisar a pureza, ou não, do sistema acusatório adotado pela Constituição da República em relação à processualística penal, buscando saber se pode o juiz criminal, sob a égide do sistema processual vigente, determinar, *ex officio*, a produção de prova sem que isso possa macular o ordenamento jurídico e, havendo permissibilidade, constitucionalmente legalizada, para o juiz criminal de ofício fazer deflagrar evento probatório, se sua atuação desnatura o sistema acusatório e, em decorrência disso, quais as possíveis e eventuais implicações para um sistema garantista.

Com a consciência de que nada mais prático que uma boa teoria, buscando atingir o fim pretendido com esta pesquisa, lançaremos mão do arcabouço teórico existente, sobretudo considerando que a discussão a respeito do tema não é rara no cenário nacional, não sendo poucas as obras que, quando não versam especificamente sobre o assunto, do mesmo se aproximam, fornecendo assim valiosos subsídios para o que pretendemos, além de ser farta a bibliografia estrangeira.

Para a pesquisa, que será eminentemente teórica, adotaremos o método hipotético-dedutivo, procedendo-se a uma incursão na doutrina do direito nacional e, considerando o caráter universal do tema, também na doutrina estrangeira, valendo-nos ainda dos entendimentos jurisprudenciais, buscando, na perspectiva dogmática, a verticalização do conhecimento, tudo a concorrer para o desiderato já delineado.

Durante a abordagem, e por ocasião dos respectivos registros, serão elaborados capítulos específicos relativamente a cada tópico da pesquisa, de sorte que, no capítulo primeiro restará grafada uma análise histórica, buscando conhecer da estrutura do processo penal e sua conformação originária.

Quando do segundo capítulo serão abordados os modelos de processo penal.

O terceiro capítulo está reservado para uma incursão no que diz respeito à prova e sua gestão.

No capítulo quarto pesquisaremos sobre a verdade no processo penal.

O quinto capítulo servirá para uma análise referente ao garantismo penal *versus* ativismo judicial.

Desta forma, este é, pois, o objeto deste trabalho, qual seja, a possibilidade de no sistema acusatório o juiz criminal, sob o pálio de agir em nome do chamado princípio da verdade material, de ofício, determinar a produção de provas, e as implicações dessa possibilidade no ordenamento jurídico frente ao devido processo legal.

2 SISTEMAS INFORMADORES DO PROCESSO PENAL

2.1 Conceito de sistema

A fim de que possamos fazer uma incursão nos sistemas processuais penais, mister é que tenhamos um conceito do que seja um sistema, isto porque, inclusive, a noção de sistema é ínsita ao conceito de ciência, daí que Bobbio⁸ afirma tratar-se de “*uma totalidade ordenada*, ou seja, um conjunto de organismos, entre os quais existe uma certa ordem”, acrescentando, no entanto, não bastar mera relação destes organismos com o todo, devendo haver necessariamente relação de compatibilidade entre eles, e tratando do termo na linguagem jurídica – significando *ordenamento jurídico* – após fazer referência aos diversos sentidos que se pode atribuir ao mencionado vocábulo, conclui que o “termo ‘sistema’ é um daqueles termos com muitos significados, que cada um usa segundo as próprias conveniências”⁹.

Versando sobre a palavra *sistema* (do grego *systema*, de *synístemi* – estar junto de -, e do latim *systema*, *sustematis*, significando reunião, junção), Andrade, registra o que chama de nítido receio da literatura científica em realizar uma definição para o termo, aponta para a conveniência de que se tome como parâmetro o significado do gênero – sistema jurídico – e assenta que

o termo *sistema jurídico* pode ser inicialmente definido como a reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente¹⁰.

Assim, de uma perspectiva do direito processual penal, Marcos Zilli leciona que os sistemas processuais penais são “campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa”¹¹.

Nessa toada, Paulo Rangel ensina que “sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”¹².

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 231.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Op. cit. p. 234-236.

¹⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2013. p. 36-38.

¹¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

¹² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 46.

Desta forma, já resta estabelecido que as normas a serem adotadas para a aplicação da lei penal ao caso concreto decorrem do sistema processual penal adotado de acordo com o modelo político implantado no Estado, daí dizer-se que quanto maior o nível de democracia do Estado maior será o respeito aos direitos fundamentais e, por conseguinte, aos consectários do devido processo legal, dando ensejo ao *sistema acusatório*.

Ao revés, como ensina Marcos Zilli, tradicionalmente nos Estados absolutistas, caracterizados por estruturas políticas centralizadoras de poderes, é comum a concentração, nas mãos de um mesmo órgão, das funções de perseguir, acusar e decidir, sendo dita pessoa comumente chamada de inquisidor, resultando daí o chamado *sistema inquisitório*¹³.

Estes, pois, os dois principais sistemas processuais penais que, no entanto, ao longo da história deram origem a um terceiro sistema, decorrente da fusão de ambos, chamado de *sistema misto*.

Verifica-se, com relativa facilidade, que o comportamento do juiz criminal é fortemente influenciado pelo sistema processual adotado pelo respectivo Estado. Assim, nos Estados absolutistas nos quais se adota o sistema inquisitório, em detrimento da observância dos direitos fundamentais da pessoa humana, confere-se ao juiz poderes instrutórios capazes de macular a imparcialidade elementar a todo julgador.

2.2 Escorço histórico dos sistemas

Como não poderia ser diferente, na história da civilização, considerando a prática infracional inerente ao ser humano e a necessidade de manter a sociedade em harmonia, muitas foram as formas buscadas para, pretendendo-se punição aos infratores, cuidar da investigação e da prova como elementos do pertinente processo.

De acordo com o professor Luigi Ferrajoli, a distinção entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório pode ter um caráter teórico ou simplesmente histórico, fazendo-se necessário, todavia, tornar díspares esses dois pontos de

¹³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. Op. cit. p. 39.

vista¹⁴. Desta forma, como diz Souza, a partir dos modelos históricos e condicionadas por juízo de valor, “surgiram as mais diversas definições (teóricas) sobre os sistemas processuais, por meio da seleção, inevitavelmente convencional, dos elementos que seriam essenciais a cada um”¹⁵.

Para Ferrajoli, esta dicotomia, sistema acusatório/sistema inquisitório, enquanto institutos diametralmente opostos, caracteriza-se, o primeiro como modelo garantista, o segundo como modelo autoritário¹⁶.

De acordo com Souza, “o processo penal nada mais é do que o reflexo da política estatal em certo lugar e em determinada época”¹⁷ e, assim sendo, verifica-se que o processo penal marcado pelo sistema acusatório predomina nos períodos em que maior é o respeito às liberdades individuais. D’outra banda, nos Estados caracterizados pelo autoritarismo facilmente se constata um processo penal de lineamentos inquisitórios.

Enfim, vejamos a questão dos sistemas processuais penais a partir de alguns Estados e ao longo da história.

2.2.1 Atenas

Entre os séculos VI e IV a.C. o processo penal em Atenas seguia o modelo acusatório puro, conforme informa o professor Kai Ambos¹⁸, quando então qualquer cidadão ateniense podia levar a efeito acusação perante a autoridade competente.

Todavia, embora Atenas seja considerada o berço do sistema acusatório, este modelo de processo surge naquela sociedade como forma de resistência ao sistema inquisitivo, pois no período anterior a Drácon (século VII a.C.) a sociedade ateniense tinha base oligárquica, cuja estrutura era assim mantida com o auxílio do sistema judicial. O processo penal tinha características inquisitoriais, pois os magistrados

¹⁴ Tradução livre de “La distinzione tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio può avere un carattere teorico o semplicemente storico”. FERRAJOLI Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 10. ed. Roma: Laterza, 2011. p. 574.

¹⁵ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Curitiba: Juruá, 2013. p. 60.

¹⁶ FERRAJOLI Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Op. cit. p. 575.

¹⁷ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**. Op. cit. p. 60.

¹⁸ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **Processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 10.

acumulavam as funções de iniciar, instruir e julgar o processo, quando até então não se tinha participação do povo¹⁹.

Segundo Andrade, o referido sistema passou a sofrer mudanças graças a reformas legislativas levadas a efeito por Sólon (por volta de 640 a.C.), oportunizando a tão decantada participação popular na administração da cidade, embora com isso o povo não tenha sido equiparado à classe dominante. A partir de então deu-se início a um crescente movimento popular, possibilitando a efetiva participação do povo nas decisões do Estado, decorrendo daí, já por volta dos séculos V e IV a.C., a conhecida democracia ateniense, na qual as decisões políticas eram decididas nas chamadas Assembleias do Povo²⁰.

Naquela época, continua Andrade, o procedimento para o processo penal comum ateniense era o seguinte:

1) autor realizava a citação verbal do acusado na presença de testemunhas que, em geral, eram duas; 2) antes de apresentar a acusação, o autor deveria prestar juramento de que não exerceria seu direito com má fé; 3) posteriormente à citação do acusado, mas antes de seu comparecimento ante o magistrado, este último deveria receber do autor seus escritos de acusação constando os fatos e fundamentos jurídicos, assim como um depósito em dinheiro; 4) o período de investigação pelas partes, que, em alguns casos era de trinta dias, começava com o comparecimento do acusado; 5) estando suficientemente instruído com os elementos colhidos durante a investigação, o magistrado fixava o dia dos debates e a composição do tribunal; 6) o primeiro a falar era o acusador, e depois o acusado, ambos com igual tempo; 7) terminados os debates, os juízes proferiam a decisão sobre o mérito, relativa à condenação ou absolvição do acusado; 8) se o acusado fosse declarado condenado era realizada uma segunda sessão de debates, destinada a discutir a pena que deveria ser aplicada; 9) os juízes estavam vinculados às penas requeridas, não podendo aplicar outras; 10) se fosse condenado à morte, o acusado era imediatamente preso para a execução da sentença²¹.

Souza informa que já àquela época, para o julgamento do processo, fazia-se necessária a tentativa de reconstrução histórica do fato, cuja pretensão era o conhecimento da verdade, ou seja, a forma como o fato efetivamente acontecera, o que era feito então por intermédio das provas com as quais se procurava demonstrar a verdade através da argumentação (retórica), surgindo “as ideias de inquérito, de investigação sobre o passado e de coleta de provas”²².

¹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 59.

²⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 60.

²¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 63.

²² SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro** Op. cit. p. 62.

Assim, infere-se que o processo penal comum ateniense, após Sólon, caracterizou-se pela divisão das funções de acusar, defender e julgar, sendo cada uma delas exercida por pessoas distintas, ressaltando a inércia do julgador na colheita de provas, pois a produção destas, enquanto elementos destinados ao convencimento do magistrado, cabia exclusivamente às partes. Anota-se, ainda, que ali já germinava as providências judiciais hodiernamente conhecidas como medidas cautelares, pois, em situações excepcionais, admita-se a prisão mesmo antes da condenação e, dentro do procedimento como um todo, inclusive a tortura²³. Buscando preservar a seriedade das acusações em detrimento de sua vulgarização, quando de uma absolvição, o acusador precisava obter ao menos vinte por cento dos votos dos julgadores, sob pena de ser condenado ao pagamento de mil dracmas. Julgadas as causas no Tribunal Popular, considerada a soberania do órgão julgador, por princípio, as decisões eram irrecorríveis, embora como exceção à essa irrecorribilidade tivéssemos hipóteses em relação às quais era possível a irresignação para com a decisão, o que ocorria quando de uma demanda calcada no falso testemunho ou oposição contumacial, ou quando, em razão de relevantes motivos políticos, ocorria a anulação da sentença²⁴.

Como afirma Andrade, muitos são os autores que tomam como modelo de sistema acusatório aquele adotado em Atenas, no entanto, a forma como era estruturado o mencionado sistema permitiu o surgimento de problemas vários, dentre os quais a impunidade, decorrente ao menos de três aspectos do processo ateniense²⁵, sendo eles, no dizer de Souza:

a) a exigência do depósito, pelo acusador, de uma quantia no início do processo; b) a legitimidade ativa da acusação, confiada aos cidadãos comuns, os quais se sujeitavam a pressões políticas e ameaças, desestimulando o exercício da persecução penal; c) a rígida vinculação dos juízes aos fatos narrados e às penas requeridas pelas partes, inviabilizando o acolhimento parcial da veracidade dos fatos ou do pedido referente à pena²⁶.

²³ Embora o emprego da tortura não fosse visto positivamente, ainda assim era ela aplicada aos cidadãos que atuavam como partes, e aos escravos quando dos processos participavam enquanto testemunhas.

²⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 63-71.

²⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 72-74.

²⁶ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**: Op. cit. p. 63.

Anote-se, ainda, que as partes valiam-se dos debates para transformarem o julgamento num espetáculo, porém espetáculo de baixo nível, formulando insultos recíprocos e considerações sobre o comportamento pessoal, familiar ou profissional do adversário, ou até mesmo sobre o fato criminoso supostamente praticado²⁷.

Registre-se, todavia, que ao lado do sistema acusatório em que o povo era chamado a julgar, em Atenas havia também situações que, em razão da excepcionalidade, o julgamento era realizado pelo Conselho de Areópago, uma espécie de Tribunal, que procedia *ex officio* e julgava aplicando pena sem intervenção de acusação ou de defesa, nítida característica de um modelo inquisitório²⁸.

2.2.2 Roma

Mauro Andrade ensina que o processo penal romano na antiguidade, ou seja, de quando se registra a fundação de Roma (754 a.C.) até a extinção da monarquia (510 a.C.), sofreu inúmeras idas e vindas em relação ao sistema adotado, eis que durante aquele período distintos foram os modelos políticos adotados, passando pela monarquia, república e pelo conhecido como imperial, ou principado. Em sendo assim, durante o regime monárquico o rei era o único magistrado vitalício²⁹, irresponsável porque, de acordo com o magistério de Brandão, “o Direito Romano previa a exclusão da aplicação da lei para o magistrado supremo”³⁰.

Findo o período monárquico, a primeira consequência do regime político instaurado (o republicano) foi a divisão dos poderes até então concentrados em mãos do rei, ficando sob sua administração as questões criminais, como investigar, acusar e julgar os fatos delitivos, sem que, todavia, para tanto existissem regras, não se garantindo sequer o interrogatório do acusado, pois a possibilidade de defesa dependia da vontade do magistrado³¹.

Para coibir os abusos, surgiu em 449 a.C. o remédio jurídico conhecido como *provocatio ad populum*, que consistia numa impugnação de natureza recursal contra a decisão do magistrado, aplicável aos casos de maior gravidade, visando transferir

²⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 73.

²⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 75.

²⁹ eadem.

³⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**. parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 91.

³¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 78-80.

o julgamento da causa para uma assembleia popular. Em tais casos o magistrado ao qual competisse a *cognitio* agia perante a assembleia na condição de acusador. Nesses casos a prova era produzida pelas partes³², atente-se, porém, que a acusação ficava a cargo do magistrado.

Em meados do século II a.C., as assembleias populares começaram a perder a credibilidade, graças ao crescente número de processos e, por conseguinte, à morosidade na solução das causas, fatos aos quais se aliavam as absolvições lastreadas em argumentos demagógicos para basear absolvições. A partir de então foram criados tribunais estáveis, com competência específica de acordo com os temas, os quais eram presididos por um magistrado (ou ex-magistrado) que, além de exercer a presidência do tribunal, em determinados casos, detinha competência exclusiva para o julgamento. Os tribunais tinham sua composição nos cidadãos romanos, os quais eram eleitos para o cargo, dentre aqueles integrantes de uma lista geral de pessoas reputadas como capazes para julgar. Dessa lista geral fazia-se a eleição dos julgadores para cada julgamento, podendo as partes – acusador e acusado – recusarem certo número deles. A acusação ficava a cargo de qualquer pessoa de boa reputação e, necessariamente, devia ser uma pessoa distinta dos julgadores e do presidente do tribunal³³.

O processo era composto também por uma fase postulatória, com a qual preliminarmente se apresentava ao presidente do tribunal uma pretensão de acusação. Somente se preenchidos os requisitos formais admitia-se a acusação que, agora levada a efeito juntamente com indícios de veracidade, era recebida pelo magistrado, iniciando-se, então, o processo, investindo-se a partir daí o acusador que passava a exercer poderes investigatórios e solicitava um prazo para a colheita das provas³⁴.

Na lição de Souza,

A desistência da acusação era permitida mas, para evitar abusos, foram criados os crimes de calúnia (imputação conscientemente falsa ou acusação não provada de forma intencional), tergiversação (desistência injustificada da acusação) e prevaricação (acordo entre as partes, em que o acusador iniciava o processo contra o réu com o objetivo de protegê-lo, excluindo

³² SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**: Op. cit. p. 64.

³³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p.80-84.

³⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p.88-92.

outros possíveis acusadores e pretendendo obter a absolvição ou a aplicação de pena inferior à devida)³⁵.

As provas eram apresentadas pelas partes durante os debates, ocasião que expunham seus argumentos e, de forma direta, inquiriam as testemunhas, o que faziam sem interferência do magistrado. O acusado podia defender-se ele próprio ou sê-lo por uma terceira pessoa. A discussão da causa não se resumia ao fato constante da acusação, posto como as partes costumavam dar início aos debates procurando desqualificar a parte *adversa* buscando atingir-lhe a conduta social.

O acusado tinha o direito de permanecer em silêncio e de somente ser processado se estivesse presente, e embora a regra fosse responder ao processo em liberdade, mediante uma caução, caso o acusado viesse e confessar, a prisão preventiva era obrigatória.

Encerrada a instrução e os debates, os julgadores passavam à votação, a qual era secreta conforme dispunha a *lex Cassia* (137 a.C.). Para o efetivo julgamento, os jurados votavam utilizando-se de pequenas tábuas, contendo as inscrições “A”, significando absolvido; “C”, que significava condenado, e “NL” (*non liquet*). Para que o acusado fosse considerado absolvido fazia-se necessária no mínimo metade dos votos. O voto “NL” (*non liquet*) significava uma espécie de abstenção, demonstrando que os julgadores não estavam satisfeitos com o trabalho mostrado pelas partes e, por conseguinte, não se sentiam aptos para julgar, precisando de maiores esclarecimentos, o que levava à reabertura dos debates, o que, todavia, somente poderia acontecer quando o número dos votos “NL” fosse superior à maioria necessária para condenar ou absolver. Havendo condenação a pena era preestabelecida por lei³⁶.

Assim, por seus elementos e características, o modelo de processo penal adotado naquele período em muito se aproximou do sistema acusatório como conhecido hodiernamente.

Durante a fase imperial (27 a.C. a 565 d.C.), inicialmente foram preservadas as bases do sistema acusatório do processo penal anterior, mas as falhas de tal sistema levaram ao descrédito esse modelo de processo, o que ocorreu em razão do abusivo exercício do direito de acusar, acarretando a vulgarização dos delitos de

³⁵ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**: Op. cit. p. 65.

³⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 93-99.

calúnia, tergiversação e prevaricação, o que culminou com o desinteresse dos cidadãos em participar dos tribunais populares, levando o imperador a restabelecer a *cognitio*, que passou a ser denominada *cognitio extra ordinem*, com a qual as funções de investigar, acusar e decidir cumulavam-se na pessoa do imperador, ou em uma pessoa sua delegada, mantendo-se, no entanto, até o século II d.C., o poder jurisdicional do Senado, que permaneceu funcionando como no período anterior, ou seja, de acordo com o sistema acusatório, todavia, com a ampla possibilidade de intervenção do imperador. Posteriormente, com a extinção do poder jurisdicional do Senado, consolidou-se a *cognitio extra ordinem* ³⁷.

2.2.3 Antigo direito germânico

Segundo Foucault, com o fim do Império Romano, a Europa passou a sofrer grande influência do direito germânico, no qual as lides eram solucionadas a partir dos duelos, através de provas mágico-religiosas, por juramentos e pelas provas corporais, conhecidas como ordálias ou julgamentos de Deus^{38/39}.

Havia, ainda, a possibilidade de os litigantes chegarem a um acordo ou pacto. Todavia, não existia o inquérito e não se tinha nenhuma preocupação com a verdade dos fatos.

Conforme o magistério de Foucault,

No sistema da prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária. O indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela. Se renuncia, se não quer tentar a prova, perde o processo de antemão. Havendo a prova, vence ou fracassa. Não há outra possibilidade. A forma binária é a primeira característica da prova. A segunda característica é que a prova termina por uma vitória ou por um fracasso. [...]. Em nenhum momento aparece algo como a sentença tal como acontecerá a partir do fim do século XII e início do século XIII. [...] A sentença, portanto, não existe; a separação da verdade e do erro entre os indivíduos não desempenha nenhum papel; existe simplesmente vitória ou fracasso. A terceira característica é que esta prova é de certa maneira automática. Não é necessário haver a presença de um terceiro personagem para distinguir os dois adversários. [...]. A autoridade só intervém como testemunha da regularidade do procedimento. [...].

³⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 100-107.

³⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013. p. 59.

³⁹ Mauro Andrade ressalta que as ordálias não surgiram com o direito germânico após a queda do Império Romano, pois já estavam presentes no antigo direito grego. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p.92-99.

A quarta característica é que nesse mecanismo a prova serve não para nomear, localizar aquele que disse a verdade, mas para estabelecer que o mais forte é, ao mesmo tempo, quem tem razão⁴⁰.

2.2.4 Direito canônico e direito comum medieval

Com a expansão e a consolidação do catolicismo como religião oficial pela Europa continental fez surgir a necessidade do combate à heresia como principal meta a ser atingida. Essa necessidade, juntamente com a perversão de alguns membros do clero, fez com que a Igreja reintroduzisse no âmbito do direito canônico um processo de lineamentos inquisitórios.

De acordo com Souza, a grande preocupação da Igreja não era com a criminalidade ou com a punição para aquele que viesse causar algum dano, mas a preocupação era sobremaneira com a falta, com o desvio em relação aos dogmas religiosos, preceitos elevados à categoria de *verdades absolutas*, cuja violação justificava que a perquirição do fato pudesse se fazer por qualquer meio, até mesmo pela tortura. Dessa forma, a finalidade precípua do processo não era, apenas e simplesmente, a punição do herege, mas principalmente convertê-lo e corrigi-lo. As penas consistiam no exílio, prisão, confisco de bens, destruição da casa do herege e morte⁴¹.

Com o retorno do inquérito, ressuscita-se a ideia da necessidade de reconstrução do fato histórico. No entanto, como não poderia ser diferente, graças aos métodos para tanto utilizados, o resultado apenas “[...] *reproduzia as convicções pessoais do inquisidor, o qual extraía através da força a confirmação pelo réu da hipótese que ele, o juiz, havia fabricado*”⁴². Registre-se, no entanto, que esse modelo, diferentemente daquele vivenciado na antiga Grécia, onde a verdade era utilizada como escudo ao arbítrio do poder estatal, o inquérito para a investigação da verdade do fato funcionava exatamente como instrumento a serviço do soberano que, na realidade, em nada estava preocupado com a verdade.

Resumidamente, o processo era iniciado através de uma acusação formal ou *ex officio* pelo próprio julgador em razão de uma denúncia, que era equivalente a

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Op. cit. p. 64-65.

⁴¹ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**: Op. cit. p. 68.

⁴² KHALED JR., Salah. **Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 45-46. *Apud* SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**: Op. cit. p. 68-69.

nossa *notitia criminis*, hipótese em que as funções de acusar e julgar concentravam-se numa mesma pessoa, o inquisidor, que em casos tais era dotado de ampla iniciativa instrutória. Ao acusado era facultado arrolar testemunhas em sua defesa, com a condição de que o ato não tivesse a pretensão de procrastinar o processo. Quando fosse o caso de confissão do acusado, em nome da celeridade processual, considerava-se desnecessário que o mesmo se apresentasse com defensor. Não havendo confissão, e desde que a versão do acusado fosse sustentada pelas testemunhas, era o caso de admitir-lhe defensor.

Paulatina e excepcionalmente a publicidade foi sendo substituída pelo sigilo, o que de regra ocorria quando era caso de ameaça ou retaliações em relação aos acusadores e testemunhas. Em sendo caso de indícios da prática de heresia e quando houvesse ameaça de fuga do acusado, a custódia preventiva era permitida, inclusive como medida de auxílio para que se obtivesse a confissão. A decisão era fundada no sistema de prova legal^{43/44}, somente se admitindo a condenação se tivesse por base a confissão ou o depoimento de pelo menos duas testemunhas, vigendo neste caso o brocardo *testis unus testis nullus*.

Todavia, bastava o depoimento de uma só testemunha e a tortura já estava autorizada. As decisões não transitavam em julgado nem precluía. Anote-se que em caso de absolvição era proibido fazer constar da sentença que o acusado era inocente, consignando-se apenas que *a imputação não fora comprovada*. Mas a decisão desafiava recurso, quando o inquisidor houvesse violado regras processuais⁴⁵.

Aos poucos, a partir do século XIII, o sistema processual adotado pela Igreja e de caráter marcadamente inquisitório passou a ser acolhido pelo direito comum dos países da Europa continental, inclusive porque, de qualquer forma e ainda assim, guardava mais racionalidade que o modelo processual marcada pela força e

⁴³ É o mais antigo sistema de verificação de prova, em razão do qual cada prova tem um valor preestabelecido, tem origem deuteronômio, segundo ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 73.

⁴⁴ Esse sistema vedava a livre apreciação da prova, fixando uma hierarquia entre os meios de prova, fazendo com que dele pudesse se extrair a confissão como sendo a rainha das provas, enquanto que o valor da prova testemunhal era meramente aritmético, assim, maior o número de testemunhas, maior seria o valor dessa prova, surgindo daí o brocardo *testis unus, testis nullus*. BONFIM, Edilson Mogenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 303.

⁴⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p.275-284

pela superstição das ordálias. Esse sistema venceu o tempo e perdurou até o advento da Revolução Francesa de 1789⁴⁶.

Segundo relato de Andrade, a inquisição espanhola foi a mais rígida e sanguinária. Iniciada no século XV, guardava características bem peculiares, não se assemelhando ao modelo até então adotado pelo direito canônico. Consistia numa investigação preliminar, que tinha à frente o juiz-inquisidor, após o que a acusação era levada a efeito por um funcionário da inquisição, o qual era conhecido por “fiscal” ou “promotor fiscal” que, todavia, não era o julgador. Ao acusado era reconhecido o direito de ser assistido por um advogado, que na realidade, como o “promotor-fiscal”, era funcionário do Santo Ofício. Característica interessante consistia em que a principal tarefa do advogado era convencer o acusado a confessar e aceitar a doutrina da Igreja, o que limitava a defesa, pois depois que ele próprio advogado estava convencido da culpa do acusado abandonava a causa. O processo era, por regra, sigiloso, e, na segunda fase, a produção de provas cabia às partes. Nesta fase, a participação do julgador na produção de provas era por demais restrita, e apenas podia determinar a produção de provas em favor do réu, e mesmo assim apenas em algumas hipóteses. Somente no século XIX⁴⁷, deu-se o fim da inquisição espanhola.

2.2.5 Inglaterra

Souza observa ser importante esclarecer que, “no aspecto territorial, o direito “inglês” compreende apenas a Inglaterra e o País de Gales, já que não estão submetidos a esse direito a Irlanda do Norte, a Escócia, as ilhas do Canal da Mancha e a Ilha de Man”⁴⁸.

Em estudo realizado por Marcos Zilli, a respeito dos efeitos do Direito Germânico no ordenamento Inglês, assenta o jurista:

A influência dos velhos costumes germânicos também foi sentida em terras inglesas. Um exame do desenvolvimento da marcha processual penal no antigo direito germânico fornece, seguramente, as chaves para a compreensão da origem de práticas tão arraigadas na Inglaterra por ocasião da invasão normanda. E a idéia de um duelo permanentemente travado entre duas partes processuais opostas, por certo, acabou inserindo marcas

⁴⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p.340.

⁴⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 297-340.

⁴⁸ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Op. cit. p. 71.

*no sistema que veio a ser estruturado paulatinamente nos séculos posteriores: o adversarial system*⁴⁹.

Embora não se possa dizer muito sobre o nível de influência do direito germânico sobre a ilha no período anterior à invasão normanda ocorrida em 1066⁵⁰, Souza afirma que o alcance foi maior e acarretou duradouro reflexos em comparação àquele exercido no continente. Ainda, conforme o mesmo doutrinador, depois da invasão da Inglaterra, que teve à frente Guilherme Duque de Normandia, conhecido como o Conquistador, foi desencadeado um paulatino processo de centralização política. O Duque de Normandia implantou a experiência administrativa trazida de Ducado, dando continuidade ao trabalho iniciado pelos reis anglo-saxões. Uma vez coroado, confirmou as leis do Rei Eduardo. Assim, além de manter as tradições, deu efetividade à aplicação das “leis da terra”, estabelecendo dessa forma uma das bases da estabilidade política inglesa⁵¹.

Aos poucos a jurisdição real foi se expandido e já sob o reinado de Henrique II cobria todo o território.

Henrique II, que governou entre 1154 e 1189, com base na fórmula adotada pelos reis carolíngios, foi quem introduziu o júri e criou a possibilidade de desaforamento dos julgamentos locais para tribunais reais⁵². Ante a impossibilidade de estar presente em toda a ilha, o rei então estabeleceu duas maneiras para fazer atuar sua jurisdição, quais sejam, designando juízes itinerantes, também chamados *justices ou sheriffs*, aos quais cabia a fiscalização da administração da justiça popular, enquanto presidentes dos julgamentos e, a segunda forma foi introduzindo os *writs*, que eram remédios destinados a garantir a intervenção da justiça real na correção a ser dada à solução local⁵³.

Para Marcos Zilli, os julgamentos pulares se tornaram mais comuns no final do século XIV, em relação àqueles que eram realizados pelo regime das ordálias. Acredita-se que a centralização política em relação ao continente tenha sido uma

⁴⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. Op. cit. p. 95, grifo do autor.

⁵⁰ DAVI, René. *A common law*. In: _____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356-357. *Apud*. SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**. Op. cit. p. 72.

⁵¹ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**: Op. cit. p. 71-72.

⁵² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. Op. cit. 98-100.

⁵³ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**: Op. cit. p. 72.

das razões que contribuíram para que o processo inglês tenha sido relativamente imune à influência do direito canônico⁵⁴.

Todavia, conforme já ventilado, apenas relativamente o processo inglês se viu imune ao direito canônico, pois, ao lado dos julgamentos pelo júri, o que se fazia com base na *common law*, em meados do século XV, tendo em vista o grande número de pedidos de correção dos julgados, foi criado o Tribunal da Chancelaria, que atuava em nome do rei. A referida corte de justiça era integrada basicamente por eclesiásticos, o que tornou inevitável a influência do direito canônico. Naquele tribunal o processo era escrito e secreto, utilizando o princípio da equidade, e, ao argumento de se fazer justiça no caso concreto, criou-se um conjunto de regras próprias, distintas e distantes daquelas do *common law*⁵⁵.

Os dois modelos conviveram lado a lado e se influenciaram reciprocamente. Assim, o direito criminal permaneceu sob a influência da *common law*, de lineamentos do sistema adversarial, caracterizado pelo constante embate das partes sob a direção de um julgador passivo. Todavia, como registra Marcos Zilli⁵⁶, o sistema inquisitivo se fazia presente nos procedimentos criminais de competência do juiz singular e na doutrina da revelação das provas que se encontrassem em seu poder.

2.2.6 O Iluminismo, a revolução francesa e o surgimento do sistema misto

Com o advento do iluminismo os modelos de processo inquisitório que até então se praticava na Europa continental passaram a sofrer mudanças. Ao longo da segunda metade do século XVIII, as arbitrariedades praticadas no período absolutista⁵⁷ passaram a ser combatidas através do movimento que buscava extinguir o sistema inquisitivo e lançava novos fundamentos para o direito penal, como limite à intervenção penal, tutela de liberdades individuais etc, além da

⁵⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. Op. cit. p. 97-101.

⁵⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. Op. cit. p. 101-104.

⁵⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. Op. cit. p. 103-104.

⁵⁷ tortura, falta ou deficiência de defesa, erros judiciais etc.

proposta de um modelo de processo fulcrado no sistema acusatório equivalente àquele do antigo direito romano republicano⁵⁸.

Em 1790, na França, na seara do Direito Processual Penal, foi implantado um sistema baseado no Direito Inglês, com juízes e acusadores eleitos, criando, também naquela mesma ocasião o tribunal do júri. Todavia, aquelas providências não perduraram por muito tempo, eis que de logo foram detectados defeitos que ocorriam no processo acusatório romano, como a impunidade consequente do receio gerado nos acusadores por conta de ameaças feitas pelos acusados e respectivo familiares, onde somente com a promulgação do código de instrução criminal foi que se restabeleceu alguns procedimentos de caráter inquisitivo no processo francês, passando a ser denominado de misto.

O Código de instrução criminal francês, também chamado de Napoleônico trazia um processo basicamente composto por duas fases. Embora se tratasse de duas fases judiciais, a primeira delas era tida por preliminar, e, embora fosse escrita, era secreta e de natureza inquisitiva, tendo à frente um juiz instrutor; O julgamento, por sua vez, era público, oral, marcado pelo contraditório e, por conseguinte de lineamento acusatório. Na fase dita preliminar, ao juiz instrutor cabia participar ativamente da investigação e, caso concluísse pela existência de fato criminoso, encaminharia então o processo ao acusador público, nosso equivalente Ministério Público. Na fase de julgamento, restava de forma insofismável a separação das funções, pois a acusação era feita pelo mencionado acusador público, não se permitindo ao julgador a iniciativa processual. Esse sistema, como lembra Prado com algumas variações foi rapidamente difundido para vários países da Europa Continental⁵⁹.

Esse sistema francês tendo nessa sua fase preliminar características inquisitivas, recebeu em 1897 alguns elementos de garantias como o contraditório e a liberdade provisória, além de ficar estabelecido a proibição de que o juiz instrutor pudesse julgar o feito, garantindo-se ao acusado direito a um defensor.

⁵⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 410. *Apud* SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**: Op. cit. p. 73-74.

⁵⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 91.

3 MODELOS DE PROCESSOS PENAIS

3.1 Modelos processuais contemporâneos

Na Alemanha, ainda é vigente o Código de Processo Penal de 1877, conquanto tenha passado por diversas reformas, adotando-se o *sistema acusatório*, eis que resta nítida a separação das funções de acusar e julgar. Esta é a lição de Joan Picó⁶⁰, não obstante autores como Andrade⁶¹, afirmem tratar-se do sistema misto do Código de instrução criminal da França 1808. Certo porém é que o início do processo oral no direito germânico dá-se a partir de ação promovida pelo Ministério Público, sendo defeso ao juízo estender o processo além das pessoas mencionadas na acusação, o que se faz em respeito ao princípio da intranscendência, além de ater-se aos fatos atribuídos ao acusado. Registre-se que na atualidade o processo penal alemão não tem um juizado de instrução, de sorte que a investigação criminal deixou de ser uma fase do processo e hodiernamente aquela fase é presidida por um órgão acusador do estado. Todavia, deflagrada a ação penal, ao juiz é conferida a iniciativa probatória, ou seja, pode colher provas de ofício, independentemente de requerimento das partes.

Por outro lado, em sendo o caso de o Ministério Público se recusar a investigar um fato ou caso venha a arquivar uma investigação criminal, à vítima é dado o direito de ir ao judiciário, pleiteando providências. Por sua vez, o Poder judiciário pode determinar que a investigação tenha prosseguimento ou, de acordo com o caso, que a acusação seja levada a efeito⁶². Esta determinação, no entanto somente poderá emanar de um órgão que não seja competente para julgar o caso.

Também no processo penal italiano, de acordo com o respectivo código de processo, está presente o sistema acusatório. O vigente código, que é de 1988, extinguiu o juizado de instrução que existia no antigo Código Rocco, eliminando o juiz instrutor e determinando que o processo somente pode ser deflagrado a partir de uma acusação que deverá ser formulada necessariamente pelo Ministério Público, único legitimado. Assim, o Ministério Público italiano é o encarregado pela investigação criminal, não podendo, contudo, arquivá-la. Pode, no entanto, quando

⁶⁰ JUNOY, Joan Picó i. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 114.

⁶¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 114-115.

⁶² SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**. Op. cit. p. 77-78.

houver motivos que justifique requerer o arquivamento ao juiz das investigações preliminares, fase criada pelo vigente diploma processual, restando assegurado que este juiz não será competente para julgar o caso quando da fase de sentença. Naquele processo, deflagrada a ação penal, o juiz que não se confunde com aquele da fase anterior, possui iniciativa probatória, porém em hipóteses absolutamente excepcionais previstas em lei⁶³.

Em Portugal, o ordenamento jurídico é mais veemente e o assunto encontra fundo na própria Constituição que, em seu artigo 32º.5, diz expressamente que o processo penal tem “estrutura acusatória”⁶⁴, razão pela qual o professor Jorge de Figueiredo é contundente em afirmar que o processo penal português é “basicamente acusatório”⁶⁵.

Das lições do mencionado mestre colhe-se que, não obstante as características que marcam a estrutura fundamental do processo penal português, fazendo-o parecer um processo sem partes, em nada ele se assemelha ao modelo inquisitório, ou mesmo a um processo de modelo misto, pois, conquanto seja integrado por uma primeira fase de investigação, sua dinâmica e dialeticidade o afasta por completo de uma estrutura que possa ser total ou parcialmente inquisitiva⁶⁶.

Ainda em relação ao modelo do processo penal português estabelecido pela Constituição daquele país, na esteira desses ensinamentos, o professor espanhol Joan Picó assim se manifesta:

Busca la igualdad de poderes de acción procesual entre la acusación y la defensa, quedando el juez en situación de independencia, apenas interesado en juzgar objetivamente el caso que ha sido adjudicado.

[...]

*la jurisdicción no interviene oficiosamente, ni puede ampliar su poder de juzgar a personas y hechos distintos a aquellos que son el objeto de la acusación, por lo que el principio acusatorio, limitando el objeto de la decisión jurisdiccional, constituye un refuerzo de la defensa del acusado y, simultáneamente, surge con garantía de la imparcialidad del tribunal, porque limita el poder de éste incluso para suplir deficiencias de la acusación*⁶⁷.

⁶³ JUNOY, Joan Picó i. **O juiz e a prova**. Op. cit. p. 114.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. e MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 1. ed. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra editora, 2007. V. 1, p. 83-84.

⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1. ed. (ano 1974), reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. v. 1. p. 254.

⁶⁶ eadem.

⁶⁷ JUNOY, Joan Picó i. **O juiz e a prova**. Op. cit. p. 114-115.

Na Inglaterra, conforme ensinança de Souza⁶⁸, o processo penal é iniciado a partir de uma acusação formulada necessariamente por um sujeito distinto daquele que há de julgar. Ali se vê claramente como são díspares as funções de acusar, defender e julgar. O juiz, que não tem poder para produzir prova de ofício, salvo em situações excepcionais, funciona como árbitro da disputa, considerando-se que, uma vez vencida a inércia do juiz para assuntos probatórios, comprometida está a sua imparcialidade. Este modelo processual é o conhecido como *adversarial*.

Na Holanda também tem vigência o sistema *acusatório*, o que decorre do fato de o Ministério Público ser o único legitimado a buscar punição judicial contra o criminoso, somente podendo o juiz decidir estritamente sobre os fatos como lhe foram colocados pela acusação por ocasião da denúncia⁶⁹.

Nos Estados Unidos da América é característica do processo penal a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar, embora no direito norte americano exista o processo penal no âmbito federal e diversos modelos adotados pelos estados membros da federação.

De acordo com Joan Picó, “Nos modernos códigos processuais penais dos estados latino-americanos também se encontra presente o sistema acusatório”⁷⁰.

No ano de 2004, a Colômbia promulgou o seu vigente Código de Procedimento Penal do qual se extrai a clara divisão entre as funções de acusar e julgar, sendo certo que esta última deve ater-se aos limites da acusação, ou seja, não pode estender a decisão a outras pessoas que não estejam na denúncia ou pronunciar-se sobre fatos não contidos na acusação.

No processo penal peruano de acordo com o respectivo código, cuja vigência teve início a primeiro de julho de 2006, é aplicado o princípio acusatório, donde decorre que a função instrutória fica a cargo do Ministério Público. Naquele processo tem-se ainda o controle da investigação, o que é feito pelo juiz da investigação preparatória, e o juiz penal, que é aquele que decide a questão, com a observância da necessária co-relação entre a acusação e a sentença.

No dia 24 do mês natalino do ano de 2004, passou a vigorar na Nicarágua o novo código de processo penal que estabeleceu para aquele país o sistema *acusatório*, de forma que ali o procedimento penal para ser instaurado pressupõe a

⁶⁸ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**. Op. cit. p. 71-72.

⁶⁹ JUNOY, Joan Picó i. **O juiz e a prova**. Op. cit. p. 115.

⁷⁰ eadem.

iniciativa do Ministério Público, vedando-se esta possibilidade ao juiz da causa, que deve manter e guardar equidistância em relação às partes⁷¹.

O sistema processual penal chileno, cujo código é do ano de 2000, determina que o processo judicial para aplicação de pena àquele que tenha praticado o crime deve nortear-se pelo sistema acusatório.

Em 1999 o ordenamento jurídico boliviano, por seu código de procedimento penal, extirpou a arcaica estrutura inquisitiva, implantando o sistema acusatório, proibindo que o juiz dê início ou realize a instrução de ofício, bem assim um sistema de juízo oral, público, contraditório, fundado nos princípios da imediação e concentração.

Com a Costa Rica não ocorre diferente, pois ali em 1998, com base no código próprio, implantou-se sistema acusatório, marcado pela separação das funções de acusar, defender e julgar, esta última a ser exercida por um juiz imparcial e que, por conseguinte não pode ter iniciativa probatória.

3.2 Sistema processual adotado na jurisdição internacional

Depois de uma breve passagem pelo direito estrangeiro observa-se neste ponto qual tem sido a posição na jurisdição internacional.

É a partir do século XX que o mundo ocidental passa a dar efetividade a sua preocupação para com a justiça penal internacional, surgindo daí os Tribunais de Nuremberg, Tóquio, Iugoslávia e Ruanda, eventos que, conforme magistério da professora Margarida Cantarelli, representaram significativo “avanço contra a impunidade que a história dos pós-guerras sempre mostrou à humanidade.”⁷²

Como ensina Fernanda Vilares, do estudo da evolução histórica dos tribunais internacionais, também conhecidos como tribunais *ad hoc*, observa-se que no início da jurisdição internacional adotava-se para o processo o modelo da *common law*, em razão do qual o juiz se mantinha equidistante, caracterizando-se como mero espectador da produção de provas levada a efeito pelas partes. Desse início até a

⁷¹ eadem.

⁷² CANTARELLI, Margarida de Oliveira. O princípio da legalidade e o tribunal penal internacional. In BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 350.

evolução para o Tribunal Penal Internacional os modelos utilizados pelos mais diversos tribunais *ad hoc* passaram a sofrer influências do sistema da *civil law*⁷³.

Conforme escólio de Margarida Cantarelli, “é preciso entender que o estabelecimento de uma justiça penal internacional não é apenas uma luta pela justiça em si, pelos direitos humanos, mas, também, um importante passo na reconstrução da paz.”⁷⁴

Na medida em que se vai evoluindo para a consagração da tutela dos direitos fundamentais, o que se dá por influência e necessidade trazidas pela globalização, o modelo de processo acusatório tem permeado o ordenamento das mais diversas nações, no entanto, em sede de cooperação internacional verifica-se algumas exceções a este modelo, inclusive com inversão do ônus da prova.

A hodierna convivência pacífica entre os povos tem requerido uma constante cooperação entre as nações o que se tem buscado implementar através de ferramentas jurídicas como os tratados e convenções, que tem pretendido combater com maior eficiência a criminalidade transnacional com aplicação de uma mais efetiva punição. Pensamos que este não é o fóro adequado para discutir as exceções que estes instrumentos normativos têm feito aos direitos e garantias fundamentais, mas não se pode deixar de registrar que dentre essas exceções está a inversão do ônus da prova como prevista na Convenção de Viena sobre o tráfico ilícito de entorpecentes e de substância⁷⁵ e na Convenção de Palermo contra o crime organizado transnacional^{76/77}.

⁷³ VILARES, Fernanda Regina. **O tribunal penal internacional de Ruanda**. In: Fernandes, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 122-123.

⁷⁴ CANTARELLI, Margarida de Oliveira. O princípio da legalidade e o tribunal penal internacional. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da legalidade**: Op. cit. p. 350.

⁷⁵ CONVENÇÃO CONTRA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS. ARTIGO 5. Confisco. (...) 7 - cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos. Promulgada no Brasil. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm. Acesso em 30 de nov. de 2014.

⁷⁶ CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL. Art. 12. Confisco e apreensão. (...) 7. Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais. Promulgada no Brasil Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 30 de nov. de 2014.

Entretanto, acreditamos que o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais é um ponto a se chegar a partir de um caminho sem volta cujo percurso já se houve iniciado pela história da humanidade. Este sentir, inclusive, é decorrente do sistema processual penal já adotado pelo Tribunal Penal Internacional “onde o monopólio do exercício da ação penal foi concedido a um único órgão acusador – a Procuradoria -, a quem incumbe, ainda, a condução de todas as investigações”⁷⁸, por isso, Kai Ambos afirma que o modelo de processo penal adotado por aquela Corte de Justiça é o modelo acusatório⁷⁹.

Ainda em sede de globalização, respeitadas as peculiaridades da cultura de cada povo, a pretensão a nível internacional é de tanto quanto possível aproximar as diferentes legislações, daí que já há algum tempo que a comunidade jurídica internacional vem trabalhando modelos para projetos de codificação, dentre os quais, na seara do processo penal, o código modelo para ibero-américa⁸⁰, criado por integrantes do instituto ibero-americano de direito processual, depois de longos estudos⁸¹.

De acordo com observação de Scarance Fernandes, o modelo de código de processo penal para a ibero-américa apresenta algumas características fundamentais, dentre as quais:

“a) a ênfase ao respeito a dignidade do sujeito ou acusado; b) a adoção do modelo acusatório; c) a transparência dos procedimentos; d) a busca da eficácia no processo; e) a desburocratização da organização judiciária; f) a participação popular na administração da justiça; g) diversos mecanismos de seleção de casos; h) a globalização das reformas”⁸².

⁷⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **O direito processual penal internacional**. In: Fernandes, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Direito processual penal internacional**. Op. cit. p. 9-10.

⁷⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **O tribunal penal internacional**. Jurisdição permanente para os crimes internacionais. In: Fernandes, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Direito processual penal internacional**. Op.cit. p. 180.

⁷⁹ AMBOS, Kai. **Processo penal internacional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012, p. 10-17.

⁸⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **O direito processual penal e internacional**. In: Fernandes, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Direito processual penal internacional**. Op. cit. p. 17.

⁸¹ A ideia de sua elaboração foi lançada pelo primeiro presidente do Instituto, Niceto Alcaraz Zamora y Castillo, com o propósito de que influísse na elaboração legislativa dos países ibero-americanos, respeitadas as suas particularidades. As bases políticas do Código foram instituídas na V Jornada, em Bogotá-Cartagena (1970), formando-se em 1978 uma comissão de juristas para a elaboração do Código Modelo e, em 1981, ele começa a ser delineado pelos trabalhos desenvolvidos por Victor Fairén Guillén, Fernando Del la Rúa e Julio B. J. Mayer. Seguiram-se novos estudos e, principalmente pelo dedicado empenho de Ada Pellegrini Grinover, Julio B. J. Mayer e Jayme Bernal Cuélla, o projeto foi apresentado em 1998.

⁸² GRINOVER, Ada Pelegrini. **Influência do código-modelo de processo penal para ibero-américa na legislação latino-americana**. Convergências e dissonâncias com os sistemas brasileiro e italiano. In: o processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 222. *Apud* FERNANDES,

3.3 Modelo de processo penal adotado pela Constituição brasileira de 1988

A vigente Constituição do Brasil não é literal em dizer qual o sistema processual penal por ela eleito, o que fez nascer opiniões diversas.

A doutrina majoritária, porém, carregada por Paulo Rangel⁸³ sustenta que o modelo adotado pela atual Constituição é o acusatório, o que se infere da separação das funções de acusar e julgar entre os sujeitos processuais. Reforça esse entendimento o disposto no art. 144 da mesma Constituição, onde resta claro que a função de polícia judiciária, e bem assim a apuração de infrações penais incumbem às polícias civil, federal e, em caso de crimes militares, à polícia militar. Também com base nesse dispositivo a doutrina, tendo à frente nomes como Rômulo de Andrade Moreira e Marcelo Marcante⁸⁴ “sustenta que o modelo acusatório é uma imposição do estado e do princípio da separação de poderes”. Outros doutrinadores⁸⁵, no entanto, afirmam que o modelo acusatório decorre da privatividade do Ministério Público para fazer deflagrar a ação penal pública, assim como o conjunto de garantias conferidas ao acusado, como o devido processo legal, formado pelo contraditório, ampla defesa, presunção de não culpabilidade e juiz natural. Não bastasse tais argumentos, há ainda quem, a exemplo de Paulo Passos, sustente que o modelo de processo acolhido pelo nosso ordenamento foi o acusatório em razão de o constituinte haver eleito os princípios da dignidade da pessoa humana e da democracia⁸⁶.

Registre-se que na doutrina pátria há quem afirme com Rodrigo Tenório que o modelo adotado foi o adversarial, isto em função de a Constituição Federal

Antonio Scarance. **O direito processual penal e internacional**. In: Fernandes, Antonio Scarance e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Direito processual penal internacional**. Op. cit. p. 18.

⁸³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Op. cit. p. 50.

⁸⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia. **Revista síntese de direito penal e processual penal**. Porto Alegre, ano V, n. 27, p. 14-16, ago./set.2004; FLORES, Marcelo Marcante. Apontamentos sobre sistemas processuais e incompatibilidade (lógica) da nova redação do art. 156 do Código de Processual penal com o sistema acusatório. **Revista IOB de direito penal e processual penal**. Porto Alegre, ano IX, n. 53, p. 50, dez./jan. 2009. *Apud* SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**. Op. cit. p. 90.

⁸⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. Op. cit. p. 195; SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**. Op. cit. p. 70.

⁸⁶ PASSOS, Paulo Cezar dos. Uma visão crítica da iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. **Revijur**: Revista jurídica do Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul, Campo Alegre, ano IX, n. 10, p. 78, 2007. *Apud*. SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**. Op. cit. p. 91.

determinar direito ao devido processo legal, princípio dentro do qual se insere o direito a um julgador imparcial⁸⁷.

Mas, há também aqueles que, a exemplo de Andrade, parecendo desavisados, chegam ao cúmulo de dizer que a Constituição não deu preferência a qualquer sistema processual, explícita ou implicitamente, o que é um despautério, afirmando ainda que “nosso país não adota nenhum tipo de sistema processual penal, pois o que temos hoje são *modelos de processo*”⁸⁸.

De qualquer sorte, a respeito do sistema processual adotado pelo vigente ordenamento jurídico brasileiro façamos um raciocínio.

Com efeito, Souza chama a atenção para que a característica de ser o Ministério Público o *dominis littis*, por si só, não obsta que em determinados casos o próprio juiz venha instaurar processos, como acontece na Itália e na Alemanha, quando o julgador obriga o Ministério Público a investigar ou levar a efeito a acusação⁸⁹.

Do que acima restou grafado percebe-se que outros sistemas processuais que não o acusatório têm por imprescindível um acusador distinto do julgador, bem assim que o início do processo somente se dá com uma acusação. Lembre-se a esse respeito que isso acontecia na Espanha, no processo de inquisição, assim como também quando do Código Napoleônico.

Destarte, a titularidade para a ação penal, tão somente, não é capaz de fundamentar um modelo processual como acusatório. Muito menos é fundamento bastante para se qualificar um sistema como acusatório o só fato de que as infrações penais devam ser apuradas pela polícia. Inclusive porque a ordem constitucional não conferiu essa função com exclusividade à polícia. Além do mais a atribuição da polícia para investigar infrações penais não impede que o processo seja iniciado de ofício pelo juiz, bem assim que este não possa determinar que a polícia investigue.

⁸⁷ TENÓRIO, Rodrigo Antonio. **A ineficácia gerada pela tradição inquisitorial**: estudos dos sistemas brasileiro, americano e italiano. Curitiba: Juruá, 2011. p. 25-28. *Apud.* SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**. Op. cit. p. 91.

⁸⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Op. cit. p. 473.

⁸⁹ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**. Op. cit. p. 91.

Por outro lado, também em sistemas processuais do tipo misto ou inquisitivo algumas garantias são reconhecidas ao acusado. Anote-se que, como observa Souza,

O sistema acusatório não se resume a tais garantias, pois, ao lado das garantias ligadas à forma de investigação processual (contraditório, moralidade, publicidade, paridade de armas, livre convencimento etc.), exige-se uma específica figura de juiz como sujeito processual separado rigidamente das partes⁹⁰.

Para Souza não se sustenta a afirmação de que o modelo adotado tenha sido o adversarial, tendo por fundamento a previsão do devido processo legal, além da norma que fixa ser privativa do Ministério Público a legitimidade para a ação penal pública, isto porque caso este raciocínio pudesse prevalecer seria o caso de se poder afirmar que a Itália teria acolhido esse modelo de processo, pois o ordenamento daquele país contempla o devido processo legal e a privativa legitimidade do órgão do *parquet* para formular a acusação da lei penal⁹¹.

Por tais razões Souza afirma que esses argumentos não podem prevalecer, mas com base na teoria de Ferrajoli, conquanto a Constituição não seja expressa sobre o tema, vários são os dispositivos constitucionais dos quais se extraem elementos bastantes caracterizadores do modelo acusatório, dentre os quais está o debate paritário entre as partes, o que se infere dos princípios da igualdade e do devido processo legal⁹², não se olvidando os princípios do contraditório e da publicidade processual⁹³.

Todavia para Souza a Constituição deixou de tratar de elementos que, para Ferrajoli, são integrantes do processo penal de modelo acusatório, tais como o juiz enquanto sujeito inerte distinto das partes, bem assim como “o ônus da prova exclusivamente a cargo da acusação”⁹⁴.

Diante de tais circunstâncias a indagação que se instala recai sobre a constitucionalidade da iniciativa probatória *ex officio* pelo juiz criminal como prevista na legislação infraconstitucional.

Para Goldschmidt “a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua

⁹⁰ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**. Op. cit. p. 93.

⁹¹ eadem.

⁹² CRFB, art. 5º, *caput* e inc. LIV.

⁹³ CRFB, art. 5º, incs. LV e LX.

⁹⁴ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**. Op. cit. p. 94.

Constituição”⁹⁵. Ora, em sendo certo que as normas ordinárias complementam a Constituição enquanto integrantes de um mesmo ordenamento, pode-se dizer que a forma do processo penal reflete eventuais garantias constitucionais. Assim, para que possamos bem compreender o espírito que norteia um código de processo penal faz-se mister localizar o momento histórico constitucional que era vivido na política do respectivo país.

No caso do Brasil, o Código de Processo Penal foi promulgado sob a égide da Constituição de 1937 que, de saída fora outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas, logo depois de haver “fechado” o Congresso Nacional. Estava instalada, pois, uma ditadura em razão da qual as funções republicanas executiva e legislativa restavam concentradas nas mãos do presidente da República, que legislava por decretos-leis, daí decorrendo o Código de Processo Penal, resultado do Decreto lei presidencial nº 3689, de 03 de outubro de 1941⁹⁶. Dito diploma legal, sabe-se por Coutinho⁹⁷, foi inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930 que, por sua vez, foi produto do regime fascista, tendo sido elaborado por Vincenzo Manzini e Alfredo Rocco, este, ministro da justiça do governo Mussolini, e que deu nome àquele diploma, que ficou conhecido como Código Rocco. Foi assim que o Código de Processo Penal adotado no Brasil em 1941 encarnou toda uma concepção repressiva inerente da ditadura Vargas.

Conforme consta da exposição de motivos do referido diploma processual, assinada pelo ministro Francisco Campos, importa ressaltar a restrição da aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Restrição que aparece positivada na segunda parte do art. 156 do Código de Processo Penal, cuja redação originária estabelecia: *A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.*

⁹⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, p. 71.

⁹⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. Op. cit. p. 173.

⁹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.) **O novo processo penal à luz da Constituição** (análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal). 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 9-17.

Ao lado desta norma de caráter geral outros dispositivos habitam o Código de Processo Penal, facultando que o julgador proceda à instrução probatória mesmo sem que para tanto tenha sido provocado pelas partes, a exemplo do que se contém nos arts. 168, 196, 209, 234 e 242⁹⁸.

A carga inquisitorial do modelo de processo trazida pelo Código era tamanha que, conforme redação do art. 26, a ação penal nas contravenções poderia ser iniciada por portaria expedida pela própria autoridade judiciária. Ou seja, era, portanto, o próprio julgador que dava início à ação penal. A esse fenômeno a doutrina chamava de procedimento judicialiforme.

Esta teratológica previsão, conquanto ainda grafada no nosso Código de Processo Penal, não encontra eco frente à vigente ordem constitucional.

A partir dessas informações pode-se afirmar que não apenas a primeira fase do processo penal brasileiro vê-se alcançada pelo princípio inquisitivo, mas o próprio processo judicial que, não obstante consagre algumas garantias ao acusado, como direito de defesa, *v.g.*, permite a gestão da prova pelo juiz, mostrando-se como um processo penal de estrutura inquisitória, maculando o modelo decorrente da Constituição da República.

A vigente Constituição da República, cognominada por Ulisses Guimarães de Constituição Cidadã, trouxe em seu bojo um leque de direitos e garantias fundamentais, inclusive por deixar claro os limites de cada uma das três funções do poder estatal, protegendo o indivíduo do arbítrio.

Com alívio, facilmente se percebe que a vigente ordem constitucional introduziu no ordenamento uma nova concepção de processo, inclusive porque, dentro das garantias individuais, estabeleceu não haver responsabilidade criminal senão depois de uma declaração judicial da qual não caiba mais recurso.

Decerto que a nossa vigente Constituição, diferentemente do que faz a Constituição portuguesa, não é literal quanto ao modelo de processo penal a ser

⁹⁸Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, **proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício**, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor. Art. 196. **A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício** ou a pedido fundamentado de qualquer das partes. Art. 209. **O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes**. Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, **providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes**, para sua juntada aos autos, se possível. Art. 242. **A busca poderá ser determinada de ofício** ou a requerimento de qualquer das partes. (Sem grifo no original).

adotado, no entanto, considerando a teoria piramidal de Hans Kelsen, em razão da qual no ordenamento jurídico toda norma para ter vigência deve encontrar seu fundamento de validade numa outra que lhe seja imediatamente superior, de sorte que todas devam harmonizar-se com a Constituição, enquanto norma maior, assim, a norma contida no art. 156 do Código de Processo Penal, ao menos no que diz respeito ao inc. I, não se sustenta frente ao modelo de processo decorrente das normas e princípios constantes da vigente Carta Magna. Esta é a conclusão a que se chega a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento.

Dos princípios agasalhados pela Constituição Federal não se pode pretender que outro tenha sido o sistema processual penal por ela adotado que não o acusatório, pois pensar diferente seria dar azo a uma inadmissível violação daqueles mesmos princípios, vez que a Constituição assevera tutelar os direitos fundamentais.

Destarte, estando os direitos e garantias fundamentais tutelados pela Constituição não se pode esperar que outra seja a concepção do acusado no que diz respeito à regra processual.

Observe-se que a obrigação de a acusação provar o que imputa ao acusado resta clara quando se extrai do princípio da não culpabilidade, positivado no art. 5º, inc. LVII, o encargo que se tem de demonstrar a existência do fato alegado, sobre modo no que respeita a sua autoria.

Geraldo Prado assinala que

“deve-se, pois, à concepção ideológica de um processo penal democrático, assertiva comum de que a estrutura há de respeitar, sempre, o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar, mas com a colaboração das partes, despidendo-se, contudo, da iniciativa da perseguição penal”⁹⁹.

Na mesma toada, Aury Lopes Jr. observa que a democracia, enquanto “sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao estado e que se manifesta em todas as esferas da relação estado indivíduo”, leva-nos a um processo consequente de um modelo de política criminal que não admite se perca de vista a valorização do homem, decorrendo daí o fortalecimento do acusado no processo penal, donde se infere que a principal meta do sistema não consiste apenas em salvaguardar os interesses coletivos, mas primordialmente tutelar a liberdade processual do acusado, com ênfase na dignidade da pessoa humana, mesmo enquanto como parte de um processo judicial, o que inclusive é princípio acolhido como fundamento da República Federativa do Brasil. Ora, considerando que a

⁹⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: Op. cit. p. 33.

dignidade da pessoa humana não está atrelada a um caso concreto que envolva determinada pessoa, não será o fato de esta estar respondendo a um processo criminal, e mesmo que lhe venha a ser comprovada a culpabilidade, nem por isso haverá de lhe ser retirado o elemento dignidade, que deve ser reconhecido em qualquer circunstância¹⁰⁰.

No regime democrático de direito não é dado ao estado valer-se quer do processo, quer da sanção para impor ao indivíduo a degradação, possibilitando aniquilar a sua condição de ser humano.

Não se conhece nenhum outro sistema processual que não o acusatório no qual o acusado possa viver o *status* de sujeito de direito.

Anote-se que nossos tribunais já tiveram oportunidade de se pronunciar dizendo que o sistema acusatório é o adotado pela vigente Constituição. Isso é o que se extrai quer da jurisprudência dos tribunais estaduais^{101/102}, quer dos tribunais superiores¹⁰³.

¹⁰⁰ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 38-39.

¹⁰¹ TJPE. 003. 0011031-81.2014.8.17.0000. **Correição Parcial** (0354252-1) Comarca: Petrolina Vara: Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Petrolina Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO Réu : Juízo de Direito da Vara Privativa do Tribunal do Júri da Comarca de Petrolina. Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Antônio de Melo e Lima. Despacho: Decisão Terminativa. Última Devolução: 04/12/2014 7:24 Local: Diretoria Criminal. **DECISÃO TERMINATIVA.** Trata-se de correição parcial apresentada pelo representante do Ministério Público com exercício na Promotoria de Justiça Criminal de Petrolina, em face de decisão proferida nos autos da Ação Penal de nº 0000344-46.1997.8.17.1130, pelo Juízo de Direito da Vara do Júri daquela Comarca, que revogou decisão anterior que havia deferido pedido de diligência efetuado pelo *parquet*, consistente na expedição de ofício a órgão público (Cartório Eleitoral) com vistas a obter o endereço de testemunha arrolada na denúncia. Afirma o recorrente que a negativa judicial baseou-se no fato de que, por previsão legal, teria o Ministério Público atribuição de realizar, ele próprio, as diligências solicitadas. Aduz, no entanto, que a decisão impugnada acarreta cerceamento da atividade acusatória e o tumulto processual. Ainda segundo o requerente, "Nada justifica a pretendida transferência de tarefas afetas ao ofício judicial das partes, inibindo essa tentativa a celeridade e a praticidade, reclamadas no ato do processo". Com essas razões, requer a reforma da decisão atacada, com a consequente determinação de ser oficiado o Cartório da 144ª Zona Eleitoral, visando a localização da testemunha Hilma Maria de Jesus, irmã da vítima. A inicial foi instruída com os documentos de folhas 08 a 14. É o relatório. Decido. A correição parcial, ao longo dos anos foi se consolidando no nosso sistema jurídico, através da doutrina e jurisprudência, como medida de insurgência contra despachos ou decisões judiciais para os quais não houvesse recurso legalmente previsto e que configurassem erro de procedimento ou abuso no poder de decidir. Na definição de Ada Pellegrini Grinover, "a correição presta-se ao ataque às decisões ou despachos dos juízes não impugnáveis por outro recurso e que representem 'erro ou abuso', de que resulta a 'inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem legal do processo'. Destina-se, portanto, a corrigir o *error in procedendo*, não o *error in judicando*. No caso em análise, tem-se que, em ação penal, a Promotoria de Justiça requereu ao juízo a expedição de ofício ao Cartório Eleitoral, com o intuito de obter informações acerca do endereço de testemunha arrolada na denúncia. O juízo de piso a princípio deferiu o pleito, mas, ato contínuo, revogou a decisão, argumentando que a Constituição Federal, o Código de Processo Penal e a respectiva Lei Orgânica do Ministério Público prevêm a possibilidade do órgão ministerial, no exercício de suas funções, requisitar informações e diligências diretamente àquele órgão, salientando que as informações em questão não estão sob sigilo (folha 09). Pois bem.

De fato, no nosso ordenamento jurídico, incontroverso é o poder conferido ao Ministério Público para requisitar a qualquer autoridade ou entidades públicas ou privadas, esclarecimentos ou documentos necessários a execução de suas funções constitucionais. Aliás, tal atribuição encontra respaldo já na Carta Magna que, em seu artigo 129, incisos VI e VIII, prevê a possibilidade de requisição de diligências pelo órgão ministerial com vistas à instrução dos processos em que officie, inclusive os administrativos. A Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), regulamentando essa função, assim estabelece: Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior. II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie; III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível; IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los. Mais especificamente, o Código de Processo Penal, em seu art. 47, deixa mais uma vez clara essa possibilidade de requisição de diligências, frisando ainda o fato de que esta poderá ocorrer diretamente, ou seja, sem intervenção do judiciário. Vejamos: Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los. Assim constatado e, considerando o fato de que **o sistema processual pátrio é o acusatório, onde a intervenção do magistrado se restringe a julgar, mantendo-se equidistante das partes**, excepcionada sua interferência tão somente com o fim de dirimir dúvidas, em razão da sua convicção se dar pela livre apreciação das provas, é que esta atribuição conferida ao Ministério Público toma corpo e fundamento. Constitui verdadeiro ônus a demonstração da sua alegação, sempre em busca da tão almejada verdade real. Transferir o referido ônus para o Judiciário, o sobrecarregará e, fatalmente, atropelará a persecução criminal, retardando-a, fato não desejado por nenhum dos órgãos essenciais à Justiça. Dessa forma, pode-se concluir, indubitavelmente, pelo acerto da decisão proferida na ação penal quanto ao pedido de diligências, cujo indeferimento em nenhum momento causou qualquer inversão tumultuária no processo ou mesmo abuso do poder de decidir, mas ao contrário, garantiu o tratamento igualitário que deve ser dispensado às partes. A jurisprudência pátria segue, há muito, no mesmo sentido do que aqui explanado. Não há que se falar em inversão tumultuária do processo quando não resta demonstrado, de plano, a inviabilidade, mas tão só a dificuldade de realização da diligência pelo próprio órgão ministerial, ainda mais em situações em que a lei expressamente lhe autoriza a fazê-lo. A título de ilustração, transcrevo os seguintes precedentes: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO JUÍZO LOCAL. CAPACIDADE DE REALIZAÇÃO PELO PRÓPRIO PARQUET. ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA HIPÓTESE VERTEENTE. 1. A Constituição Federal preceituou acerca do poder requisitório do Ministério Público para que pudesse exercer, da melhor forma possível, as suas atribuições de *dominus litis* e a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. 2. Ressalte-se que o referido poder conferido ao *Parquet* não impede o requerimento de diligências ao Poder Judiciário, desde que demonstre a incapacidade de sua realização por meios próprios. Precedentes. 3. Na hipótese vertente, contudo, o Ministério Público requereu ao Juízo que fosse requisitado da autoridade policial o laudo de exame toxicológico das substâncias apreendidas e o relatório do Sistema Disque Denúncia, sem demonstrar existir empecilho ou dificuldade para tanto. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 938.257/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011). PENAL. RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUISIÇÃO DE DILIGÊNCIAS POR OCASIÃO DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA NEGADA PELO JUIZ. CORREIÇÃO PARCIAL INDEFERIDA. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO PELO PRÓPRIO ÓRGÃO MINISTERIAL. TUMULTO PROCESSUAL INEXISTENTE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. O Ministério Público, por expressa previsão constitucional e legal, possui a prerrogativa de conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar

necessários ao exercício de suas atribuições de *dominus litis*. 2. A inversão tumultuária do processo, passível de correção parcial, somente se caracteriza nas hipóteses em que o órgão ministerial demonstra, de pronto, a incapacidade de realização da diligência requerida por meios próprios. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (REsp 913.041/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008). PENAL. RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUISIÇÃO DE DILIGÊNCIAS NEGADA PELO JUIZ. CORREÇÃO PARCIAL INDEFERIDA. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO PELO PRÓPRIO ÓRGÃO MINISTERIAL. TUMULTO PROCESSUAL INEXISTENTE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O Ministério Público, por expressa previsão constitucional e legal (art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal, art. 26, I, b e II, da Lei Complementar n.º 75/90 e art. 47 do Código de Processo Penal), possui a prerrogativa de conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de *dominus litis*. 2. Esta Turma tem se posicionado no sentido de que a inversão tumultuária do processo, passível de correção parcial, somente se caracteriza nas hipóteses em que o representante do "Parquet" demonstra, de pronto, a incapacidade de realização da diligência requerida por meios próprios, o que não se verifica na hipótese vertente. 3. Recurso especial improvido. (REsp 589.766/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 01/08/2005, p. 517). Ante o exposto, com base no art. 74, inciso VIII, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, NEGO SEGUIMENTO à presente Correção Parcial, por ser o seu pedido manifestamente improcedente. Dê-se ciência à douta Procuradoria de Justiça. Publique-se. Transitada em julgado esta decisão, dê-se baixa dos autos na distribuição, remetendo o feito ao juízo de origem. Recife, 02 de dezembro de 2014. Desembargador Antonio de Melo e Lima Relator. (Original sem grifos). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/81977119/djpe-09-12-2014-pg-588>>. Acesso em 15 de jan. de 2015.

¹⁰² PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". **SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE.** - Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos constitucionais sustentadores do **Sistema Processual Penal Acusatório**. - A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da "verdade real", é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do **Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa**. - Lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. - Ordem concedida, por unanimidade. (Quinta Câmara do TJRS, HC 70003938974, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 24/04/2002). **Revista de Jurisprudência:** V-216 P-105. Data de Julgamento: 24/04/2002. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70003938974>>. Acesso em 30 de nov. de 2014. (Original sem grifos).

¹⁰³ HABEAS CORPUS Nº 63.790 - RJ (2006/0166294-3). RELATOR MINISTRO PAULO GALLOTTI. IMPETRANTE ROSANE REIS LAVIGNE - DEFENSORA PÚBLICA. IMPETRADO SEXTA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PACIENTE WAGNER ROCHA TELLES EMENTA. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE E DO COEFICIENTE DECORRENTE DAS QUALIFICADORAS AO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVE DO QUE O LEGALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 33, 2º E 3º, E 59 DO CÓDIGO PENAL. 1 - Os antecedentes negativos e a reincidência devem restar devidamente demonstrados nos autos por meio de prova documental, não podendo o Tribunal, para esse fim, **em desarmonia com o sistema acusatório adotado pelo constituinte de 1988**, amparar-se unicamente nas declarações do acusado obtidas no seu interrogatório. (...). ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves. Brasília (DF), 17 de outubro de 2006. (data do julgamento) MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator. (Original sem grifos). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8844653/habeas-corpus-hc-63790-rj-2006-0166294-3/inteiro-teor-13929924>>. Acesso em 30 de nov. de 2014.

A nossa Suprema Corte, em julgado de valor imensurável, já declarou que o sistema acusatório é o modelo de processo penal vigente no país¹⁰⁴.

Ora, a função precípua do Supremo Tribunal Federal é a guarda da Constituição, incumbindo-lhe, por conseguinte a interpretação do ordenamento Constitucional. Em sendo assim, ao afirmar que o sistema de processo adotado no Brasil é o acusatório, outra coisa não fez a Suprema Corte que não dizer que o modelo de processo penal acusatório foi o modelo eleito pelo constituinte de 1987/1988.

D'outra banda, no entanto, considerando a disparidade temporal entre a nossa Constituição e o Código de Processo Penal e, por conseguinte a necessidade de que este esteja em harmonia com aquela, há muito o Congresso Nacional vem buscando através de legítimas manobras legislativas adequar o Código de Ritos à

¹⁰⁴ Processo HC 83947AM. Relator(a): *MIn*: CELSO DE MELLO. Julgamento 07/08/2007. Órgão Julgador Segunda Turma. Publicação: DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENTA VOL-02305-02 PP-00327. Parte(s): ANTHONY PAIN MARCELO KINTZEL GRACIANO E OUTRO (A/S) SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EMENTA "HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - LEI Nº 7.492/86 (ART. 25) – DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO AO DIRETOR DE CÂMBIO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE O VINCULE, COM APOIO EM DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO. **PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO** - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. **O sistema jurídico vigente no Brasil** - tendo presente a natureza dialógica do **processo penal acusatório**, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, a obrigação de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do "due process of law", ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação. (...) AS ACUSAÇÕES PENAIAS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: **O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.** - Os princípios constitucionais que regem o processo penal põem em evidência o nexo de indiscutível vinculação que existe entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta, de um lado, e o direito individual à ampla defesa, de que dispõe o acusado, de outro. É que, para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegítimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. É sempre importante reiterar - na linha do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na matéria - que nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). (Sem grifos no original). Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727636/habeas-corpus-hc-83947-am>. Acesso em 30 de nov. de 2014.

nova realidade político-social do país. Nessa toada alguns anteprojetos (ao menos oito) já foram apresentados ao Congresso Nacional buscando reformar o Código de Processo Penal, a fim de que se tenha, o quanto antes, por necessário, um processo penal constitucionalizado. No entanto, o que se teve de mais consistente até então foram modificações pontuais que vieram através das leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas do ano de 2008, uma das quais, qual seja, a de número 11.690, deu nova redação ao art. 156 do Código de Processo Penal que, numa desastrosa dicção viola frontalmente o sistema de processo adotado pela Constituição, posto como não só continuou permitindo a atuação instrutória do juiz *ex officio*, como deu nova dimensão a esse inadmissível poder instrutório, criando a faculdade de que o julgador possa executar iniciativa instrutória mesmo antes de formalizada a pretensão punitiva, pois ao julgador passou a ser possível determinar diligências probatórias já durante o inquérito policial, ou seja, na fase pré-processual, enfatizando, assim, o modelo de processo inquisitorial já existente no estado absolutista vivenciado nos anos de 1940 quando do advento do Código de Processo Penal.

Registre-se que, mesmo aqueles que defendem a possibilidade de o juiz participar da produção probatória na fase processual rechaçam a hipótese de o julgador exercer poderes investigatórios antes de formalizada a pretensão punitiva.

Não se pode fundamentar o novo alcance dado à norma do art. 156 do Código de Processo Penal no anseio punitivo que alguns difundem como necessidade em razão da crescente criminalidade no país, pois dentro do regime democrático de direito não é a imposição de um sistema inquisitório, ferindo de morte o modelo acusatório consagrado pela Constituição Federal, que se há de acoimar a criminalidade. Num estado democrático de direito não se concebe que o estado venha punir o infrator da norma, o criminoso, estando o próprio estado exercendo a punição na ilegalidade.

3.3.1 Reflexos do modelo processual penal na Constituição

Após muitos anos de regime militar, a cinco de outubro de 1988, o Brasil iniciou uma nova ordem constitucional, a qual, todavia, ainda não se houve de todo acompanhada pela legislação ordinária, no entanto o fato de uma regra infraconstitucional não está em harmonia com a lei maior não tem e não deve ser aplicada em flagrante violação aos preceitos constitucionais. Ao revés, considerando

que a norma encontra seu fundamento de validade em outra norma que lhe seja superior, em contrariando a Constituição, a norma inconstitucional não pode encontrar aplicabilidade por parte do operador do direito. Mesmo as normas pré-constitucionais, ou seja, aquelas já vigentes quando do advento da nova Constituição, agora devem ser interpretadas à luz do novo ordenamento.

Em consequência, tendo o Código de Processo Penal sido promulgado durante um regime absolutista, adotando no país o modelo de processo penal marcado por características inquisitoriais, agora frente à nova ordem constitucional, adotado o sistema acusatório, todas as normas integrantes do vetusto Código de Processo Penal que não estejam em harmonia com a Constituição da República devem ser tidas por não recepcionadas, a exemplo das normas previstas nos arts. 156, 168, 169, 209, 234 e 242. Mesmo as normas de caráter inquisitório que apareçam com outra roupagem, em razão de uma novel redação que lhe tenha sido dada quando já vigente a nova ordem constitucional, pelo que dela não se pode dizer revogadas, mas não guardando harmonia com a lei maior, deve ser tida por inconstitucional e, por isso mesmo, não passível de aplicabilidade.

No entanto, sem embargo de tudo que já foi dito, pensamos que, em nome da lógica e da justiça, alguma ressalva deva ser feita ao disposto no inc. II do referido art. 156 do Código de Processo Penal.

3.3.2 Perspectivas do modelo processual penal brasileiro

Diante da necessidade de conformar o processo penal à Constituição, em 2008 foi formada uma comissão de juristas com o fim de elaborar um anteprojeto para reforma do Código de Processo Penal.

Dita comissão foi instituída pelo Senado Federal e no ano seguinte o trabalho estava pronto. Porém, ali mesmo na Câmara alta do Congresso Nacional foi apresentado e aprovado um substitutivo ao projeto original. Na sequência o projeto foi à Câmara dos Deputados onde ainda tramita.

Em consonância com a doutrina que afirma que o modelo de processo penal adotado pela Constituição é o modelo acusatório, o projeto para o novo Código em seu art. 4º, extirpando qualquer dúvida, deixa claro qual foi a opção do constituinte de 1987/1988, dizendo: “o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Assim, passa a não mais existir qualquer dúvida em relação à proibição de atividade probatória por parte do julgador, inclusive porque de acordo com o texto, é vedada a substituição da atuação probatória do órgão de acusação¹⁰⁵.

A preocupação em deixar clara a separação de funções faz com que o projeto, buscando justificar a criação do “juiz das garantias” deixe consignado:

o deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: [...] b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Infelizmente o projeto mantém o que aparenta ser possibilidade de iniciativa instrutória por parte do julgador durante a fase processual, conforme se verifica da redação que seria dada ao único parágrafo do art. 162¹⁰⁶. Dizemos infelizmente porque tal possibilidade, por ser aparente, dar azo à interpretação equivocada, como a que sempre aconteceu em relação ao disposto no inciso II do art. 156, do vigente Código de Processo Penal¹⁰⁷. Perceba-se, de logo, que o projeto de código é enfático ao proibir a substituição da atuação do órgão acusador.

Para o fim mesmo de espantar eventual pretensão de que o sistema adotado não seja o acusatório, o projeto, em seu artigo 487 proíbe também que quando do evento recursal a Superior Instância exercite instrução *ex officio*, somente podendo produzir provas a requerimento da parte recorrente.

Observe-se, ainda, que o projeto para novo Código de Processo Penal pretende condensar muitas das leis esparsas hoje vigente no país, e quando o faz em relação à interceptação telefônica, mais uma vez, reafirma que o sistema processo penal adotado no Brasil, a partir da vigência da nova ordem constitucional é o acusatório, e diz isso quando no artigo 249 estabelece que a medida judicial autorizadora para interceptação telefônica somente se dará a requerimento das partes ou por representação da autoridade policial.

¹⁰⁵ SABATOVSKI, Emilio e FONTOURA, Iara P. (org) **Novo Código de Processo Penal**. Projeto de Lei aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Curitiba: Juruá: 2010. p. 11.

¹⁰⁶ Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.

¹⁰⁷ A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciar a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Pesquisando sobre o assunto Marcos Zilli afirma que o sistema processual penal no qual a gestão da prova cabe unicamente às partes seria o modelo adversarial¹⁰⁸. Com fundamento nesta afirmação o nominado autor defende que a instrução probatória *ex officio* por parte do julgador não ofenderia o sistema acusatório, alegando, inclusive, que quando determina prova de ofício o julgador ainda não sabe qual será o resultado dessa prova, de sorte que não sabendo o seu beneficiário, não teria maculada sua imparcialidade e, indo além, obtempera que o ativismo judicial no processo penal é próprio da função estatal exercida pelo julgador, pelo que a providência estaria ancorada no princípio da verdade real e pela oportunidade de suprir desigualdade entre as partes. Esse mesmo entendimento é comungado, acredite, por ninguém menos que a consagrada professora da USP Ada Pellegrini Grinover¹⁰⁹.

Gustavo Badaró encampando o mesmo pensamento, apenas observa que tal atividade deve ser restrita e suplementar às partes, devendo ainda ser submetida ao contraditório e atender à exigência do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal¹¹⁰.

Bom, pensamos que a melhor conclusão da análise está com quem, a exemplo de Danielle Silva, interpreta a possibilidade de iniciativa judicial, apenas e tão somente durante a fase processual, “desde que não desborde os limites das provas já produzidas, devendo atuar apenas para suprir dúvidas sobre material probatório que já lhe foi trazido pelos sujeitos parciais”¹¹¹.

A impossibilidade da iniciativa probatória *ex officio* no sistema acusatório é com veemência sustentada por Geraldo Prado, que afirma ser tal atividade incompatível com o modelo acusatório, bem assim com diversas das garantias trazidas pela Constituição vigente, e assenta:

*Por isso, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, eqüidistante*¹¹².

¹⁰⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. Op. cit. 2003.

¹⁰⁹ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**: Op. cit. p. 39.

¹¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. Op. cit. p. 112-125.

¹¹¹ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 127.

¹¹² PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: Op. cit. p. 108-111.

Com esta convicção, e com base no primado da hipótese sobre o fato, de Franco Cordero, sustenta, ao que nos parece, com razão, que antes de o julgador produzir a prova, tal qual acontece com as partes, inevitável e intuitivamente tem uma expectativa de resultado a ser alcançado.

Ocorre que, conforme escólio de Geraldo Prado, na obra acima referida, esse “ativismo judicial macula a equidistância esperada do julgador e a imparcialidade que se lhe exige”, acrescentando que, excepcionalmente poder-se-ia admitir tal atividade se em favor da defesa, o que nos parece não seja o caso conforme comentaremos adiante.

Para o doutrinador gaúcho Aury Lopes Jr., o só fato de se ter as funções de acusar, defender e julgar sendo exercidas por pessoas distintas não é o bastante para caracterizar um modelo acusatório. Para o nominado jurista o que efetivamente servirá para qualificar o sistema de acusatório, ou não, será a possibilidade de o julgador ser proativo no campo probatório, como a praticar atos próprios de acusação. O nominado doutrinador convida-nos ao raciocínio a partir do qual se a finalidade do processo é a reconstrução do fato histórico, qual seja, o crime, decerto que a iniciativa probatória aparece como questão fundamental a diferenciar os sistemas como acusatório ou inquisitório. Neste, caberá ao julgador determinação para produção da prova, a fim de que reste comprovado o objeto da asserção formulada. Naquele, o ônus de provar as respectivas alegações incumbirá exclusivamente às partes, por isso, para este autor a possibilidade de que o próprio julgador traga aos autos elementos probatórios fere de morte a sua imparcialidade, restando comprometido o devido processo legal, e assenta:

*atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Ensina Cordero que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao **primato dell'ipotesi sue factto**, gerador de **quadri mentali paranoidi**. Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova, primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade na foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos^{113/114}.*

¹¹³ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: Op. cit. p. 167.

¹¹⁴ Na lição de Cordero, referida por Aury Lopes, ensina o professor italiano que o primado da hipótese sobre o fato consiste em que, assumindo como verdadeira a hipótese da acusação, o juiz decide antes para somente ao depois ir em busca de elementos probatórios que possam dar sustentação à versão por ele acolhida, possibilitando que, a partir de uma hipótese falsa, e adotando postura inquisitorial, chegue a uma conclusão falsa, mas que ele acredita ser verdadeira, concluindo por uma “verdade” que ele construiu, restando comprometida, portanto, a imparcialidade, com violação da equidistância que o julgador deve manter em relação às versões trazidas pelas partes,

Conforme prometido alhures, é chegada a hora de comentar a respeito daquelas afirmações no sentido de que a produção de prova *ex officio* pelo julgador poderia estar justificada quando efetuada em favor da defesa, para tanto ancorarmos na obra de Natalie Pletsch¹¹⁵, para quem a atuação probatória do julgador, a quem quer que venha beneficiar, compromete a sua imparcialidade, pois não pode ser acolhida a alegação de que o juiz poderia ser proativo em sede de produção probatória sem que maculada estivesse a sua imparcialidade quando o fosse para suprir a desigualdades entre as partes, pois a Constituição Federal, enquanto lei maior do ordenamento jurídico, e à qual todas as demais tem que subsumirem-se, estabelece a presunção de não culpabilidade ao acusado, de sorte que, em assim sendo o *munus probando* recai exclusivamente sobre o acusador.

Em sendo o caso de a defesa se mostrar deficiente incumbe ao julgador desconstituir o defensor, e não sair à cata de prova para, como bem o diz Souza, “ajudar” a defesa do acusado. Enfim, considerando que a prova é encargo do acusador, sendo ela deficiente, deve o juiz atendendo ao princípio *in dubio pro reo*, decorrente do princípio do favor rei, absolver o acusado e não sair à cata de prova em atitude supletiva, esse tem sido, com alguma resistência o entendimento dos nossos tribunais. Confira-se:

Processual penal. Sistema acusatório. Gestão de prova. Inquirição da ofendida de ofício pelo juiz. Ilegitimidade. *A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da verdade real, é procedimento eminentemente inquisitório, que agride o critério basilar do sistema acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa. Lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Precedentes da Câmara. PROVA ORAL POLICIAL: seu desvalor. PROVA ORAL COLETADA DE SURPRESA: agressão à ampla defesa inadmissível porquanto medieval. PERSONALIDADE: não pode aumentar a pena do cidadão por invadir a intimidade garantia constitucional. REGIME INTEGRAL FECHADO: excluído do sistema por inconstitucional. À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo defensivo e negaram acolhida ao recurso ministerial*¹¹⁶.

caracterizando o fenômeno denominado “quadro mental paranoico”. CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Op. cit., p. 617.

¹¹⁵ PLETSCHE, Natalie Ribeiro. **Formação da prova no jogo processual penal**: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 67-69.

¹¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime 70015801350, 5ª Câmara Criminal, Porto Alegre, RS, 26.07.2006, DJ 22.09.2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 26 jul. 2011. No mesmo sentido, cf. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime 70020177036, 5ª Câmara Criminal, Porto Alegre, RS, 01.08.2007, DJ 23.08.2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 26 jul. 2011.

4 A RESPEITO DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O Brasil, tendo passado por uma recente fase de absolutismo, só há pouco tempo vem resgatando, quiçá, o respeito e observância aos direitos e garantias individuais. Depois desse período sombrio esperamos que a sociedade brasileira não torne a viver um outro episódio da mesma natureza. Mas, necessário se faz que se afugente todo e qualquer fantasma do estado policialesco, a fim de que se possa viver a liberdade cidadã em plenitude, razão pela qual é passada a hora que se admita o sistema processual penal adotado pela Constituição da República como sendo aquele do modelo acusatório, em decorrência do qual o julgador para manter sua imparcialidade seja impedido de produzir provas *ex officio*, pois, como afirma MELENDO

a função do juiz não é averiguar; essa é função das partes, mas não do julgador; ao juiz pode ser necessário aclarar; clarificar algum aspecto do que já estar discutido, porém nunca ir em busca dessa verdade que deve ser procurada pelas partes¹¹⁷.

Saindo do histórico momento de repressão pelo qual passou o Brasil, e diante de uma conjuntura globalizada e em que se afirmam as garantias do indivíduo em relação à arbitrariedade estatal, não se pode admitir resquício de um estado ditatorial, sendo perfeitamente cabível a observação de Mittermaier ao pontuar

Desde que um povo chega a conhecer o valor das liberdades civis e individuais, sabe e compreende perfeitamente que se pode fazer do processo criminal um instrumento de opressão mais perigoso para essas liberdades; sabe que importa muito ver sabidamente reguladas as prescrições da lei relativamente à sentença que se deve proferir sobre o fato; e que também sobre os seus concidadãos direito de vida e de morte aqueles que são encarregados de decidir se eles são ou não culpados. Viu-se subirem ao cadafalso nos tempestuosos templos das revoluções inúmeras vítimas do poder, pelo único crime de repudiarem ideias políticas na ordem do dia e, portanto, condenadas segundo pretendidas formulas jurídicas. Ai delas! Logo que os juízes, encarregados de decidir sobre o bom ou mal fundamento da acusação, pronunciavam o terrível veredicto de culpabilidade¹¹⁸.

4.1 Conceito de prova no processo penal

No direito como um todo, e mais precisamente no Direito Processual Penal, a prova se caracteriza como instituto fundamental, necessário ao convencimento do

¹¹⁷ Tradução livre de “*la función del juez no es averiguar; ésa es función de las partes, pero no la del juzgador; al juez puede serle necesario aclarar; clarificar algún aspecto de lo que ya está discutido, pero nunca ir en busca de esa verdad que han debido procurar traerle las partes*”. MELENDO, Santiago Sentés. **La prueba**. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-américa, 1978. p. 11

¹¹⁸ MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Op. cit. p. 19-20.

jugador, tanto assim que Magalhães Filho chega a denominar a prova de “a alma do processo”¹¹⁹.

Como ensina o mesmo autor, “a noção de *prova* pertence, mais amplamente, aos domínios da filosofia”, pois é inerente ao exercício do intelecto assim na busca como na comunicação do verdadeiro conhecimento¹²⁰.

Etimologicamente o termo *prova* deriva do latim – *probatio*, este, significando prova, ensaio, verificação, que, por sua vez, provém do verbo *probare*, de *probo*, *as*, *are*. Decorre do vocábulo *probus*, que significa bom, reto, honrado. Assim, como diz Badaró, provado é aquilo que resulta como sendo bom, correto. Ainda esse autor, com base em conceitos de diversos autores nacionais¹²¹, observa que várias são as acepções que se pode atribuir ao vocábulo *prova*, dizendo:

Num primeiro sentido, a prova se identifica com a atividade probatória, isto é, com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação sobre um fato. É a ação de provar o conjunto de atos praticados pelas partes e pelo juiz para verificação da veracidade de uma afirmação de fato. Neste sentido fala-se que a prova da alegação incumbe a quem a fizer (CPP, art. 156).

Noutra acepção, a prova é o resultado da atividade probatória identificando-se com o convencimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre a existência ou não um determinado fato.

É o resultado da atividade probatória. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo.

Por fim, também é possível identificar a prova com o meio de prova em si mesmo. Fala-se, por exemplo, em prova testemunhal ou prova por indícios¹²².

Em termos processuais, como ensina Badaró, o vocábulo *prova* é usado com diversos sentidos, dentre os quais, significando “atividade probatória, como resultado e como meio de prova”¹²³.

¹¹⁹ FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 13.

¹²⁰ FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal**. Op. cit. p. 41.

¹²¹ Este autor elege um rol de conceitos de doutrinadores nacionais revelando que, para Moacir Amaral Santos “prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”; segundo Neves e Castro “prova é a demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo”; conforme Castro Mendes “prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de fato é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão”; para Echandía “prova é todo motivo ou razão levada ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos”; conforme Dinamarco “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração mediante as quais se procura chegar a verdade dos fatos relevantes para o julgamento”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 157-158.

¹²² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. Op. cit. p. 158.

¹²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. Op. cit. p. 157.

Para Mittermaier “a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz. A soma dos motivos geradores dessa certeza chama-se a prova”, portanto, para este autor prova é a soma dos motivos geradores da certeza de um fato no amago do julgador¹²⁴.

Anamaria Torres, buscando uma aproximação ao conceito de prova assinala que devemos partir da ideia que as provas devam gerar convencimento ou, em caso contrário nenhuma eficácia terão e, por conseguinte desnaturadas estarão, não podendo ser classificadas como tais. Na mesma oportunidade já pontifica da não aceitação da hipótese de existência de provas plenas e semi plenas, justificando que frações de provas em prova não se constituem, afirmação que diz fazer com espeque em Framarino Malatesta, para quem “a prova não é e não pode ser senão um inteiro”¹²⁵.

De acordo com Malatesta

*“como não existem frações de certeza, frações de prova não podem existir: ou a prova não chega a produzir no espírito a certeza judicial, e não é prova de certeza de modo algum, ou chega a produzir esta certeza, e é prova plena de certeza relativamente ao objecto provado”*¹²⁶.

Por sua conhecida cautela de cunho científico, a professora Anamaria se apressa em pinçar do trecho acima grafado o vocábulo *plena* para justificar que seu uso pelo autor deveu-se apenas e tão somente ao entendimento pela necessidade de se enfatizar o elemento certeza, posto como, com propriedade, afirma a mestra que é “raciocínio penalmente válido aquele que vê na incerteza uma diretriz para o julgador, pois é princípio decisivo o de que em caso de dúvida a absolvição se impõe (*in dubio pro reo*)”¹²⁷.

Mittermaier lembra que em qualquer provimento jurisdicional que analise a culpabilidade do acusado há uma parte que é essencial, qual seja, aquela que decide sobre a existência, ou não do crime imputado, em caso afirmativo, quem seja o seu autor e quais as circunstâncias que hão de fundamentar a pena a ser aplicada¹²⁸.

¹²⁴ MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Op. cit. p. 74.

¹²⁵ VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. **Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 43.

¹²⁶ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 90.

¹²⁷ VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. **Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico**. Op. cit. p. 43-44.

¹²⁸ MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Op. cit. p. 19.

Como ensina Mittermaier, fornecer a prova da asserção que se faz em desfavor do acusado “é dever do acusador”. O julgador, enquanto terceira pessoa que deve manter-se equidistante, porquanto, embora sujeito processual, não é parte, deve assentar sua decisão nos fatos dos quais estiver convencidos na razão do tanto quanto demonstrado pelo acusador.

Do conceito de prova no processo penal se infere uma íntima ligação com o elemento verdade em relação à qual se busca convencer o julgador. No entanto, não se faz necessária uma maior incursão filosófica para se concluir não tratar-se da mesma coisa. No Processo Penal provar o alegado é reconstruir um determinado fato histórico.

4.2 Da gestão da prova

No processo penal a pretensão punitiva que se encerra no processo de conhecimento há de ser acolhida quando o julgador estiver convencido dos fatos alegados, o que vem em decorrência das provas produzidas, restando, então, saber a quem compete a referida produção no sistema acusatório adotado no Brasil pela vigente Constituição Federal.

De proêmio, além do que já se disse no primeiro capítulo sobre o conceito de sistema, acrescentamos que para Jacinto Coutinho sistema pode ser conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação ao princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim¹²⁹. A maioria dos doutrinadores quando se debruçam sobre o estudo das provas normalmente falam da verdade, certeza e convicção¹³⁰.

Com a prova pretende-se colocar no âmago do julgador o convencimento a respeito do que se alega, quer seja sobre o fato em si, quer seja sobre sua autoria, quer seja sobre as circunstâncias. Todavia, não se pode confundir o convencimento necessário ao acolhimento da pretensão de quem alega com a compreensão que o julgador possa ter tido da alegação que se buscou provar.

No sistema acusatório, onde se faz essencial, por elementar, a imparcialidade do julgador, o que não se pode admitir é que o magistrado saia da sua inércia à cata de provas. Entretanto, estando a prova nos autos sem que o magistrado ainda a

¹²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16-17.

¹³⁰ Por todos MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Op. cit. p. 79-89.

tenha compreendido, nada impede que possa encetar diligências esclarecedoras, desde que, enfatize-se, em relação à prova já trazida aos autos, a exemplo de um laudo pericial que, por razões quaisquer, não se faça compreensível ao julgador, hipótese que estaria ele autorizado a convocar o perito que assinou o laudo a prestar-lhe os esclarecimentos bastantes a sua necessária compreensão.

4.3 Gestão da prova em ordenamentos estrangeiros

Conforme ensinamento de Carnelutti, “ninguém saberá o que é uma rosa se não tiver visto outras flores”¹³¹, daí porque, a fim de que tenhamos parâmetros a partir dos quais possamos avaliar o nosso sistema de gestão de prova, faremos uma mostra, ainda que de *en passant*, da gestão da prova em alguns sistemas processuais estrangeiros.

4.3.1 Argentina

Na República Argentina o modelo de produção de prova adotado é o sistema jurídico da Civil Law, não obstante suas províncias – unidades federativas correspondentes aos nossos estados membros – tenham autonomia legislativa para adotarem as regras de seus respectivos códigos de procedimentos penais, conforme notícia Camila Brentel¹³².

Durante a fase de instrução, os juízes devem produzir provas *ex officio* e, na fase processual propriamente dita pode determinar diligências legalmente previstas, ainda que não requeridas pelas partes.

Pelo sistema processual penal argentino, decorrente da respectiva Constituição, que em 1994 foi emendada para que nela se fizesse inserir normas relativas à Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Políticos, aos acusados assegura-se a ampla defesa, com a presunção de inocência, o princípio do *in dubio pro reo* e a garantia de que não seja o acusado punido duas vezes pelo mesmo fato. Naquele sistema jurídico o conceito de ampla defesa, a exemplo do que ocorre em nosso ordenamento, alcança o direito à defesa técnica, o direito à informação referente à acusação que se lhe faz e o direito de

¹³¹ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre processo penal**. Op. cit. p. 58.

¹³² BRETEL, Camila. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de. e MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal: estudo comparado**. 1. ed. 2 t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

contraditar testemunhas, cujos depoimentos devem ser colhidos pessoalmente e de forma oral.

Na quase totalidade das províncias, respeitado o contraditório, adota-se o sistema misto clássico, sendo o procedimento penal composto por três fases, quais sejam, uma pré-processual, denominada de investigação que tem início com o recebimento da *notitia criminis* pela autoridade policial, pelo ministério fiscal¹³³ ou pelo próprio magistrado. Naquela ordem jurídica, tal qual ocorre em nosso país, à polícia judiciária incumbe a investigação do fato típico, exercício que se dá em razão da denúncia recebida, entendendo esta como *notitia criminis*, ou por ordem de autoridade competente. No entanto, durante a fase policial veda-se que o imputado seja indiciado, pois o trabalho policial deve consistir em investigações que elucidem a identidade do suspeito, ao qual deve-se previamente tornar ciente de seus direitos e garantias. Por ocasião da oitiva do suspeito, em qualquer fase, garante-se-lhe a defesa técnica.

A fase seguinte, denominada de *instrucción*, é deflagrada por petição do ministério público fiscal ou a requerimento da autoridade policial. Esta fase presta-se à prova da existência do fato tido por criminoso, o que se faz por intermédio de diligências buscando a elucidação do fato e suas circunstâncias, com elementos que possam adjetivar o crime, se existente, para fundamentar a culpabilidade do indivíduo se deva ser punido.

A *instrucción* pode ser conduzida por um juiz ou pelo ministério público fiscal e, neste caso, quando do interrogatório do acusado, o que o art. 299 do pertinente código de processo penal chama de *indagatória*, “deve ser realizado perante o juiz da *instrucción*”¹³⁴, após o que o juiz haverá de realizar uma avaliação do caso e decidir se é a hipótese de o acusado ser processado, estando provada a materialidade e tendo indícios bastante de autoria, ou, estando convencido da não culpabilidade do acusado, ou da atipicidade penal do fato, declarar a extinção da *persecucion criminis* naquele caso, o que se faz naquele ordenamento através do instituto denominado *sobreceimiento*.

¹³³ De acordo com Brentel, o Ministério Público argentino é composto pelo Ministério Público Fiscal, a quem incumbe a função própria de acusação, e o Ministério Público da Defesa, ao qual está reservada a defesa dos pobres e incapazes. BRENTTEL, Camila. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de. e MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal**: Op. cit., p. 85.

¹³⁴ BRENTTEL, Camila. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de. e MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal**. Op. cit. p. 88.

Não sendo caso de *sobreceimiento*, somente agora depois da *indagatória*, a instrução passa a ser pública, podendo as partes proporem diligências probatórias, presenciarem a prática dos atos e, em sendo o caso, contraditando provas. Encerrada a instrução cabe ao juiz uma nova avaliação do caso podendo, mais uma vez, declarar o *sobreceimiento*, ou, provar o fato e presentes os indícios necessários sobre a autoria, encaminhar o caso para a terceira e última fase denominada *juicio oral*, ocasião em que perante um tribunal colegiado dar-se-á audiência de instrução e julgamento com produção de prova de forma concentrada. Este, no entanto, é o procedimento que teria como equivalente no nosso ordenamento o procedimento comum ordinário, relevando a notar que o sistema processual argentino adota também a *instucción sumaria*, que seria correspondente ao nosso procedimento sumário e o *juicio abreviado*, que lembra o nosso procedimento sumaríssimo.

Brentel noticia, ainda, que

nas províncias de Tucumã, Córdoba e Santiago del Estero vige o sistema acusatório sem juizado de instrução, no qual há somente a fase do *juicio oral*, com contraditório pleno, imediação e identificação do juiz. Nessas localidades o *juicio oral* é precedido de uma etapa investigativa destinada a formação do convencimento do ministério fiscal e cujos elementos de convicção não podem ser utilizados para fundamentar a condenação¹³⁵.

4.3.2 Chile

O ordenamento jurídico vigente em um país é o reflexo do momento histórico-político vivido pela respectiva sociedade. Assim, dentre os países da América do Sul, o Chile guarda uma situação especial por ter vivido quase duas décadas de um regime ditatorial, que perdurou até o ano de 1998. Conquanto, a Constituição chilena data do ano de 1980, com vigência a partir de 1981, sofreu várias alterações sobretudo no ano de 2005, quando então nela se fez inserir normas de natureza garantista, o que possibilitou uma nova concepção de direito processual penal, à luz do que tem se feito a leitura do pertinente código processual penal que, embora datado do ano de 2000, e elaborado com base no Código de Processo Penal, modelo para a ibero-américa, de forma curiosa, obteve vigência ao longo das regiões daquele país de forma fracionada entre os anos de 2000 a 2005¹³⁶.

¹³⁵ BRENTTEL, Camila. **A disciplina da prova no processo penal argentino**. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de. e MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal**. Op. cit. p. 91.

¹³⁶ LOPES, Mariangela Tomé. **O sistema probatório no código de processo penal chileno**, In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de. e MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal**. Op. cit. p. 129-132.

Hodiernamente o sistema de processo penal adotado pelo Chile é o acusatório, que atribui ao Ministério Público e a Polícia a função investigativa, a qual, pelo sistema anterior se constituía em incumbência do juiz sumariante. A exemplo do que ocorre com o nosso sistema processual penal, no direito chileno o Ministério Público é o *dominus litis*, adotando-se naquele ordenamento o modelo da livre apreciação da prova pelo juiz, em detrimento do sistema de prova legal anteriormente adotado.

O procedimento é composto por três fases. Na primeira delas, conhecida como fase de investigação, o Ministério Público, auxiliado pela Polícia é encarregado das diligências na busca de provar a existência do fato típico e sua autoria, as circunstâncias em que o fato teria sido praticado, a fim de que se possa aquilatar da punibilidade e culpabilidade do imputado, ao qual, assim como à vítima, confere-se o direito de participar dessa etapa. De acordo com Lopes, “o juiz também tem participação nesta fase para observar se os direitos constitucionais estão sendo respeitados”¹³⁷, caracterizando-se como o que a doutrina moderna chama de Juiz de Garantia¹³⁸, cuja função tem se sobressaído como de extrema importância, pois,

¹³⁷ LOPES, Mariangela Tomé. **O sistema probatório no código de processo penal chileno**, in FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de. e MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal**: Op. cit. p. 137.

¹³⁸ No Brasil o Juiz das Garantias está previsto no livro I, título II, capítulo II, art. 14 do Projeto do Novo Código de Processo Penal (PL 156/2009), de iniciativa do senador José Sarney, já aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal em 17.03.2010. A instituição desse juízo pretende, dentro do devido processo legal, garantir a imparcialidade do juiz ao qual competir o julgamento da causa, evitando-se que antes de deflagrada a ação penal venha tomar conhecimento das provas produzidas e, por conseguinte tenha maculada a sua imparcialidade. Nos termos do art. 14 do mencionado projeto já aprovado “o Juiz das Garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder judiciário, competindo-lhe especialmente: I- receber a comunicação imediata da prisão nos termos do inc. LXII do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil; II- receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 553; III- zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV- ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; V- decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI- prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII- decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas, consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII- prorrogar o prazo de duração de inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX- determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou prosseguimento; X- requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI- decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII- julgar os habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII- determinar a realização de exame médico, de insanidade mental nos termos do artigo 447, parágrafo primeiro; XIV- arquivar o inquérito policial; XV- outras matérias

nessa fase cabe a ele autorizar as medidas procedimentais de cunho investigativo que possam ensejar restrição às garantias do acusado.

Essas diligências procedidas com o fito de elucidar o fato, sua autoria e as circunstâncias podem ser levadas a efeito pelo Ministério Público, a partir de pretensão formulada por qualquer do povo ou pela vítima, por meio de denúncia, enquanto instrumento jurídico que no nosso direito corresponde à *notitia criminis*, sendo certo que, iniciada a investigação o imputado será dela cientificado. Esta formalidade deve ser efetuada na presença do Juiz de Garantia.

Encerrada esta primeira fase segue-se a fase de delimitação da acusação, a fim de que, o caso seja levado a juízo, possibilitando que as partes requeiram a produção de provas para a fase oral, característica da respectiva audiência aos auspícios de um Juiz de Garantia, na qual, as partes far-se-ão presentes.

Do trabalho desenvolvido por Lopes consta que

“actus de investigación” somente podem ser realizados na etapa de investigação, na presidência do Ministério Público, ao passo que os “actus de prueba” ficam reservados à fase intermediária e oral, na presença do juiz, assegurado o contraditório¹³⁹.

4.3.3 México

É deveras interessante como em alguns tantos aspectos o México se assemelha ao Brasil, a exemplo do descompasso existente entre as normas constitucionais e a legislação ordinária em sede de processual penal.

O modelo de processo penal a vigorar no México resta previsto de forma expressa na Constituição daquele país que, em seu art. 20, estabelece que “el proceso penal será acusatorio y oral”. Não obstante a norma residente no referido artigo ter significado insofismável, ainda assim, conforme noticia Pedro Ivo,¹⁴⁰ na prática o processo penal desenvolvido nos Estados Unidos Mexicanos é caracterizado pelo registro escrito dos atos praticados, bem assim por juízes com

inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. Parágrafo único – estando o investigado preso o Juiz das Garantias poderá mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até dez dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada automaticamente. SABATOVSKI, Emilio e FONTOURA, Iara P. (org) **Novo Código de Processo Penal**. Projeto de Lei aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Curitiba: Juruá: 2010, p. 12-13.

¹³⁹ LOPES, Mariangela Tomé. **O sistema probatório no código de processo penal chileno**, in FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de. e MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal**: Op. cit. p. 146.

¹⁴⁰ IOKAI, Pedro Ivo Gricoli. **A disciplina da prova do código de processo penal mexicano**. In FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de. e MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal**: Op. cit. p. 180-183.

poderes próprios do sistema inquisitorial, além da possibilidade de que elementos colhidos na fase de investigação possam ser aquilatados como provas que fundamentem a sentença, maculando, por isso, a previsão constitucional.

O procedimento é composto por três fases. A primeira delas, servindo para a investigação, é chamada de *averiguación previa*; a fase seguinte é denominada de *instrucción* e, por fim a fase reservada para os debates e julgamento. Esta denominada *juicio*.

Naquela primeira fase ao Ministério Público incumbe, enquanto controlador da polícia judiciária, realizar diligências buscando elementos necessários à acusação em Juízo. Na instrução, com a qual o Ministério Público haverá de elucidar o fato típico, sua autoria e circunstâncias com o escopo de formalizar a acusação em juízo em desfavor do acusado, o juiz acolhe a pretensão para produção de provas formulada pelas partes, fazendo realizar aquelas admitidas pelo sistema jurídico. Na sequência, após análise do conjunto probatório, as partes, apresentam suas alegações derradeiras, com as quais dizem de suas pretensões em relação ao caso.

Conforme já registrado, embora elementos colhidos na fase de investigação sirvam de fundamento para a sentença, não é essa a previsão daquela Constituição, pois, dali se infere que “para efeitos de sentença, só serão consideradas provas aquelas produzidas em juízo”¹⁴¹.

4.3.4 Itália

Lembrada a situação político-administrativa pela qual passou o Chile, com a Itália não se sucedeu de forma muito diferente. Ao revés, na Itália, enquanto estado totalitário de doutrina fascista, o sistema processual penal restringiu fortemente direitos e garantias processuais. O pertinente código ficou conhecido no meio jurídico como “Codice Rocco”, em homenagem ao então ministro de justiça Alfredo Rocco. Somente a partir de 1948, com o surgimento de um novo regime constitucional conseguiu-se significativo avanço democrático e, em decorrência desse avanço, finalmente, em 1988 a promulgação do vigente “Codice di Procedura Penale”, condutor de um modelo de processo penal de espírito acusatório, de inegável índole garantista.

¹⁴¹ IOKAI, Pedro Ivo Gricoli. **A disciplina da prova do código de processo penal mexicano**. In FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de. e MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal**: Op. cit. p. 183.

No sistema anterior ao juiz eram conferidos poderes para investigar o que dava ao sistema lineamento de um modelo inquisitorial. Conforme ensinamentos de Tonini,

o juiz era “o senhor do processo e das provas”; durante a instrução, a verdade era investigada em sigilo, com amplos poderes coercitivos. No momento da fase de debates, as partes não tinham poderes incisivos de controle, pois a verdade já havia sido acertada e estava contida nos autos dos atos instrutórios¹⁴².

A teor do disposto no mencionado código de “procedura”, o modelo adotado restou como sendo o do sistema acusatório, ainda que não de forma absoluta. Ao juiz incumbindo o dever de julgar, enquanto às partes o poder de investigar e oferecer as provas possibilitando ao julgador o exame cruzado e, quando necessário o controle da produção probatória. O Ministério Público tem, dentre suas atribuições, dirigir a investigação, para tanto, contando com o auxílio da polícia judiciária, sendo o titular da ação penal pública.

Adotou a novel ordem processual penal daquele país o sistema da legalidade da prova, rechaçando o modelo da íntima convicção.

4.3.5 Portugal

Em Portugal o modelo de processo penal adotado vem expresso na Constituição daquele país que, em seu art. 32º.5, determina que “o processo criminal tem estrutura acusatória”.

J. J. Canotilho e Vital Moreira, professores da Faculdade de Coimbra, em relação ao dispositivo constitucional acima mencionado ensinam que o princípio ali residente significa que o indivíduo somente poderá ser julgado por um crime a ele imputado tendo por pressuposto uma acusação formulada por um órgão distinto do julgador; sendo esta acusação condição e limite do julgamento. Anotam, ainda, os referidos mestres, tratar-se de “garantia essencial do julgamento independente e imparcial”, não podendo o julgador conduzir oficiosamente diligências investigativas nem determinar produção de provas *ex officio*¹⁴³.

No entanto, como afirma Camila Secarelli, no processo penal lusitano, em matéria de prova, vige, ao arrepio da norma constitucional da qual ora se trata, o

¹⁴² TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: RT, 2002, p. 17.

¹⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. e MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Op. cit. p. 522.

princípio da investigação, que também se traduz por princípio da verdade material, segundo o qual, através do processo penal se busca a verdade real¹⁴⁴.

Conforme ensinamentos da mesma jurista, referindo-se ao princípio da verdade material

(...) em Portugal, esse princípio persiste serve como justificativa para os poderes instrutórios conferidos pelo ordenamento ao juiz, em que pese tratar-se de um sistema acusatório. Basta verificarmos por exemplo o quanto previsto no art. 340, ns. 1 e 2 do CPP, *in verbis*:

“Artigo 340 do CPP

Princípios gerais

1- O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

2- Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e falo constar da ata”.

4.3.6 Espanha

A exemplo da maioria dos países europeus, no século XIX a Espanha adotava o processo penal de modelo inquisitorial, até que no ano de 1882 foi promulgada a Ley de Enjuiciamiento Criminal, com a qual se teve uma profunda modificação no sistema processual daquele país que passou a verter pelo modelo misto, com preponderância dos procedimentos de caráter acusatório¹⁴⁵.

Estando caracterizado pelo modelo acusatório o sistema processual espanhol prevê a separação das funções de acusar e julgar, ficando aquela, por regra sob a responsabilidade de um órgão público ali conhecido como *Ministério Fiscal*, hipótese ao lado da qual admite-se que a acusação seja feita também por um acusador particular, sendo o julgamento realizado por um magistrado diverso daquele que instruiu a causa.

O ordenamento processual criminal espanhol consagra dentre os processos comuns, o *procedimento ordinário*, o *procedimento abreviado* e o *procedimento dos juízos rápidos*, além do *procedimento por jurado*, este reservado para crimes específicos previstos em lei própria.

¹⁴⁴ SECARELLI, Camila Franchitto. **A disciplina da prova no código de processo penal português.** In: CANOTILHO, J. J. Gomes. e MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada.** Op. cit. p. 271.

¹⁴⁵ YOKAICHIYA, Cristina Emy. A utilização de novas tecnologias no processo penal espanhol: reflexões sobre tipicidade e atipicidade em matéria probatória. In: FERNANDES, Antonio Scarance *et al* (Coord.). **Provas no processo penal:** Op. cit. p. 315.

O procedimento ordinário é aplicado para os crimes mais graves, assim considerados aqueles cuja pena privativa de liberdade seja superior a nove anos; sendo a pena igual ou inferior a esse *quantum*, porém maior que cinco anos, adota-se o procedimento abreviado. Para os crimes cuja pena privativa de liberdade não exceda cinco anos aplica-se o procedimento dos juízos rápidos.

Anote-se aqui a similitude com o processo penal brasileiro que, de acordo com o pertinente Código, ao lado dos procedimentos especiais, dentre os quais aquele reservado para os crimes de competência do Tribunal do Júri, tem previsão para o procedimento comum que, conforme o *quantum* da pena prevista *in abstracto*, resta dividido em procedimento ordinário, sumário e sumaríssimo¹⁴⁶.

Como facilmente se infere, o procedimento espanhol denominado de juízos rápidos equivale àquele que no Brasil é praticado nos juzados especiais criminais, cujos delitos de sua competência são denominados de infrações penais de menor potencial ofensivo.

No processo penal espanhol o procedimento ordinário é composto por duas fases: a primeira etapa é denominada de *juicio sumarial*, com delineamento inquisitorial, durante a qual se procede diligências investigatórias buscando colher os elementos esclarecedores sobre o fato, suas circunstâncias e a culpabilidade do acusado, com o escopo de preparar o caso para a segunda fase, qual seja, o *juicio oral*. Ainda quando da primeira fase, realizadas as diligências necessárias, em sendo o caso de o juiz instrutor entendê-las por concluídas elaborará um relatório do caso, encaminhando o sumário para o órgão que analisará ser a hipótese ou não, de mandar o caso ao *juicio oral*, sendo o mencionado órgão denominado audiência provincial.

Doutrinariamente, lembra Yokaichiya, esse período de análise representa “a fase intermediária, quando se realiza avaliação sobre a viabilidade da acusação diante dos fatos delitivos investigados e também se verificará a procedência ou improcedência da acusação, que pode acarretar seu arquivamento”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Art. 394. O procedimento será comum ou especial. § 1o O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

¹⁴⁷ YOKAICHIYA, Cristina Emy. A utilização de novas tecnologias no processo penal espanhol: reflexões sobre tipicidade e atipicidade em matéria probatória. In: FERNANDES, Antonio Scarance *et al* (Coord.). **Provas no processo penal**. Op. cit. p. 316.

Na segunda fase é quando se instala a lide propriamente dita com a pretensão formulada pela acusação e a resistência levada a efeito pelo acusado, quando ocorre a prática dos atos processuais marcados pelos princípios do modelo acusatório, observada a paridade de armas e a produção de provas, inclusive com debates, tudo convergindo para levar ao julgador completo conhecimento do fato, em relação ao qual o juiz haverá de proferir sentença fundamentada exclusivamente naquilo que tenha sido alegado e tanto quanto provado em juízo.

Yokaichiya observa que, curiosamente, da Ley de Enjuicimiento Criminal se extrai distinção entre atos de investigação e atos de prova, na medida em que estes somente se desenvolvem perante o juízo competente para julgamento do caso, portanto durante a fase do *juicio oral*, de forma que durante o sumário do procedimento ordinário não se há de falar em provas, e arremata

Deste modo, apesar de o sistema processual penal adotado na Espanha dividir-se em dois *juicios* presididos por magistrados, os *meios de prova* são apenas aqueles realizados na fase do *juicio oral*, submetidos ao princípio da oralidade, do contraditório, da imediação e da publicidade. Cumpre anotar que somente os elementos trazidos neste momento serão aptos a formar o convencimento do magistrado e poderão servir de fundamentos para a sentença. Já os atos de investigação realizados *na fase sumarial*, ainda que produzidos perante um juiz de instrução, não se confundem com as provas, pois se classificam como meios de investigação, capazes de alterar a presunção de inocência do acusado¹⁴⁸.

Naquele sistema jurídico no âmbito do processo penal, vige o princípio da livre valoração da prova, pelo qual o juiz pode apreciá-las de acordo com o seu livre convencimento.

4.3.7 Inglaterra

Em razão da nítida divisão das funções de investigar e julgar, o Processo Penal Inglês bem pode ser conceituado de modelo acusatório, eis que incumbe às partes a produção probatória, relevando dizer, como observa Vilares que naquele sistema “a vantagem da acusação é reconhecida de tal modo que lhe foi atribuída o dever de auxiliar a defesa e compartilhar com ela informações relevantes descobertas”¹⁴⁹.

¹⁴⁸ YOKAICHIYA, Cristina Emy. A utilização de novas tecnologias no processo penal espanhol: reflexões sobre tipicidade e atipicidade em matéria probatória. *In*: FERNANDES, Antonio Sacarance *et al* (Coord.). **Provas no processo penal**. Op. cit. p. 320.

¹⁴⁹ VILARES, Fernanda Regina. **A prova penal no direito inglês**. *In* FERNANDES, Antonio Sacarance *et al* (Coord.). **Provas no processo penal**. Op. cit. p. 363.

Todavia, pode-se observar, ao longo da *persecutio criminis* naquele país, alguns elementos de notas inquisitoriais a exemplo do e excessivo poder conferido à polícia quando da realização das diligências investigatórias, o que faz com que, para alguns, aquele sistema se caracterize como sendo de modelo misto¹⁵⁰.

No processo penal inglês a *prova* resta fundada em elementos de common law e normas decorrentes e de vários atos legislativos, contando, ainda, com grande carga de regulamentação jurisprudencial. Os mais importantes princípios gerais do processo penal no país dos lordes estão agasalhados no art. 29 da Magna Carta de 1215, tendo aquele ordenamento jurídico recebido um grande acréscimo de normas de caráter garantista ao incorporar, através do *Humam Rights Act* de 1998, as normas da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Ali, na terra da rainha, a persecução criminal, a exemplo do que ocorre na maioria dos países, tem sua primeira fase iniciada com o trabalho da polícia, que é encarregada da averiguação inicial, consistente na coleta de provas, identificação do suspeito da prática de crime e interrogatório do mesmo. Hodiernamente, a concepção deste trabalho tem como primeiro destinatário o serviço de persecução da coroa, criado em 1985 pelo *Procection of Offences Act 1985*. Este órgão, que é chefiado por uma espécie de Procurador-Geral, decidirá, por seus integrantes, sobre a continuidade, ou não do caso.

A maioria das regras que emolduram a produção de provas no direito processual penal inglês são ditadas pela jurisprudência, não obstante a existência da norma escrita conhecida como Police em Criminal Evidence Act de 1984, que regula a atividade investigativa policial.

Para que melhor se possa entender a atividade probatória no direito processual penal inglês necessário se faz ter em mente a estrutura do judiciário daquele país, onde existem duas Cortes na primeira instância, quais sejam, conforme magistério de Vilares

A corte de magistrados (*Magistrates Court*) é composta, predominantemente de julgadores leigos. Já a corte da coroa (*Crown Court*) possui Juizes profissionais. A competência dessas cortes é estabelecida de acordo com a gravidade das infrações. As de menor gravidade (*summary offences*) são julgadas apenas pela Corte de Magistrados; as demais (*purely indictable offences*) são da competência da Corte da Coroa; e as infrações de um ou de outro modo (*either-way offences*) podem ser julgadas por qualquer uma delas¹⁵¹.

¹⁵⁰ eadem.

¹⁵¹ VILARES, Fernanda Regina. **A prova penal no direito inglês.** In FERNANDES, Antonio Scarance et al (Coord.). **Provas no processo penal.** Op. cit. p. 364.

Naquele sistema jurídico as pequenas infrações, assim entendidas as *summary offences*, como os pequenos furtos, não são levadas a julgamento pelo júri ou por um juiz togado, sendo tais casos solucionados pela Corte de juízes leigos, ou seja, pela corte dos magistrados. As infrações de maior gravidade, a exemplo de roubos, crimes sexuais e homicídios dolosos, ali denominados *indictable offences*, podem ser julgados pela corte da coroa. A competência para o julgamento das *either-way offences*, que consistem nas infrações de uma gravidade intermediária é definida casuisticamente.

Em sede de *prova*, independentemente da competência para julgamento, a corte dos magistrados pode ter em todos os casos uma atuação quando do início da *persecutio criminis*, lançando ao final da instrução a “decisão quanto ao modo de julgamento, deliberando se o caso haverá de ser apreciado pela forma sumária, ou seja por aquela própria corte, ou se é a hipótese de se formalizar imputação dirigida à corte da coroa.

De acordo com o magistério de Vilares, a deliberação pela imputação formal é irrecorrível. D’outra banda, a decisão que firma competência de julgamento pela própria corte de magistrados desafia recurso, pois o julgamento pelo júri guarda uma maior possibilidade de absolvição, não obstante, em sendo o caso de condenação, a pena imposta por aquele juízo possa ser mais elevada.

Considerando que tradicionalmente muitas sejam as matérias objeto de prévio julgamento por parte da corte dos magistrados a admissibilidade das provas é feita naquele juízo, conquanto em decorrência do *Criminal Procedure End Investigation Act* de 1986 tenha o condão de transferir muitos desses assuntos para a jurisdição da corte da coroa.

4.3.8 Estados Unidos da América

Quando a doutrina se debruça sobre os sistemas processuais penais refere-se ao modelo *adversary system* como sendo aquele que a produção de prova fica reservada exclusivamente às partes, restando ao julgador o papel de espectador diligente, todavia, no que diz respeito às regras do jogo. Este é o modelo de processo penal adotado nos Estados Unidos da América.

Conforme lições de Magalhães Filho, no sistema *adversary*, as partes é que estabelecem os fatos a serem postos a julgamento pelo tribunal, bem assim as

provas que não de ser introduzidas no processo, que é presidido por um juiz a quem incumbe precipuamente assegurar a paridade de armas a fim de que se tenha uma correta disputa¹⁵².

Do ordenamento jurídico norte americano se extrai que em razão da natureza federativa daquele país as regras do procedimento a respeito da prova pode emanar da legislação federal ou ter por fonte lei estadual. No âmbito federal, como ensina Rovegno, as denominadas *Federal Rules of Evidence* regulam amplamente a matéria probatória e, embora os estados membros, em razão da autonomia que guardam, não estejam obrigados a adotar aquelas normas, muitos são os que elaboram suas leis a partir do espírito contido na legislação federal. No entanto, tendo sua gênese no direito inglês, o direito norte americano não consegue escapar da *common law*, não obstante essas regras do direito consuetudinário tenham dito seu uso restringido nos últimos tempos em razão do aumento das fontes legisladas, ainda assim não tenham perdido sua importância¹⁵³.

Consoante magistério de Magalhães Filho o modelo competitivo decorrente do *adversary system* acarreta consideráveis consequências, tais como

todas as provas devem ser produzidas e apresentadas ao júri na audiência; no *die in court* não concentradas todas atividades processuais tendentes a formação do convencimento dos julgadores; de outro lado, as informações obtidas nas fases preliminares, sem o contraditório, simplesmente não podem ser levadas ao conhecimento dos jurados. Por isso, é também evidente a preponderância da prova testemunhal (que inclusive serve de meio para introdução da perícia e de eventual depoimento do acusado) sobre a documental, e, ainda, assume importância capital o método de exame cruzado (*cross examination*) das testemunhas¹⁵⁴.

Decorre desses ensinamentos a preocupação do sistema jurídico norte americano para que o julgador não esteja, quando de seu mister, contaminado por elementos de informações que, obtidos em fase pré-processual ou tenha sido ao arrepio do crivo do contraditório, o que violaria o devido processo legal.

Registre-se, no entanto que, conforme estudos realizados por Rovegno, “na maioria dos casos, em cifra que chega a atingir os noventa por cento, a questão criminal é decidida sem que se chegue à fase de julgamento”¹⁵⁵, isto porque no sistema jurídico norte americano opera-se com o instituto do *plea bargaining*, em

¹⁵² FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal**. Op. cit. p. 39.

¹⁵³ ROVEGNO, André. **O sistema de provas no processo penal estadonidense**. In: FERNANDES, Antonio Scarance *et al* (Coord.). **Provas no processo penal**. Op. cit. p. 403.

¹⁵⁴ FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal**. Op. cit. p. 140.

¹⁵⁵ ROVEGNO, André. **O sistema de provas no processo penal estadonidense**. In: FERNANDES, Antonio Scarance *et al* (Coord.). **Provas no processo penal**. Op. cit. p. 398.

decorrência do qual afasta-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal, bem assim da irrenunciabilidade da mesma caso já iniciada. Princípios estes que cedem lugar à discricionariedade e eletividade, possibilitando que o Ministério Público faça acordos com os acusados. Em se tratando de acordo, o que pressupõe concessões de ambas as partes o pacto funda-se na assunção de culpa por parte do acusado, ou mesmo, embora não confesse ele ser o autor do delito, apenas aceite uma composição para com a promotoria.

5 SOBRE A VERDADE NO PROCESSO PENAL

Tormentosa questão do homem transposta para o processo penal: o que é a verdade?

No Direito Processual brasileiro, quando há um debruçar-se sobre sistemas de processo penal, deparamo-nos com um de seus princípios informadores, qual seja, o princípio da verdade real que, como característica fundamental, autoriza que o julgador possa, *ex officio*, determinar evento probatório. A indagação, portanto, seria: afinal, que princípio é este chamado verdade real que tem o condão de fazer vencer a inércia do juízo, permitindo-lhe a produção de prova *ex ponte*, colocando em risco sua credibilidade em razão de haver malferido a elementar e, por conseguinte, necessária imparcialidade para o julgamento da causa?

É claro que uma decisão que se pretende justa não pode estar assentada na mentira, no falso, no escamoteamento etc., mas até onde é permitido ou possível a busca dessa verdade real, também dita material? Ou, de outra forma, o que é a verdade? O próprio título que se dá a este capítulo é justamente por conta da dificuldade que os filósofos sempre encontraram em conceituar a verdade e, assim sendo, nem de perto vivemos a doce ilusão de conseguir aqui o que os doutos sábios não conseguiram ao longo da história da humanidade: definir a verdade.

Esta é a pergunta cuja resposta Pôncio Pilatos restou sem entender quando de seu diálogo com Jesus¹⁵⁶. Embora a esse respeito Kelsen afirme que não tenha havido resposta¹⁵⁷, prefaciando obra de Aquino, Damásio de Jesus assevera:

No século XIX, quando se apreciava grandemente fazer jogos com palavras e com letras, costumava-se dizer que a pergunta de Pilatos já continha em si a resposta, pois com as mesmas letras da pergunta latina *Quid est veritas?* Se podia compor a resposta, também em latim: *Est vir qui dest* (é o Homem que aqui tens diante de ti).¹⁵⁸

¹⁵⁶ – Então você é rei? – perguntou Pilatos. – É o senhor que está dizendo que eu sou rei! – respondeu Jesus. – Foi para falar da verdade que eu nasci e vim ao mundo. Quem está do lado da verdade ouve a minha voz. – O que é a verdade? – perguntou Pilatos. **Bíblia Sagrada**. Versão linguagem de hoje. N.T. Evangelho de São João. Cap. 18. v. 37-38. São Paulo: Paulinas, 2014. p. 1594.

¹⁵⁷ Para Kelsen, Jesus não respondeu a Pilatos eis que dar testemunho da verdade não era sua missão, posto como nascera para dar testemunho da justiça. KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p.1.

¹⁵⁸ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza** (no processo penal). Prefácio de Damásio E. de Jesus. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 13-14.

Conforme ensina Denis Sampaio “a busca sobre a essência da verdade remonta à época de crescentes estudos religiosos”¹⁵⁹, desafiando filósofos de todos os matizes e todas as épocas até chegar a Tomás de Aquino¹⁶⁰ na forma de discussão gnosiológica, correspondente esta ao sentido fundamental da verdade, que não pode existir de forma absolutamente independente da “verdade ontológica” (verdade da coisa, transcendental ou metafísica), segundo a qual deve haver conformidade das coisas com a inteligência.

Nicola Abbagnano, quando em relação ao verbete VERDADE conceitua-o como sendo “a validade ou eficácia dos procedimentos cognitivos”¹⁶¹. E em continuidade o nominado mestre afirma:

Por V. entende-se, de fato, em geral a qualidade pela qual um procedimento cognitivo qualquer torna-se eficaz ou consegue êxito. Esta caracterização pode aplicar igualmente tanto aos conceitos que veem no conhecimento um processo mental quanto os que nele veem um processo linguístico ou signico. Tem, ademais, a vantagem de prescindir da distinção entre definição da V. e critério da V. Esta distinção não é efetuada sempre, e tampouco é frequente; quando é efetuada, não é senão a assunção de duas definições da própria V. Por ex., no âmbito da teoria da correspondência, quando se distingue dela o critério da V., este se define como evidência recorrendo-se ao conceito da V. como revelação. E a doutrina da V. como conformidade a uma regra, apresentada por Kant como critério formal, juntamente com conceito da V. como correspondência, torna-se depois uma definição da própria V.¹⁶².

O eminente dicionarista ensina, ainda, que a verdade pode ser conceituada a partir de cinco fundamentos, quais sejam, enquanto correspondência; como revelação; sob o critério da conformidade a uma regra; como coerência ou pelo ângulo da utilidade¹⁶³.

¹⁵⁹ SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal**: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 30.

¹⁶⁰ Santo Tomás de Aquino nasceu no declive abaixo da famosa Abadia de Monte Cassino na Itália Central. Pertencente à aristocracia, logo depois dos 14 anos de idade foi enviado à Universidade de Nápoles para estudar “as sete artes liberais”, no entanto, tão logo teve idade bastante para assuntos favoritos, foi atraído pela teologia. Lecionou na Universidade de Paris, onde havia chegado para tirar o título de mestrado e doutorado. Escreveu vários comentários às obras de Aristóteles, ao Evangelho de João, as *Questiones disputatae*. Ao final dos seus quarenta anos teve a saúde por demais abalada e faleceu no inverno de 1274, quando, por ordem do Papa, viajava para um concílio geral da Igreja. Foi canonizado um século depois de seu nascimento e cinco séculos depois de sua morte o Papa Leão XII publicou uma encíclica declarando as doutrinas de São Tomás a base da teologia católico-romana. MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes. 2002. P.49-50.

¹⁶¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. coord. e rev. Alfredo Bosi. São Paulo: 6. ed. 2 t. p. 1182.

¹⁶² eadem.

¹⁶³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Op. cit. p. 1182-1183.

Conforme magistério de Mittemaier

A verdade é a concordância entre o fato real e a ideia que dele forma o espírito. Suponhamos que o indivíduo que se quer convencer da realidade de uma coisa, e que a procura; resulta a verdade desde que a convicção adquirida se acha em perfeita co-relação com o seu objeto¹⁶⁴.

Para Marco Antonio, o vocábulo verdade, em sua conceituação comum, seria “a adequação ou conformidade entre o intelecto e a realidade¹⁶⁵”, ou seja, o que é verdadeiro está intrinsecamente ligado à inteligência.

De acordo com Denis Sampaio, “Tomás de Aquino indica a investigação da verdade pela realidade natural criada, mostrando as coisas como insondáveis”¹⁶⁶.

Para Badaró “a verdade é reflexo fiel do objeto na mente”, é a adequação do pensamento com a coisa, no entanto, não basta apenas que o conhecimento seja verdadeiro, faz-se necessário que se possa alcançar a certeza do que é verdadeiro¹⁶⁷, daí decorre que essa é a questão: o critério da verdade. Ou, de outra forma, a certeza no dizer de Badaró.

Essa busca pela verdade tem acompanhado o homem desde os primórdios. Noticia Marco Antonio que Santo Agostinho, buscando a verdade em Deus, deixou escrito que “vida feliz é a alegria que provém da verdade, e tal é o que todos querem”¹⁶⁸.

Marco Antonio leciona que

trazendo a questão da busca da verdade para a área do Direito, de pronto revela-se a sua indiscutível importância para a aplicação da lei. Sobretudo no campo do Direito processual destaca-se o vínculo umbilical que liga a reconstituição histórica dos fatos ao dever estatal de responder com a prestação jurisdicional justa e adequada às provas dos autos¹⁶⁹.

Lembra o professor Eugênio Pacelli que o decantado princípio da verdade (real) rendeu e quiçá ainda rende inúmeros frutos aos aplicadores do processo penal, de regra, sob a alegação de relevância dos interesses tratados no processo penal. O nominado professor ensina que a gravidade das questões para esses interessados seriam suficientes para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, ao contrário do que ocorre no processo civil, recorda: “a busca da

¹⁶⁴ MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Op. cit. p. 79.

¹⁶⁵ BARROS, Antonio Marco de. **A busca da verdade no processo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 22

¹⁶⁶ SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal**: Op. cit. p. 31.

¹⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. Op. cit. p. 25.

¹⁶⁸ BARROS, Antonio Marco de. **A busca da verdade no processo penal**. Op. cit., p. 27.

¹⁶⁹ eadem.

verdade real, em tempos ainda recentes comandou instauração de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade”¹⁷⁰.

De acordo com o referido mestre, o mencionado princípio servia para legitimar eventuais abusos das autoridades públicas, não bastasse a desmedida iniciativa probatória conferida ao juiz.

Para o professor Paulo Rangel o escopo do processo não é verdade que dele se possa esperar, mas a solução do caso penal.

Conforme ensinança do professor referido, a verdade processual é obtida a partir dos elementos probatórios necessários e lícitos para trazer à lume a comprovação, a certeza, de quem violou a norma e em que circunstância. É assim que a verdade dos autos pode não corresponder à verdade dos homens. Afirma o professor nominado, com o que concordamos, que o conceito de verdade é relativo.

5.1 Aporia conceitual. Uma aproximação ao conceito de verdade

Afinal, o que é a verdade? (*quid est veritas?*).

Respondida esta questão, se é que é possível, o que ela representa para a vida do homem?

Como grafamos no limiar deste capítulo, esta questão persegue o homem desde os primórdios de sua história, já tendo sido objeto que ocupou muitos dos mais valorosos sábios de todos os tempos.

Valendo-nos do auxílio de Denis Sampaio, buscaremos uma aproximação com o conceito de verdade, para tanto, buscando uma percepção de como as coisas se apresentam, ou seja, como as coisas são.

Cuida-se de se observar a influência do subjetivismo na percepção que dá forma à realização da verdade individual, isto quer dizer, a percepção que cada indivíduo tem em relação a um determinado objeto ou fato.

Para Denis Sampaio,

“a ideia de verdade aparece, pois principalmente, como consequência de uma incerteza e tem, antes de tudo, o caráter de privação; isto nos remete, por sua vez, a um estado prévio – o de segurança anterior ou certeza – que a verdade deve restabelecer, e então percebemos que antes de chegarmos à incerteza estávamos na verdade, mesmo que a sua ideia fosse completamente estranha”¹⁷¹.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 323.

¹⁷¹ SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal**: Op. cit. p. 29.

Assim, a verdade, enquanto aproximação de seu conceito, traduz-se na possibilidade de percepção do objeto observado. Como diz Denis Sampaio

“a verdade não está apenas nas frases verdadeiras. Ela está fundamentadamente na vida, na profundidade do coração, nas relações entre as pessoas, no curso da história. Ela pode ser expressa de mil formas, num poema, numa música, numa catedral, numa parábola e num discurso”¹⁷².

Para conhecer determinado objeto, a filosofia diz da necessária verdade relacional entre a pessoa e a coisa. Esta relação existente entre o reflexo fiel do objeto na mente do observador e a percepção por este em relação à coisa.

O que sempre atormentou os pensadores e filósofos foi exatamente descobrir e conceituar a essência da verdade, o que é dito por Denis Sampaio, em conformidade com esmagadora doutrina. Essa busca incessante ocorre desde a era cristã, de acordo com os ensinamentos bíblicos, segundo os quais, depois que Jesus declarou a existência da verdade foi por Pôncio Pilatos indagado: “que é verdade?”. Todavia, desde então até o presente muito se tem discutido sobre a existência e sua conceituação.

Sobre o significado da verdade o fato intriga desde a época de crescentes estudos religiosos. É assim que a filosofia levou a questão até Tomás de Aquino, o que se fez com uma discussão gnosiológica, de grande repercussão, estabelecendo a investigação sobre a verdade das coisas.

Ferrajoli, com a singularidade que lhe é peculiar, diz que “Se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”¹⁷³.

Não é a toa que o professor Ferrajoli assenta o que disse com tanta veemência.

Com efeito, não se pode pensar numa justiça penal calcada totalmente na verdade. Por outro lado, inconcebível seria pretender uma condenação criminal alicerçada na mentira. Toda concepção de justiça ruiria.

¹⁷² SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal**: Op. cit. p. 31.

¹⁷³ Tradução livre de: Se una giustizia penale interamente con “verità” costituisce un’utopia, una giustizia penale interamente “senza verità” equivale a um sistema di arbitrio”. FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 10. ed. Roma: Laterza, 2011. p. 18.

5.2 O mito da busca da verdade

Eis mais uma questão que desassossega aqueles que operam no direito processual penal. A busca da verdade material, em nome da qual já se praticou tantas atrocidades.

Com efeito, discorrer sobre esse tema demanda cautela, pois significa enfrentar um terreno árido, cercado de polêmicas, sem que se possa vislumbrar perspectiva de entendimento.

Assim, a fim de que possamos permanecer discutindo o assunto, uma premissa é fundamental: o mito da busca da verdade existe, não obstante a digressão sobre as diversas espécies de verdade, filosoficamente, cabíveis ou não, pois como diz Marco Antonio “a verdade é una e indivisível”¹⁷⁴.

Para Tomás de Aquino é a partir da realidade natural que pode dar-se a investigação das coisas como insondáveis. Dessa forma, o conhecimento somente se tornará possível com a observação da criação, sendo certo afirmar que para Tomás de Aquino todo pensar sobre a verdade tem por pressuposto pensamento em Deus numa verdadeira relação de criador e criatura.

Nesse compasso, para Tomás de Aquino a verdade sempre estará presente, porque sendo Deus a verdade, Deus está sempre presente, decorrendo daí que as coisas são verdadeiras porque pensadas e criadas por Deus. Este é o magistério de Denis Sampaio¹⁷⁵.

Desta forma, pode-se admitir uma reflexão a partir de elementos típicos da teoria dos mitos, a fim de que verifiquemos qual o alcance desses elementos e em que medida eles podem nos auxiliar a compreender a verdade enquanto dogma.

O que pensamos ser possível aqui seria assimilar o conteúdo filosófico do tanto quanto se necessite para desmascarar o mito. Diferentemente do que se possa pensar, não nos interessa aqui crítica ao ritual da figura do juiz inserido no universo de simbologia, que possa lembrar, de alguma forma, o modelo inquisitório, mas buscamos tão somente uma análise a partir do princípio de presunção de inocência e da tão festejada verdade.

Veja-se que a proposta de se tentar analisar a busca da verdade enquanto mito encontrava fundamento na pretensão de uma melhor inteligência no que diz

¹⁷⁴ BARROS, Antonio Marco de. **A busca da verdade no processo penal**. Op. cit. p. 25.

¹⁷⁵ SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal**: Op. cit. p. 32.

respeito à chamada verdade material e seu alcance, a fim de que se saiba se é justificável, ou não, que ela possa mover o juiz, violando a imparcialidade elementar do julgador.

Ensina Khaled Jr., o mito da busca da verdade que remonta à sistematização inquisitória de Eymerich fornece uma definição/explicação sobre a estrutura em que o processo penal deve se embasar, significando que a legitimação ou justificação possa se dá de forma embasada, tanto quanto bastante para levar o herético, salvaguardando-o de eventuais desvios na sua finalidade sagrada de encontrar a verdade¹⁷⁶.

É a partir dessa concepção que a “busca da verdade é apresentada como princípio fundante do processo penal”, di-lo Khaled Jr., em assim sendo, de forma dolosa ou não, sua vinculação com a inquisição e regimes autoritários em geral.

O mito permite, porque pretende, que os “sacerdotes” sejam dispensados da tarefa constante de reiteração de sua autoridade, pois lhe dá uma legitimidade ancorada no âmbito do sagrado, restando aos profanos apenas aceitá-lo.

A doutrina garantista no Brasil, carregada por Khaled Jr., resta preocupada com as consequências decorrentes do culto que se faz à chamada verdade real, a preocupação assenta, inclusive, no que se refere ao convencimento do mito como elemento contrariante do sistema.

Os avessos às barbáries que se tem feito em nome da verdade devem ser levados ao lugar a eles destinados no estado democrático de direito, cujo princípio garantista decorrente do sistema processual adotado não admite violação aos direitos fundamentais.

Facilmente se identifica que o mito da verdade no Brasil é uma forma de conformar modelo de processo penal que somente interessa a um estado autoritário, situação através da qual tudo se justifica.

De acordo com o sistema processual adotado, o mito da verdade real serve também para firmar a infalibilidade do juiz. Contudo, apesar de toda essa carga negativa, o mito da verdade permanece vivo no sistema jurídico.

¹⁷⁶ KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 480-481.

5.3 O direito e a verdade

Conforme Ferrajoli, sendo certo que não se pode pretender uma justiça pela que esteja integralmente alicerçada na verdade, não é menos certo afirmar que não se concebe porque não se há de admitir uma justiça sem verdade alguma. O justo é da essência da verdade; Esta, por sua vez, é íncita à justiça. A justiça é um reclamo que emerge intuitiva como decorrência do viver em sociedade, fenômeno que exige o exercício de determinadas regras, a fim de que se possa ter pacífica e harmoniosa convivência, o que, por certo, nenhum êxito obteria se não tivéssemos em seus fundamentos o mínimo de verdade.

Efetivamente, não tem como imaginar uma sem a outra. Por isso mesmo isto é um dilema que se apresenta para a justiça, sobretudo em se tratando de justiça criminal, que terá por lastro sempre os direitos fundamentais da pessoa humana e garantias individuais. Esses dois valores inerentes à sociedade humana acompanham o homem ao longo de toda a sua história, quer seja enquanto direito a ser exigido do Estado, como no caso da justiça, quer seja como valor a ser exigido dos concidadãos nas relações sociais. Caracteriza-se, assim, esses dois valores como bem da vida, em relação aos quais sem eles o homem não conseguiria viver em sociedade.

O Estado, enquanto administrador da sociedade, tendo a obrigação de punir o violador da norma, não tem menor sua obrigação de garantir a incolumidade física, psicológica e patrimonial do indivíduo, buscando a paz social, necessitando, para tanto, que o seu agir esteja também montado na verdade.

6 ATIVISMO JUDICIAL X GARANTISMO PENAL. UM EMBATE EQUIVOCADO

Ao longo deste trabalho por diversas vezes mencionamos um dos fenômenos através do qual se pretende legitimar a iniciativa do juiz no que concerne à produção probatória no processo penal, característica própria do modelo inquisitorial e que, sob uma nova roupagem ora vista como ativismo judicial, autorizaria o julgador a uma postura proativa no seu exercício jurisdicional. Uma primeira observação que se impõe é o equívoco que se comete quando se interpreta o ativismo judicial com a possibilidade de que o juiz na instância criminal possa ter iniciativa probatória *ex officio*. Ativismo judicial não é isto.

Não obstante Luis Grandinetti, em valoroso trabalho, diga que é expressão originada na Suprema Corte Norte-americana e que tenha passado “a designar um complexo de condutas ativas por parte da magistratura, que vão desde a interpretação da lei até a produção de provas de ofício”¹⁷⁷. Atente-se que somente bastaria um *estado de direito* para impor limitação ao poder jurisdicional do magistrado. A *fortiori*, essa limitação legal coarcta com muito mais força os agentes públicos quando se trata de um *estado democrático de direito*, de forma que nada pode justificar, autorizar ou legitimar que decisionismo ou arbitrariedade disfarçada de discricionariedade judicial possa subverter a ordem constitucional, sobretudo quando se trata de direito fundamental consistente no devido processo legal, dentro do qual se insere a garantia de um juiz imparcial, o qual, vencendo a inércia elementar, característica do sistema acusatório, para produzir prova *ex officio*, tornar-se-ia inapto para o julgamento da causa, pois estaria infectado pela parcialidade.

Tanto é assim que mais adiante o próprio Grandinetti, dizendo que a atividade jurisdicional carece de equidistância do julgador, e que sem esta característica se traduz em atividade deformada, sendo

Tanto mais perigosa quanto mais interventiva a natureza da decisão judicial. Assim, é na jurisdição penal que esse risco assume sua feição mais perigosa e reprovável, e propicia a confusão entre as funções dos sujeitos processuais. Em termos concretos, significaria o exercício de função

¹⁷⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Constituição e ativismo judicial – uma perspectiva interdisciplinar. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *et al* (Org.) **Constituição & ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 272.

acusatória e investigativa por parte do magistrado, que, assim, perderia a equidistância indispensável ao julgamento da causa¹⁷⁸.

Em elucidativo trabalho monográfico o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso brinda-nos com a distinção entre a judicialização e o ativismo judicial, lembrando que aquela, em relação ao contexto brasileiro, se traduz por uma circunstância decorrente do sistema constitucional adotado, não sendo exercício deliberado de vontade política.

Assenta Sua Excelência o ministro referido que “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo-se o seu sentido e alcance”¹⁷⁹.

Para sua excelência o ministro mencionado o ativismo judicial

pressupõe uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público; notadamente em matéria de políticas públicas¹⁸⁰.

De uma atenta leitura a essas condutas elencadas percebe-se que o ativismo judicial, absolutamente, não guarda nada em comum com arbitrariedade ou discricionariedade. Veja-se que quando o ministro relaciona como um dos fundamentos para o ativismo judicial a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, atente-se para o termo *expressamente* e lembre-se que é mandamento de nossa própria ordem constitucional a aplicação de institutos decorrentes do sistema ainda que não *expressamente* contidos na Constituição. Então, em sendo assim quando o Supremo Tribunal Federal age de forma proativa não o faz no vazio constitucional.

Bom, na sequência, o ministro Barroso ilustra as hipóteses elencadas dando conta como um dos exemplos a decisão da Suprema Corte que deliberou sobre

¹⁷⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Constituição e ativismo judicial – uma perspectiva interdisciplinar. *in* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *et al* (Org.) **Constituição & ativismo judicial**. Op. cit. p. 272-273.

¹⁷⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *et al* (Org.) **Constituição & ativismo judicial**. Op. cit. p. 279.

¹⁸⁰ eadem.

fidelidade partidária, decidindo que a vaga no parlamento pertence ao partido político, e não ao parlamentar.

Neste caso não se pode pretender, com a vênia do eminente autor, que a Suprema Corte tenha “criado” uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar. Perceba-se que, no caso concreto, a Suprema Corte nada criou, apenas declarou ter encontrado uma hipótese no ordenamento. É como se chegar a um lugar até então desconhecido, mas que sempre esteve ali, aguardando para ser encontrado e explorado.

Interessante também foi o trabalho publicado por Roberto Fragale que, fazendo comentários a respeito do ativismo judicial, trouxe à lume dois esclarecedores conceitos do que venha ser o ativismo judicial. Conceitos extraídos, inclusive, de dicionários internacionais, como *Black Law's* e *Dictionnary*, para o qual o ativismo judicial é

uma filosofia de construção da decisão judicial em que juízes permitem que suas opiniões pessoais sobre as políticas públicas entre outros fatores orientem suas decisões, usualmente sugerindo que os aderentes dessa filosofia tendem a encontrar violações constitucionais e estando propensos a ignorar os precedentes jurisprudenciais¹⁸¹.

O outro dicionário mencionado por Roberto Fragale é o *Merriam-Webster's Dictionary of Law*, para o qual o ativismo judicial é “a prática do sistema judiciário de proteger ou expandir direitos individuais mediante decisões que partem de precedente estabelecido ou são independentes das ou em oposição às supostas intenções constitucional ou legislativa¹⁸²”.

Sem embargo do significado que ambos os dicionários dão para o ativismo judicial, deste mesmo artigo do professor da Universidade Federal Fluminense e magistrado do Trabalho se extrai conceito cunhado pelo decano do Supremo Tribunal Federal que, conforme Roberto Fragale, em cerimônia de Posse do Ministro Gilmar Mendes na Presidência daquela Corte no de 2008, dissera:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, incluem-se a necessidade de prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos¹⁸³.

¹⁸¹ FILHO, Roberto Fragale. Ativismo judicial e sujeitos coletivos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *et al* (Org.) **Constituição & ativismo judicial**. Op. cit. p. 360.

¹⁸² *eadem*.

¹⁸³ *eadem*.

Do texto ainda se infere que o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal não o é ao alvedrio de seus ministros, mas é praticado, “quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional”¹⁸⁴.

Por outro lado, o festejado ativismo judicial, diferentemente do que pensam os desavisados, não autoriza que o órgão julgador possa usurpar das funções típicas de alguns dos outros dois poderes, o que seria impensável num estado democrático de direito, considerado o fundamental princípio da harmonia entre os poderes, positivado no art. 2º da Constituição Federal vigente.

Tomando a Constituição como norma fundamental, com a qual todas as demais normas hão de estar em harmonia, a fim de que o ordenamento possa ter legitimidade e coesão, Luigi Ferrajoli desenvolve o modelo penal garantista que traz em sua consagrada obra *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*.

Para Ferrajoli, o garantismo decorre do próprio Estado Constitucional de Direito, significando um conjunto de normas com as quais se tutela os direitos do indivíduo frente ao poder Estatal.

A partir desse posicionamento, Ferrajoli estabeleceu dez axiomas¹⁸⁵, dentre eles quatro próprios do processo penal, quais sejam: ***nulla culpa sine iudicio*** (necessidade de um sistema acusatório, no qual se tenha um juiz imparcial e que seja competente para o julgamento); ***nullum iudicium sine accusatione*** (o juiz com atribuição pra o julgamento não pode exercer a acusação, o que deve caber a um terceiro); ***nulla accusatio sine probatione*** (o *onus probandi* fica a cargo do acusador, não se admitindo que tal incumbência seja repassada ao acusado), e ***nulla accusatio sine defensione*** (consectário lógico de que ninguém pode ser julgado sem direito à defesa, que haverá de ser ampla, assegurando-se os meios e recursos a ela inerentes).

Constatada a natureza de princípio, esses axiomas foram chamados por Ferrajoli de: Princípio da jurisdicionalidade, quer no sentido lato, quer no sentido estrito; Princípio acusatório, ou da separação das funções; Princípio do *onus* da

¹⁸⁴ FILHO, Roberto Fragale. Ativismo judicial e sujeitos coletivos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *et al* (Org.) **Constituição & ativismo judicial**. Op. cit. p. 361.

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Op. cit. p. 69.

prova ou da verificação das provas, e Princípio do contraditório, também chamado de Princípio da defesa, ou da falseabilidade.

Todavia, conforme escólio do próprio Ferrajoli, para que se lhes dê efetividade, esses princípios não podem existir isoladamente, mas em conjunto com princípios outros, estes de natureza penal, e verbera:

E, inevitavelmente, cada modelo de processo penal, seja considerado sob o ponto de vista normativo, seja sob o da efetividade, assinala sempre, por sua vez, um correlativo sistema normativo ou efetivo de direito penal substancial. Esquemas e culturas penais e processuais penais, como tenho dito muitas vezes, são sempre conexos entre si. E a conexão é histórica muito mais do que teórica, dado que os acontecimentos do direito penal substancial e da doutrina do delito sempre tiveram por modelos as experiências das instituições judiciárias, e vice-versa.¹⁸⁶

De acordo com o magistério de Ferrajoli, o princípio da *jurisdiccionariedade*, enquanto submissão à jurisdição, tem natureza processual penal, apresentando-se como fundamental para o modelo garantista e, ao mesmo tempo, serve de supedâneo aos demais princípios que compõem as tutelas de caráter processual penal.

Esse princípio, todavia, pode ser visto sob dois ângulos, ou seja, pode ser analisado de forma lata, enquanto complexo de princípios outros de ordem material; ou de forma estrita, quando então atrai e agasalha outros princípios, como já mencionados, o princípio acusatório, o princípio do ônus da prova e a efetivação do contraditório.

A partir desta distinção entre *jurisdiccionariedade lato sensu* e *stricto sensu*, Ferrajoli elenca possíveis modelos de processo penal, relacionando a denominada *jurisdiccionariedade lato sensu* com o modelo de processo penal que denomina “decisionista”, e a *jurisdiccionariedade estrito sensu* com o modelo de processo penal conhecido por “cognitivo”.

O modelo chamado “decisionista” baseia-se na busca desmedida do que ficou conhecido como verdade material, valendo-se de um sistema que, para seus defensores, os fins justificam os meios. Por sua vez, o modelo de processo penal dito “cognitivo” é produzido com observância das normas legais previamente

¹⁸⁶ Tradução livre de: E, inversamente, ogni modello di processo penale, sia che lo si riguardi sotto il profilo normativo sia che lo si consideri sotto quello dell'effettività, segnla sempre, a sua volta, un correlativo sistema, normativo o effettivo, di diritto penale sostanziale. Schemi e culture penalistiche e processual-penalistiche, come ho detto più volte, sono sempre tra loro connesse. E la connessione è storica oltre che teorica, dato che le vicende del diritto penale sostanziale e della dottrina del reato si sono sempre modellate su quelle delle istituzioni giudiziarie, e vice-versa. FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Op. p. 547.

estabelecidas, e que por isso mesmo tem o seu resultado legitimado em razão do respeito guardado às regras procedimentais.

Associando o processo penal “cognitivo” com o direito penal mínimo, também chamado minimalismo, e o “decisionista” ao direito penal máximo, ou maximalismo, como preferem alguns, Ferrajoli assenta:

De fato, as garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma *verdade mínima* em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação. Ao contrário, o processo decisionista, [...] assenta-se em todos os casos na busca da verdade substancial, que por isso se configura como uma verdade máxima, perseguida sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas e ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indeterminação das hipóteses de acusação e o seu caráter avaliativo exigem, mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa. Neste segundo modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam); enquanto no primeiro é o fim que é legitimado pelos meios (porque fundado ou garantido por vínculos representados). Compreende-se por isso que as garantias procedimentais configuram *garantias de verdade* além de *garantias de liberdade*: de uma verdade mais reduzida, [...] mas também mais controlada que as verdades substanciais mais ou menos aprioristicamente intuídas pelo juiz.¹⁸⁷

Afirma Ferrajoli que o modelo “decisionista” de processo penal busca legitimação em critérios valorativos, ao passo que para o modelo de processo penal “cognitivo” a verdade exsurge como consequência da justificação emanada da própria jurisdição, e pontifica:

A consequência destas técnicas processuais é que no processo de tipo decisionista o princípio de legitimação é constituído imediatamente por juízos de valor. Em um duplo sentido: de um lado, no sentido de valor ou da credibilidade do órgão judicante e, portanto, da fonte de legitimação política

¹⁸⁷ Tradução livre de: Infatti le garanzie processuali che circondano l'accertamento della verità processuale nel processo cognitivo assicurano il raggiungimento di una *verità minima* in ordine ai presupposti della sanzione, ma anche garantita, grazie al carattere empírico e determinato delle ipotesi accusatorie, da canoni di conoscenza come la presunzione di non colpevolezza fino a prova contraria, l'onere della prova a carico dell'accusa, il principio *in dubio pro reo*, la pubblicità del procedimento probatorio, il contraddittorio e il diritto di difesa mediante falsificazione dell'accusa. Viceversa il processo decisionistico [...] raggiungimento in ogni caso della verità sostanziale, che perciò si configura come una *verità massima*, perseguita senza alcun limite normativo ai mezzi di acquisizione delle prove e al tempo stesso non vincolata ma discrezionale, se non altro perché l'indeterminatezza delle ipotesi d'accusa e il loro carattere valutativo richiedono, più che prove, giudizi di valore non confutabili dalla difesa. In questo secondo modello il fine (del raggiungimento della verità pur che sai) giustifica i mezzi (cioè le procedure quali che siano); la dove nel primo è il fine che è legittimato (perché fondato o garantito dai vincoli rappresentati) dai mezzi. Si capisce perciò che le garanzie di verità oltre che come garanzie di libertà: di una verità più ridotta, [...] ma certo più controllata delle verità sostanziali più o meno aprioristicamente intuite dal giudice. FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: Op. cit. p. 550.

do seu poder (soberano, Deus, *experts* e outros); de outro, no sentido dos valores e das avaliações por ele adotados como fundamento de sua decisão (sabedoria, espírito ético, bem comum, interesse nacional e outros).¹⁸⁸

E deixando claro o quanto são díspares os modelos de processo, reverbera:

Por outro lado, o modelo cognitivo de processo penal [...], confere um fundamento e uma justificação específica à legitimidade do Poder Judiciário e à validade de seus provimentos: que não residem nem no valor político do órgão julgante nem no valor intrínseco de justiça de suas decisões, mas sim na verdade, inevitavelmente aproximada ou relativa, dos conhecimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a base dos próprios provimentos.¹⁸⁹

Chegada a hora de focar o princípio acusatório, Ferrajoli aponta-o como uma das principais pilstras do sistema garantista, que não é exatamente uma proposta sua. Em verdade, o sistema de garantias está posto. Lamentavelmente não observado.

A partir de um corte epistemológico no princípio acusatório, ressalta por fundamental o papel desempenhado pelo juiz na relação processual, a fim de que, desde então, já se identifique claramente o modelo de processo que se tem, se inquisitivo ou acusatório.

Sabidamente, o processo penal de modelo inquisitivo funda-se em que a um único órgão são atribuídas as funções de acusar, defender e julgar, o que faz com que a gestão da prova fique a cargo daquele que julga, a investigação secreta e escrita, sendo o acusado mero objeto de investigação.¹⁹⁰

D'outro lado, o processo penal de modelo acusatório alicerça-se exatamente na separação das funções de acusar, defender e julgar. Desta forma, vez que o princípio acusatório pressupõe um processo penal entre partes, o acusado então figura como sujeito de direito, e essa sua posição na relação processual,

¹⁸⁸ La conseguenza di queste diverse tecniche processuali è che nel processo di tipo decisionistico il principio di legittimazione è costituito immediatamente da giudizi di *valore*. In un duplice senso: da un lato nel senso del valore o dell'attendibilità dell'organo giudicante e perciò della fonte di legittimazione politica del suo potere (sovrano, Dio, popolo, sapienti o simili); dall'altro nel senso dei valori e delle valutazioni da lui adottati a fondamento della sua decisione (saggezza, eticità, bene comune, interesse nazionale e simili). FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: Op. cit. p. 550-551.

¹⁸⁹ Tradução livre de: Viceversa il modello cognitivo del processo penale [...], conferisce un fondamento e una giustificazione specifica alla legittimità del potere giudiziario e alla validità dei suoi provvedimenti: che non reside né nel valore politico dell'organo giudicante né nell'intrinseco valore di giustizia delle sue decisioni, bensì nella verità, inevitabilmente approssimativa o relativa, delle conoscenze che esso è idôneo ad acquisire e che concretamente assume a base dei propri provvedimenti. FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: Op. cit. p. 551.

¹⁹⁰ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**: fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. P. 41-42.

garantindo-se-lhe, por conseguinte, as mesmas condições frente à acusação, justificando o que hodiernamente é denominado paridade de armas.

Nesse sistema, separadas as funções de acusar e defender, à acusação, portanto, caberá o encargo de provar o que sustenta, albergando-se a defesa no princípio da não culpabilidade.

A respeito, afirma Ferrajoli:

Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do *ônus acusatório da prova* expresso pelo nosso axioma *A9 nulla accusatio sine probatione*. Por outro lado, a rígida separação dos papéis entre os atores do processo, [...] forma a primeira característica do sistema acusatório, impede que tal ônus possa ser assumido por sujeitos que não da acusação: não pelo imputado, a quem compete o contraposto direito de contestação, e de modo algum pelo juiz, que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsificações exibidas.¹⁹¹

E, por último, versando sobre o princípio do contraditório, também chamado de princípio de defesa, Ferrajoli encerra os axiomas pertinentes às garantias processuais penais.

Esse princípio, conhecido ainda como princípio da falseabilidade, emerge do processo penal de modelo acusatório, consistindo em se garantir oportunidade para repelir o *quantum* alegado pela acusação, possibilitando que se possa espancar eventual acusação fundada apenas em bases valorativas.

Em relação a esse princípio, no entanto, forçoso reconhecer que a paridade de armas exige se conceda tratamento igualitário entre o órgão de acusação e a defesa do acusado.

Nessa perspectiva, assenta Ferrajoli:

O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o *direito de defesa*, expresso aqui como o axioma *A10 nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia [...] como principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A *defesa*, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente

¹⁹¹ Tradução livre de: Essendo l'innocenza assistita dal postulato della sua presunzione fino a prova contraria, è questa prova contraria che deve essere fornita da chi la nega elevando l'accusa. Di qui il corollario dell'*one accusatorio dela prova* espresso dal nostro assioma *A9 nulla accusatio sine probatione*. D'altra parte, la rigida separazione dei ruoli tra gli attori del processo, [...] forma il primo connotato del sistema accusatorio, impedisce che tale onere possa essere assolto da soggetti diversi dall'accusa: non dall'imputato, cui compete l'opposto diritto dela smentita, ma neppure dal giudice, che há invece la funzione di giudicare liberamente dell'attendibilità delle verificazione e delle falsificazione esibite. FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: p. 626-627.

precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.¹⁹²

¹⁹² Tradução livre de: L'onere della prova a carico dell'accusa comporta logicamente, in capo all'imputato, il diritto della difesa, espresso qui con l'assioma A10 *nulla probatio sien defensione*. Quest'ultima garanzia [...] come la principale condizione epistemologica della prova: la falsificabilità dell'ipotesi accusatoria sperimentata dal potere di confutarla della controparte interessata, sicchè nessuna prova è attendibile senza che siano attivate infruttuosamente tutte le possibili smentite e controprove. La difesa, che tendenzialmente non ha spazio nel processo inquisitorio, forma dunque il più importante strumento di sollecitazione e di controllo del método di prova accusatorio, consistente precisamente nel contraddittorio tra ipotesi d'accusa e ipotesi di difesa e tra le relative prove e controprove. FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: Op. cit. p. 629.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a abordagem do tema a que nos propomos, verificamos que um sistema processual penal pode ser conceituado como um conjunto de normas elaboradas com observância a determinados princípios informadores de um estado, a fim de dar efetividade legal ao direito penal material. Desta forma, em se tratando de estado constitucional democrático, o respectivo sistema processual penal estará informado por garantias decorrentes do regime de liberdade, salvaguardados, portanto, os direitos fundamentais da pessoa humana e, em consequências os direitos individuais.

Da pesquisa resulta que a finalidade precípua do processo penal, efetivamente, não é a descoberta da verdade, posição que, inclusive, é defendida pelo professor Luigi Ferrajoli. Constatamos que, assentados os sistemas de processo penal, ao longo da história um ou outro é aplicado numa mesma sociedade de acordo com o momento político vivido pelo pertinente grupo social, podendo-se afirmar que a distinção existente entre os diversos sistemas de processo penal não reside apenas na separação das funções de acusar, defender e julgar. Esse elemento, embora seja caracterizador do modelo de processo penal acusatório, não é único, e nem mesmo o mais importante, posto como, de acordo com o que foi analisado, hodiernamente, inexistente um sistema de processo penal que possa ser adjetivado de puro; outros sistemas de processo penal (inquisitorial e misto) existem nos quais também se reconhece ao acusado algumas garantias.

Dentre os sistemas de processo penal hoje existentes, nenhum pode mais ser adjetivado de puro, pois entre eles ocorreu uma espécie de simbiose, de forma que todos guardam entre si elementos caracterizadores dos outros. O que caracterizará um sistema de processo penal como acusatório ou inquisitorial será a maior ou menor possibilidade de o julgador fazer provas de ofício, sendo certo que, quanto maior a possibilidade de o magistrado fazer deflagrar, *ex officio*, evento probatório, maior o grau de seu comprometimento para com a acusação e, por conseguinte, parcial será o magistrado. No processo penal de natureza acusatória, tratando-se, *ipso facto*, de um processo de partes, resta vedado ao julgador a produção probatória, cabendo esta, portanto, à acusação¹⁹³.

¹⁹³ Excepcionalmente à defesa, quando se tratar de causas justificadoras.

Sem embargo da resistência de alguns, é fato já reconhecido por nossos tribunais que o sistema de processo penal vigente no Brasil é o do modelo acusatório, razão pela qual não se pode admitir que o julgador delibere *sponte propria* pela produção de provas, o que haveria de desnaturar o sistema de processo penal estabelecido pelo vigente ordenamento constitucional.

Todavia, a produção de provas está umbilicalmente ligada ao convencimento que se pretende plantar no âmago do julgador, e, exatamente por isso, não se confunde com a possibilidade de que o próprio julgador possa tomar providências visando esclarecer o que já está nos autos, porque trazido por quem tinha o ônus de trazer, porém nada autoriza o julgador vencer a inércia e ir à cata de provas.

Assim, em sendo o caso de a prova já está nos autos, porque, repita-se, trazida por quem tinha ônus de trazê-la, caso o julgador não a esteja compreendendo, aí sim, pode e deve proceder a diligências esclarecedoras, como bem pode ocorrer, v.g., com um laudo pericial que, por razões diversas, ao juiz não seja inteligível, hipótese que estaria ele autorizado a convocar o perito para prestar-lhe os esclarecimentos necessários.

Já não convence o argumento de que a possibilidade de o julgador *ex officio* possa deliberar pela produção de provas assenta-se na busca pela denominada verdade material, pois esta não passa de mito, com base no qual se cometeu incontáveis barbáries, e que, infelizmente, ainda tem fundamentado atrocidades várias. Trata-se de um ledó engano que somente tem servido para legitimar abusos de autoridades públicas absolutamente descompromissadas com o regime democrático e, por conseguinte, com o sistema de garantias adotados pela vigente Constituição da República, relutando em admitir que o modelo de processo penal estabelecido pela ordem constitucional é outro, diverso daquele que se praticava quando da promulgação do Código de Processo Penal em 1941 em que se tinha um estado policalesco.

A verdade material que fundamenta a pretensão de o julgador determinar eventos probatórios, em realidade, é uma verdade inatingível, pois a compreensão ou o conceito do que seja verdade tem natureza metafísica, de sorte mesmo a encontrar-se com a fé. Destarte, embora se possa dizer que verdadeiro é aquilo que é evidente, também pode-se dizer que verdadeiro é aquilo que convence. Ora, o fato de alguém não está convencido da existência de um determinado evento, da forma

como essa ocorrência resta apresentada, não significa dizer não ser verdade que o evento tenha ocorrido.

No processo penal, para o convencimento do juiz sobre a existência, ou não, de um determinado fato o relevante há de ser a percepção de cada uma das pessoas envolvidas no processo, inclusive a do próprio julgador, isto porque, quando de uma determinada ocorrência, em razão do subjetivismo ínsito ao ser humano, o evento há de ser percebido e assimilado de forma individualizada. Assim, nem todos terão percebido a mesma coisa, da mesma forma e na mesma dimensão. Daí dizer-se que, se a respeito de um determinado evento a verdade é uma só, essa verdade a todos escapou.

D'outra banda, o ativismo judicial não consiste na possibilidade de o juiz agir fora da lei, por qualquer que seja o motivo. O que num Estado Democrático de Direito, é impensável. Muito menos adentrando à seara dos dois outros poderes. Ativismo judicial nada tem a ver com arbitrariedade. Ativismo judicial não é isto. Mas se traduz por uma circunstância decorrente do sistema constitucional adotado, não sendo exercício deliberado de vontade política.

Enfim, em havendo o Brasil, com a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, adotado o sistema de processo penal acusatório, conforme tudo que se expôs, incabível é que o julgador tome a iniciativa para a produção de provas, o que nesse modelo é próprio da acusação. Resta os operadores admitirem.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. coord. e ver. Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **Processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Processo penal internacional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal**: estudo comparado. 1. ed. 2 t. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2013.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza** (no processo penal). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Campus, 2008. t. 1.

BARROS, Antonio Marco de. **A busca da verdade no processo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Versão linguagem de hoje. São Paulo: Paulinas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

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

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. e SALDANHA, Nelson (Coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. v. 1.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.) **O novo processo penal à luz da Constituição** (análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal). 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 8. ed. Milano: Giuffrè. 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1. ed. (ano 1974), reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. v. 1.

FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 10. ed. Roma: Laterza, 2011.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**: fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GOLDSCHMIDT, James Paul. **Princípios gerais do processo penal**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

JUNOY, Joan Picó i. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

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

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Tradução de J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927.

MELENDI, Santiago Sentis. **La prueba.** Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América, 1978.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal.** 4. ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito.** Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 49-50.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. **Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal.** São Paulo: IBCCRIM, 2006.

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

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SABATOVSKI, Emilio e FONTOURA, Iara P. (org) **Novo Código de Processo Penal.** Projeto de Lei aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Curitiba: Juruá: 2010.

SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli.** Curitiba: Juruá, 2013.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** Trad. Alexandre Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

TÔRRES, Ana Maria Campos. **A busca e apreensão e o devido processo legal.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. **Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.