

**UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES
PÓS-GRADUAÇÃO “LATO SENSU”
AVM FACULDADE INTEGRADA**

**GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL FRENTE AO
SISTEMA ACUSATÓRIO**

Por: Mônica da Silva Azevedo

**Orientador
Prof. Francis Rajzman**

Rio de Janeiro , Agosto, 2012

**UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES
PÓS-GRADUAÇÃO “LATO SENSU”
AVM FACULDADE INTEGRADA**

**GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL FRENTE AO
SISTEMA ACUSATÓRIO**

Apresentação de monografia à AVM Faculdade Integrada como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Penal e Processo Penal.

Por: Mônica da Silva Azevedo

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela permissão de cumprir mais uma etapa em minha vida. À minha família em especial minha mãe e ao meu pai por me mostrarem, com todo amor e carinho a importância de estudar. Ao meu namorado Gustavo por sempre acreditar que posso mais.

RESUMO

O presente trabalho parte da evolução histórica dos sistemas processuais penais e aborda a opção constitucional pelo sistema acusatório frente ao Código de Processo Penal de 1941. Demonstra-se, também, que a verdade real teve origem durante o período inquisitório e legitimava discursos autoritários garantindo que uma sociedade oprimida e desvalorizada aceitasse os mandamentos estatais. Nessa esteira, questionamos a possibilidade de o juiz, no processo penal, assumir postura ativa no que tange à busca de provas, em virtude da tão citada verdade real. Abordamos, também, os reflexos de tal postura, assinalando que todo o ordenamento jurídico deve estar em conformidade com a Constituição da República, porque em um Estado Democrático de Direito, a Constituição deve nortear a atividade dos personagens jurídicos, principalmente o juiz, posto que, havendo imparcialidade, adequado procedimento na colheita de provas, respeito aos direitos e garantias individuais, o conteúdo de sua sentença será legítimo.

Palavras- chaves

Direito; processo penal; prova; verdade; sistema acusatório

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	ANÁLISE HISTÓRICA DO PROCESSO PENAL E DE SEUS SISTEMAS	7
2.1	SISTEMAS PROCESSUAIS DOS POVOS SEM ESCRITA; EGÍPCIOS; GRECOS; ROMANOS E GERMÂNICOS	8
2.2	O SISTEMA INQUISITORIO	13
2.3	O COMMON LAW	16
2.4	O SISTEMA ACUSATÓRIO	17
3	A OPÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SISTEMA ACUSATÓRIO	21
3.1	BREVE ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	28
3.1.1	IMPARCIALIDADE DO JULGADOR	28
3.1.2	DEVIDO PROCESSO LEGAL; CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	30
3.1.3	PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	33
3.1.4	IN BUDIO PRO REO	34
3.1.5	INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS	35
4	A PROVA E O MITO DA VERDADE REAL	35
5	GESTÃO DA PROVA E O PAPEL DO JUIZ	45
5.1	O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL	47
5.2	SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA	49
5.2.1	SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO	50
5.2.2	SISTEMA DA PROVA LEGAL	50
5.2.3	SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL	51
5.3	A POSTURA ATIVA DO JUIZ NA BUSCA DE PROVAS	53
5.4	O ATUAL CÓDIGO PENAL E A NECSSIDADE DE ELABORAR UM NOVO CÓDIGO	61
6	CONCLUSÃO	68
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69

1 INTRODUÇÃO

Até o final do século XVIII e início do século XIX a sociedade foi o reflexo de ideologias e pensamentos equivocados que culminaram com a opressão de boa parte da sociedade, principalmente dos setores menos favorecidos e discriminados. Os direitos e garantias individuais foram reduzidos em decorrência da sede estatal de tirania e poder legitimado, em parte, pela busca da verdade real.

Em uma análise á luz da opção Constitucional pelo sistema acusatório, o presente trabalho busca desconstruir a noção de verdade real, demonstrando que a concessão de poderes instrutórios ao juiz deve ser restrita, de forma a atender os princípios constitucionais, porque o Estado Democrático de Direito tutela, acima de tudo, o indivíduo.

A importância do estudo funda-se na desmistificação da noção de verdade como objetivo primordial do Processo Penal, posto que, acima de tudo, destina-se á proteção do indivíduo e, portanto, da sociedade. A prova é a matéria prima do processo e nesse ínterim, é fundamental que o juiz assuma papel protagonista na produção de provas.

Assim, o presente estudo foi desenvolvido em seis capítulos, sendo o primeiro, a introdução.

O segundo aborda a evolução histórica dos sistemas processuais penais, demonstrando a importância da opção por um ou outro sistema na instrução probatória.

O terceiro destina-se à análise da opção Constitucional pelo sistema acusatório, destacando princípios pertinentes à matéria.

O quarto trata da prova e da busca pela verdade real.

O quinto trata da gestão da prova como instrumento hábil a formar o convencimento do juiz, ressaltando a necessidade de elaborar um novo código.

Por fim o sexto conclui-se o presente estudo.

2 ANÁLISE HISTÓRICA DO PROCESSO PENAL E DE SEUS SISTEMAS

É dever do Estado garantir a manutenção da paz pública, restabelecendo-a em caso de sua quebra. Essa resposta traduz-se, no *jus puniendi estatal*, aplicando àquele que cometeu um crime, a resposta penal correspondente, subsumindo o fato à norma, restabelecendo a ordem.

O fato punível é um fenômeno que se liga a idéia de repressão individual, física, organizada pelo Estado e juridicamente limitada. É uma privação, uma limitação à liberdade individual que determinado agente pode sofrer em razão da prática de um fato previsto em lei.

Não mais se admite a imposição de sanção penal em desacordo com os marcos processuais claramente definidos pela Constituição- *nulla poena sine judicio*.

Tal mandamento deve ser analisado sob uma perspectiva ética, visando assegurar condições inerentes à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido a persecução penal é atividade estatal vinculada e limitada pelo respeito às garantias fundamentais. Os direitos e garantias individuais tutelados por nossa Constituição representam um instrumento do indivíduo contra o arbítrio estatal, garantido que somente haverá punição, após um processo jurídico assegurador dos direitos e garantias individuais do suposto autor do crime, equilibrando o direito de punir estatal com o *ius libertatis* do réu.

O resultado final do processo será decorrente de exame lógico daquilo que foi apresentado, caso contrário, temos um verdadeiro direito processual penal do inimigo.

A presente pesquisa tem como núcleo a gestão da prova frente ao sistema acusatório, sendo imperiosa a análise histórica dos sistemas processuais penais.

Importante mencionar que um sistema deve ser avaliado de forma uma. Nas palavras de PRADO:

um sistema não é um conjunto solto e desarticulado de normas e instituições, o que foi ressaltado, mais sim uma realidade medida exatamente em virtude da coerência interna destas mesmas normas e instituições-acrescentaria princípios-, muito embora, hoje se sabe sem a pretensão de absoluta harmonia e completude, o que explica eventuais antinomias e lacunas. (2001, p.68)

Após essa breve exposição, passa-se à análise da evolução histórica do processo penal e de seus sistemas.

2.1 SISTEMAS PROCESSUAIS DOS POVOS SEM ESCRITA; EGÍPCIOS; GREGOS; ROMANOS E GERMÂNICOS

Desde os primórdios das civilizações o direito está relacionado à vida em sociedade, regulando o trabalho, as relações sociais, econômicas, políticas e educacionais, com o objetivo de reduzir conflitos e pacificar a sociedade. Também tem função limitativa do poder estatal.

A história da humanidade representa uma luta pela libertação dos preconceitos e pela capacitação do indivíduo, objetivando o controle de seu comportamento de forma garantista.

Remontam os historiadores que no passado, o direito relacionava-se ao sagrado e os julgamentos baseavam-se, principalmente, no sobrenatural e nas impressões pessoais. Os primeiros grupos humanos relacionavam direito e moral, regras decorrentes de hábitos, crenças e magias. Nessa época não se distinguia direito civil do criminal.

De forma geral, se a infração não causasse dano irreparável, tratando-se de alguém pertencente à mesma tribo ou clã, bastava restabelecer o *status quo ante*. Contudo se a infração pudesse afetar a paz do grupo, paz essa considerada divina, nesse caso, não bastava restituir o estado anterior, deveria haver alguma punição. De modo diverso operavam os casos em que a infração era praticada por alguém de outro clã, pois considerava-se violência contra a própria tribo.

A organização social aperfeiçoou a resolução dos conflitos, implementando o direito penal, necessário para a manutenção da sociedade, que passou a exigir a positivação do direito em virtude das diversidades e da multiplicidade de funções sociais, abrangendo inúmeras relações, regulando a maior parte delas.

O direito positivo se consolidou em virtude da autonomia da pessoa humana e conseqüentemente da responsabilidade que ela desfruta, suprimindo parte de sua liberdade em favor do grupo todo.

Daí se extrai o papel da democracia, que integra a vontade de todos os cidadãos.

O Egito foi uma das primeiras sociedades organizadas na Antiguidade. Contava com um Tribunal Supremo, encarregado do julgamento dos crimes mais graves, sendo que nas províncias, o responsável pelo julgamento dos crimes mais leves era um juiz. Havia na espécie de absolutismo sacerdotal, com decisão secreta e em regra, irrecorrível porque os povos antigos acreditavam que se determinada pessoa fosse inocente, a divindade iria impedir a sua condenação, pois os Deuses não permitiriam que um inocente fosse condenado.

Ressalva-se que os hebreus aceitavam o recurso como um direito sagrado.

Ainda em relação aos hebreus, entendiam que uma testemunha jamais seria suficiente para condenar alguém. Necessariamente haveria duas ou três, e em caso de condenação, o julgamento repetir-se-ia no dia seguinte, após reflexão por parte dos julgadores, impedindo-se que aquele que votou pela absolvição, modificasse o seu voto.

Na Grécia Antiga, em Atenas, havia quatro jurisdições criminais: a Assembleia do Povo, o Areópago, os Efetas e os Heliastas. O Tribunal dos Heliastas era formado por cidadãos do povo que proferiam decisões sobre diversos assuntos. Os Efetas julgavam os homicídios involuntários ou não

premeditados, enquanto que os crimes sancionados com pena de morte, os homicídios premeditados e os incêndios, cabiam ao Areópago.

A origem do sistema acusatório remota ao direito grego, no qual se assegurava a participação popular nos delitos considerados graves, e ação privada, para os demais delitos, conforme nos ensina MAIER *apud* PRADO "... o prestígio do modelo ateniense de persecução penal derivou exatamente do sistema de acusação popular, em relação aos crimes públicos, faculdade deferida a qualquer cidadão, de um modo geral, pela Assembléia do Povo, para, em nome próprio, sustentar a acusação" (2001, p. 87)

O acusado se autodefendia ou, em certos casos, poderia encarregar alguém de sua defesa. Eram apresentadas as provas e alegações, sendo fundamental para nosso estudo mencionar que o tribunal não pesquisava elementos para a formação de sua convicção. Ao final, após os debates entre acusador e réu, ditava-se a sentença, ao povo. Se por um lado admitia-se que o acusado permanecesse solto durante o julgamento, por outro se permitia a tortura e os juízos de Deus na realização da prova.

Por sua vez, o direito romano foi marcado pela presença de duas formas de processo penal, a *cognitio* e a *accusatio*.

A *cognitio*, mais antigo dos sistemas procedimentais penais conhecidos, baseava-se na *inquisitio*. Tratava-se de procedimento de natureza pública que era realizadas pelos magistrados (representantes do rei), com amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação. Foi marcado pela escassez de garantias, atendendo a interesses privados e não à sociedade. Era, portanto, insuficiente.

A outro giro, surgiu a *accusatio* ou *judicium publicum* ou *quaestio*, voltada aos delitos de ordem pública. Era uma prerrogativa concedida a qualquer cidadão de acusar perante o povo, determinada pessoa. A separação entre as atividades de acusar e julgar

proporcionava tratamento isonômico entre acusação e defesa. Um cidadão do povo era o acusador, enquanto que o julgamento da causa cabia a outro.

Na *accusatio* o juiz se mantinha afastado da iniciativa e gestão da prova; as funções de acusar e julgar eram carregadas a pessoas distintas; a acusação era feita por escrito, indicando as provas que pretendia utilizar; não se admitia a denuncia anônima, inclusive a denúncia caluniosa era punida; havia investigação anterior; não era possível o julgamento de réu ausente; respeitava-se o contraditório e a ampla defesa; o procedimento era oral e os julgamentos públicos, sendo que os debates fundamentavam as decisões. Note-se que os magistrados votavam sem deliberar.

TUCCI *apud* PRADO (2001) demonstra que o direito penal romano tornou-se de tal forma consistente, sendo possível destacar um conjunto de normas processuais e procedimentais.

Contudo, o sistema não era mais suficiente para atender às exigências de repressão decorrentes do deslocamento do eixo de poder para o imperador, principalmente porque muitos acusadores acabavam-se de desentendendo, fazendo acusações falsas, incitando a vingança, deixando desamparados os fracos ou mesmo assegurando a impunidade ao não acusar, mesmo diante de um delito grave.

A doutrina romana se desenvolveu mais na área do direito privado, evoluindo timidamente na área penal porque os doutrinadores da época entendiam que a grande intervenção do Estado no direito penal acabava por limitar a sua produção doutrinária.

Insatisfeitos com o procedimento da *accusatio*, os juízes invadiram a atribuição dos acusadores privados, modificando essencialmente o sistema, originando um procedimento extraordinário (*extra ordinem*) que admitia, inclusive, a tortura, caminhando para o que culminou na reunião em um mesmo órgão das funções de acusar e julgar, com finalidade única de se descobrir a verdade. O processo que antes era público e oral cede espaço a processos restritos.

O Direito Processual Germânico da Antiguidade tinha como característica preponderante o respeito aos costumes. O entendimento privado predominava na solução dos conflitos, mas também era possível recorrer aos

Conselhos (*placita*), assembleias populares destacadas por alguns doutrinadores como o nascedouro do verdadeiro sistema acusatório.

A parte iniciava a persecução se não houvesse composição sobre indenização, e ainda, por reclamação do ofendido ou de sua família ao Tribunal. Havia publicidade,

oralidade e contraditório nas sessões, que eram presididas por um juiz, diretor dos debates, responsável por propor uma sentença. Oferecia a proposta sem, contudo, decidir efetivamente.

Os povos germânicos influenciaram parte do continente europeu, antes dominado por Roma, chegando a Portugal e Espanha. O modelo romano-germânico preservou a idéia da busca da verdade material. É acusatório segundo PRADO (2001) porque as funções de acusar e julgar estão dissociadas, mas do ponto de vista de prova, admitia certo aspecto inquisitorial.

A introdução de funcionários da confiança do rei para propor sentenças, inclusive, em determinados casos, assumindo a persecução oficial, acabou solidificando o poder do monarca.

Na Idade Média, os feudos eram comandados autoritariamente, o que reduziu a influência do aparato judicial germânico, crescendo, em contrapartida, a influência eclesiástica.

Analisando os meios de prova na Idade Média, PACELLI relembra que:

Ao longo de toda a sua historia, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias juízos de Deus (ou Deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada provocação física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade dos meios de prova, (2001, p.341)

O crime interessava à Igreja, que assumiu papel protagonista na investigação das infrações, a fim de penitenciar os descumpridores dos mandamentos, sob o pretexto de salvar as suas almas, o que culminou com a implantação do procedimento inquisitório, por Inocêncio III em 1215, no IV Concílio de Latrão.

2.2 O SISTEMA INQUISITORIO

Nessa esteira, durante os séculos XIII e XIV tem início o predomínio do modelo inquisitorial, que se tornou soberano na Europa, somente decaindo no século XIX.

NUCCI classifica o sistema inquisitório da seguinte forma:

É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditórios e a defesa é meramente decorativa.(2010, p.116; 117)

Pode-se afirmar que nessa época o modelo romano *extra ordinem* foi difundido, consagrando o modelo inquisitorial de base cristã, tendente a se impor a todos os povos.

No período inquisitorial, apesar de todas as questões relacionadas ao tema e que serão brevemente expostas no presente trabalho, desenvolveu-se a racionalidade, buscando a redução dos privilégios que oprimiram e marcaram os povos sujeitos ao senhor, no período feudal.

A possibilidade de denúncia anônima originar processo de ofício concedeu ainda mais poder à Igreja que inicialmente era incumbida de julgar os seus, mas que pela sede de poder e supostamente de salvação, acabou por atrair uma gama de infrações, realizando diversos julgamentos escritos e secretos.

O processo penal era influenciado pela busca da verdade real na construção histórica dos fatos, concedendo ao juiz ampla liberdade em sua decisão. Além de julgador, o Estado também era responsável pela acusação e defesa, e uma mesma pessoa desempenhava as funções.

Nesse sentido, a busca desmentida pela verdade real afastou o contraditório e a publicidade do processo, confiando ao juiz poderes ilimitados na instrução, frente a um bem maior: a verdade.

O indivíduo passa a ser objeto de investigação, fonte direta da verdade dos fatos e sobre o qual recaia todo o poder estatal.

A imparcialidade do julgador era totalmente comprometida. No anseio de ver condenado àquele que acreditava ser, o processo se transformava em um palco de horrores e julgamentos desprovidos de respeito ao ser humano. Não havia meio de defesa, principalmente porque o juiz ao acusar, já estava convencido da existência de culpa, emitia ele a sua convicção, comprometendo a análise de outras provas.

Analisando o assunto PRADO afirma que:

A doutrina refere como características do Sistema Inquisitório a concentração das três funções do processo penal – de acusar, defender e julgar – em um só sujeito, o que conduz, nas palavras de Alcalá-Zamora e Levene, a um processo unilateral de um juiz com atividade multiforme... procedimento extremamente secreto e destituído de contraditório, quase sempre marcado pela prisão provisória e disparidade de poderes entre juiz-acusador e

acusado; forma escrita e exclusão de juízes populares, historicamente preocupado com o descobrimento da verdade real, via de regra a partir da confissão do imputado, muito embora tenha havido imensa liberdade

ao juiz pesquisar e introduzir outros meios de prova.
(2001, p.105; 106)

Geralmente o sistema inquisitório é relacionado aos tribunais eclesiásticos, instaurados para punir àqueles que cometessem crimes contra a fé católica. A confusão se instaura porque o tribunal religioso denominado Santo Ofício foi o mais cruel e violento do período, sendo abolido somente em 1834. Teve origem na Espanha no século XVIII e difundiu-se pela América Espanhola, com finalidade de punir tudo o que fosse contrário à Igreja Católica.

Marcado essencialmente pelas atrocidades cometidas no período, a influência eclesiástica restaurava a associação entre crime e pecado.

Em um primeiro momento, recrutavam-se fieis e, posteriormente, foram criadas as comissões mistas, com missão de fiscalizar e punir os transgressores. O cerne da inquisição estava na heresia porque atacava o próprio sistema de base cristã, devendo ser combatida a qualquer custo, porque diante dela, não haveria salvação.

O herege, aquele que não cumpria o dogma, era torturado e tratado com crueldade. Seu sofrimento, para a Igreja, era uma forma de transpor o mal pela virtude, pois seria banido do caminho para a paz espiritual e para a eternidade. O princípio *ne procedat iudex ex officio* foi abandonado e o herege era processado de ofício, garantindo-se que onde estivesse o pecador, lá seria encontrado e punido. Era preso durante o processo e torturado. Bastava que uma única testemunha o apontasse como descumpridor dos preceitos católicos. A tortura significava a disposição do corpo do herege pelo Estado-Igreja e, se ele confessasse, seria inútil a presença de um advogado, porque estava automaticamente condenado.

A divisão do processo inquisitório se dava da seguinte forma: a inquisição geral e inquisição especial. A primeira fase se encarregava da comprovação de auditoria e materialidade, enquanto que a segunda fase era responsável pelo processamento, condenação e castigo. Considerava-se direito do herege que somente lhe praticassem um tipo de tortura por dia e, se em 15 dias não confessasse, poderia ser liberado. É de se mencionar que o

“bom” inquisidor, não deixava a inocência, mas sim que não conseguiu obter provas aptas à condenação, deixando o acusado à mercê do novo julgamento. Evidente que praticamente ninguém era liberado, porque ou confessava ou acabava por falecer face a violência física e psicológica praticada. Inclusive chegava-se ao absurdo de a pena ser cumprida ser mais leve do que a tortura sofrida.

Na imensa maioria, o réu permanecia preso durante todo o processo, aguardando que se conseguissem prova de sua culpa. Essa prática aviltante tornou-se corriqueira e o Estado transformou-se em tirano em detrimento dos direitos e garantias individuais, que foram reduzidas e até mesmo totalmente eliminadas, inculcando o temor na população. A sentença não transitava em julgado, possibilitando que, mesmo aquele que foi absolvido, permanecesse na mira estatal *ad eternum*.

2.3 O COMMON LAW

Em 1066 o Rei Eduardo na Inglaterra morreu sem deixar descendentes, gerando uma crise sucessória que culminou com a vitória do Duque da Normandia, futuro Guilherme I da Inglaterra.

Após a conquista normanda, expandiu-se na Inglaterra e nos Estados colonizados por ingleses o sistema jurídico do Common Law.

Os costumes tornaram-se a mais importante fonte de direito, dividindo-se em costumes locais anglo-saxônicos. Costumes das novas cidades e costumes dos mercadores, a *lex mercatória*.

Os reis da Inglaterra conseguiram impor a sua autoridade sobre os territórios, desenvolvendo a sua própria jurisdição. Em contrapartida, os senhores locais foram perdendo as suas atribuições ao longo do século XII e XIII, conferindo unidade ao dito sistema, afastando-o do modelo romano-canônico em vigor no restante da Europa.

Em contrapartida o common law ganha força. A acusação passou a ser confiada a qualquer habitante do reino, porque qualquer infração atinge o rei. A

ação é popular e há imparcialidade e equidistância do júri, motivo pelo qual conservou um sistema tipicamente acusatório.

Os juízes utilizavam um sistema de precedentes cases, mas no século XV, os cases não eram mais suficientes e surgiram as jurisdições de equidade *equity*, que desprezavam o common Law e aplicavam um direito escrito.

O juiz inglês e americano possui postura passiva no que diz respeito à gestão da prova, isso se deve pelo common law. O magistrado dirige o processo como um mediador, inclusive estimulando a solução pacífica de conflitos. Se a conciliação não for possível um corpo de jurados julga o processo, que se desenvolve oralmente, através do *cross examination*, exame cruzado da prova, ou seja, debates. O jurado, nesse sistema, é receptor das informações transmitidas durante os debates.

É característica do processo americano a natureza dispositiva do processo, o que denota certo caráter privatístico, pois o Ministério Público americano utiliza-se da conveniência e da oportunidade ao exercer o direito de ação, limitar a acusação ou até mesmo ao definir a pena a ser aplicada ao réu. Ao juiz, restará homologar os acordos, reconhecendo a *guilt pleas*, a culpa. Em âmbito federal, os membros do Ministério Público são nomeados pelo Presidente da República e em âmbito estadual, em sua maioria, são eleitos, o que lhes confere legitimidade para dispor do processo, decorrente de sua investidura popular. Fica a ressalva que o papel do juiz no modelo romano-germânico é diametralmente oposto.

2.4 O SISTEMA ACUSATÓRIO

Contemporaneamente, considera-se o direito como um conjunto oponível, de acordo com o espírito democrático e com a estreita relação entre legalidade e liberdade, inspiração iluminista, considerando o período moderno de administração da justiça.

O constitucionalismo moderno tem origem nas revoluções americana e francesa do século XVIII (1776 e 1789), incorporando que há necessidade de positivação dos interesses indisponíveis para que o ser humano tenha uma

vida digna. A revolução francesa tem estreita relação no que diz respeito à desvinculação entre Estado e Igreja, bem como no tocante à separação de poderes, com as ideias de Beccaria; Thomasio; Voltaire; Bentham; Pufendorf e Wolf e Rousseau.

Em meados do século XIX, o critério da livre convicção do juiz foi questionado em virtude da insatisfação da sociedade frente aos abusos cometidos durante o período inquisitivo, restando desacreditado. O movimento de mudança alcançou a consciência pública, que passou a reivindicar um novo modelo, e a partir da introdução de novos ideais, difundiu-se um novo modelo acusatório que teve origem na Europa, chegando à América Latina, inclusive no Brasil.

Consolidou-se o Estado Liberal na Europa e desenvolveram-se práticas visando a eficiência da coerção em caso de descumprimento do direito penal positivado.

É o que nos ensina PRADO:

É possível enxergar na transformação produzida na origem do constitucionalismo uma mudança do paradigma jurídico-político, que passará, na via da racionalidade, do humanismo e das projeções inerentes ao prestígio assumido pelas liberdades públicas, a constituir o designado paradigma da modernidade... o novo paradigma substitui o anterior porque este estava em crise, sendo de supor, para alguns, que a eventual crise do próprio paradigma da modernidade conduza à sua superação por outro modelo, que se convencionou chamar de paradigma da pós-modernidade. (2001, p.13)

Esse novo sistema originado na França chamado de misto ou acusatório formal, dividia-se em duas fases: a primeira, denominada instrução, era secreta, responsável pela coleta de informações acerca da infração penal e

seus respectivos autores. Já a segunda, ação penal, era procedimento realizado perante o júri, inclusive com debates.

Diferenciando o sistema acusatório do misto, NUCCI também nos ensina:

Sistema acusatório

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

Sistema misto

Surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem presentes a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção dos juízes populares e a livre apreciação das provas. (2010, p. 116 e 117)

A verdadeira natureza acusatória não demanda apenas a existência de uma acusação, mas que essa acusação seja uma alternativa de solução do

conflito de interesses penais oposta ao direito de defesa, pendente, contudo, da imparcialidade do juiz.

Segundo RANGEL (2010) o processo penal é diametralmente oposto ao inquisitório, mas essa característica, por si só, não afasta a inquisitorialidade.

Sustenta PRADO que:

Por sistema acusatório compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório... nem sempre foi, ou ainda é, predominantemente oral e público o processo acusatório, nem, necessariamente só será acusatório pelo fato do próprio povo, ou segmentos numericamente significativos dele, julgar. Até mesmo o dever de fundamentar a decisão não reduz ou amplia a acusatorialidade da base processual, como provam o júri e o juiz ou colegiado profissional, como, por sua vez, não acontece tal redução ou dilatação à vista da possibilidade de o acusado responder preso ao processo. (2010, p.125 e 126)

Pode-se dizer que o sistema acusatório veio equilibrar a balança que pendia para apenas um lado. Reduziu-se os poderes conferidos a magistrados durante a instrução probatória e concedeu-se direitos aos acusados, propiciando a sua defesa e a possibilidade de produzir de sua inocência.

O contraditório e o confronto dialético nortearam a chamada prova racional, um importante passo para a humanidade. O juiz continua decidindo livremente, mas sua decisão somente terá legitimidade, se for motivada. O Estado Democrático de Direito é um Estado que tutela o indivíduo, incompatível, portanto, com práticas que remontem ao sistema inquisitorial.

3 A OPÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SISTEMA ACUSATÓRIO

Antes de analisarmos o sistema processual penal brasileiro, em homenagem à clareza, faz-se necessária breve análise da história brasileira anterior a 1988.

Em que pese quase não haver menção acerca da vida dos indígenas no Brasil, RIBEIRO *apud* PRADO (2001) menciona a República dos Guaranis, na qual se pode destacar a manutenção dos aspectos igualitários da ordem econômica indígena e a fraternidade. Quem cometesse um crime, era conduzido ao juiz, sem correntes nem algemas e cada caso era estudado, inexistindo pena sem que tenha havido inquérito. Quanto às testemunhas, eram ouvidas e acareadas.

A constituição de 1824, outorgada pelo imperador, trouxe em seu corpo os direitos civis, políticos e garantias aos cidadãos brasileiros, seguindo o espírito liberal do século XIX. Vale mencionar que o governo determinou, nesse período, a fundamentação das decisões. Em 1832 foi editado o primeiro Código de Processo Penal brasileiro, sendo que as críticas feitas ao mencionado código devem ser analisadas de acordo com o momento histórico vivido. A lei 261 antecipou o que se tornaria o C.P.P. de 1841, tornando o procedimento mais rigoroso. Em 1889, com a proclamação da República, inspirados nas mudanças sociais, principalmente no modelo norte-americano, deferiu-se aos estados membros competência legislativa na esfera processual penal.

O processo da época tinha diversos aspectos, o que acabou por dificultar a aplicação da lei penal. Por exemplo: era escrito, na fase de formação da culpa, e informado pelos critérios da oralidade durante o julgamento; o contraditório restringia-se ao sumário de culpa; havia processo ordinário nos crimes inafiançáveis; afiançáveis comuns ou de responsabilidade, sendo que o plenário era posterior à formação da culpa; o inquérito servia de base à Denúncia ou Queixa e somente nos crimes comuns; na qual havia plenitude defensiva.

A partir das disposições da Constituição de 1934, iniciou-se o processo de elaboração de um novo código, sendo que, após o golpe de estado de 1937,

nasceu o Código de Processo Penal de 1941, que vigora, em boa parte, até os dias de hoje.

Enquanto o Código de Processo Penal de 1941 tem inspiração autoritária, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção oposta, instituindo amplas garantias individuais.

Conforme exposto anteriormente, o sistema acusatório tem como principal característica a separação das funções de acusar e julgar. Atendendo a essa disposição, a Constituição da República de 1988 concedeu a titularidade da ação penal pública condenatória a uma instituição denominada Ministério Público.

Para que desempenhe o seu *múnus* constitucional, o Ministério Público é regido por princípios institucionais tais como a unidade, indivisibilidade, independência funcional e pelo princípio do promotor natural. Por unidade entende-se que os membros de cada Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um procurador-geral. A indivisibilidade resulta da unidade porque os membros do Ministério Público não se vinculam aos processos nos quais atuam, podendo haver substituição. Os órgãos do Ministério Público são independentes e não se sujeitam a ordens externas, senão à própria constituição e demais leis. O princípio do promotor natural foi reconhecido pelo STF no sentido de se proibirem designações pela chefia, de promotores para um caso determinado, o que se criaria a figura do promotor de execução. A partir da leitura dos referidos artigos, percebemos que a Constituição Federal levou o Ministério Público como defensor da sociedade e como tal, atribuiu-lhe exclusividade para intentar a ação penal pública, conforme MORAES:

A titularidade da ação penal pública condenatória é definida como “primeiro fator de proteção das liberdades públicas”, na medida em que, no sistema acusatório, a imparcialidade da autoridade judiciária competente é preservada pela legitimação ativa do Ministério Público para a deflagração da persecução criminal, com alicerce no art. 129, inc. I da CRFB e art. 24 do CPP. (2008, p. 466)

Portanto, o Ministério Público é uma instituição permanente e essencial à justiça. De acordo com artigos 127 e seguintes da Constituição, incube-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No que diz respeito à noção de Estado Democrático de Direito preferimos a de PACELLI (2010) orientada pela necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais como critério de interpretação do direito, principalmente do Direito Penal e Processual Penal.

Retomando o objeto de nosso estudo, a tarefa de classificar o sistema processual penal brasileiro, é demasiada difícil, sendo grande a divergência na doutrina brasileira.

Se por um lado a Constituição assegura ao Ministério Público o exercício privativo da ação penal pública, assegura aos acusados o respeito ao devido processo legal; à ampla defesa; ao contraditório; à presunção de inocência; a um julgamento por juiz competente e imparcial, por outro, o inquérito policial é essencialmente inquisitorial. Além disso, o Código de Processo Penal concedeu poderes instrutórios ao juiz, o que levou alguns doutrinadores a considerarem o nosso sistema processual penal como misto.

Dentre os autores que partilharam desse entendimento podemos mencionar NUCCI (2009), que classifica o nosso sistema processual como misto ou inquisitivo-acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigado, justificando que os princípios constitucionais remontam ao sistema acusatorial, mas o Código de Processo Penal e as leis especiais possuem ora natureza acusatória, ora acusação inquisitória, pelo que se extrai o sistema misto, não sendo possível apagar a realidade. Destaca também que, via de regra, a investigação do crime inicia-se na delegacia, instaurando-se o inquérito policial, que tem natureza inquisitorial.

A investigação do fato delituoso não é condição *sine qua non* para a propositura de ação, mas na grande maioria dos casos há investigação

anterior, nada impedindo que se instaure a partir da juntada de peças informativas, que, *per si* podem embasar a ação.

De acordo com a atual legislação, o inquérito policial, procedimento investigatório das ações de médio e maior potencial ofensivo, é sigiloso, escrito, restando ausente o contraditório.

Ainda na doutrina de NUCCI (2009), o autor alega que se fôssemos seguir apenas o disposto na Constituição, classificaríamos o nosso sistema como acusatório, mas diante de um código de 1941, com clara inspiração inquisitiva, inclusive com as modificações feitas pela Lei 11.690/2008, outra opção não resta senão reconhecer o hibridismo de nosso sistema.

Também nesse sentido, TOURINHO (2009) conclui que no direito pátrio não é adotado o sistema acusatório puro, mas sim um sistema acusatório inquisitivo, conferindo muitos poderes àquele que vai julgar o processo de forma imparcial.

PRADO (2001) explica que vigora no Brasil a aparência acusatória.

PACELLI (2010) refuta tais argumentos afirmando que a classificação de um sistema processual demanda a análise do processo em contraposição ao inquérito, que é procedimento. Por outro lado, afirma que a contaminação do sistema somente seria possível no caso de juizado de instrução – investigação realizada diretamente perante o juízo, sobretudo se o dito juízo de instrução fosse o responsável pelo julgamento.

Feita essa abordagem inicial, convém abordar a nossa posição. Entendemos que a separação das funções de acusar e julgar é uma importante característica do sistema acusatório, mas não vive só, pois deve vir aliada a outras, principalmente no que tange à postura do juiz no curso do processo e na gestão da prova, entendimento este de LOPES JR.:

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um

papel ativo a busca da prova ou mesmo na pratica de atos tipicamente da parte acusadora... Todas essas questões giram em torno do binômio sistema acusatório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. (2009, p. 72 e 73)

Assim, conclui-se em um primeiro momento que a consagração do sistema acusatório decorre da própria Constituição de 1988, impondo a valorização do homem e da pessoa humana. Devemos analisar o sistema como um todo, no qual outros sistemas estão inseridos. O sistema processual está contido no sistema judiciário, enquanto que este está contido no sistema constitucional, e, portanto, sua classificação demanda o estudo da Constituição.

Em nossa visão, o que define se o sistema é acusatório ou inquisitório são os princípios informadores, o seu núcleo fundante. No sistema acusatório o juiz é espectador, dedica-se essencialmente à valoração dos fatos. No sistema inquisitório o réu é o detentor da verdade e cabe ao juiz obter essa verdade. Nesse sentido, deve o Código de Processo Penal se conformar à Constituição e não o contrário.

RIBEIR LOPES, *apud* PRADO (2001), afirma que a estipulação de categorias jurídicas não deve desvincular-se por completo dos parâmetros normativos instituídos especialmente pela Constituição. Completa PRADO:

... a realidade da persecução penal pode distanciar-se concretamente da promessa constitucional, por exemplo não só quando a tortura é empregada como método de investigação, na busca da tão propalada (profanada) verdade real, como ainda quando os tribunais admitem a aplicação de institutos jurídicos incompatíveis com o paradigma constitucional da estrutura processual. (2001, p. 107)

Apesar de claramente nosso ordenamento jurídico repudiar tais atos, a realidade confirma que princípios como o da imparcialidade, presunção de não culpabilidade, contraditório e motivação das decisões judiciais, são simplesmente abandonados, supostamente em prol da sociedade, principalmente em casos midiáticos, ou quando o agente é hipossuficiente, deixando de lado institutos e valores, não atendendo à sociedade, mas sim a interesses privados.

O nosso estudo pretende demonstrar que a Constituição não pode ser esquecida, a fim de atender a outros interesses. Se por um lado cresce a criminalização e instaura-se o medo na sociedade, por outro cabe ao Estado a responsabilidade de investir na dignidade do indivíduo com educação, saúde e trabalho, possibilitando o aumento do nível cultural da sociedade, o que por si só não evita a ocorrência de crimes, mas contribui oferecendo escolhas. O julgador deve desempenhar a contento a função garantidora que a Constituição lhe atribuiu, e não assumir a figura de justiceiro, responsável pelas mazelas sociais. Ao transpor o rito judicial cego por ideais repressivos, o juiz se afasta da realidade, acreditando que aquela repressão é suficiente para acabar com a violência em geral.

O desenvolvimento do regime constitucional no tocante aos direitos fundamentais depende da realidade interna. E nesse sentido, a opção constitucional de priorizar esses direitos, gera um nexos entre garantia dos direitos fundamentais, divisão do poder e democracia, priorizando o direito como instrumento da realização de justiça social, inclusive na esfera criminal, senão, nas palavras de PRADO: "... estamos condenados a repetir nossos erros, na crença de que inovamos ao voltarmos aos métodos que um dia repudiamos..." (2001, p. 80).

Vale lembrar que o aludido sistema misto remota ao Código Napoleônico que, apesar de afastar a inquisição da segunda fase, gerava a seguinte situação: quando se chegava ao processo, a base da prova já havia sido construída e o juiz, revelando a verdade, aplicava a lei ao caso concreto.

Portanto, o sistema misto inviabiliza o cumprimento do devido processo legal e dos princípios porque as cartas já foram previamente definidas, reconstrói-se o crime como melhor lhes interessa, constituindo um verdadeiro erro.

Nas palavras de LOPES JR.:

Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, a menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na “prova” inquisitorial, disfarçada no discurso do “cotejando”, “corrobora”... e outras formulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos autos de investigação, naquilo feito na pra inquisição. (2009, p. 71 e 72)

Portanto, a efetividade do sistema adotado constitucionalmente passa por questões de fundo social e cultural, devendo ser plantada a semente da acusatoriedade na esfera processual, para que seus frutos estejam de acordo com a principiologia decorrente desse sistema, tornando-o real, tutelando a segurança e a dignidade de todos, efetivando os direitos fundamentais e caracterizando um processo penal democrático.

A acepção de um processo penal democrático resulta do avanço da civilização. Se por um lado o direito penal tem caráter marcadamente repressivo, o direito processual implica em primeiro lugar uma forma de autolimitar a atuação do Estado em prol da liberdade do indivíduo. Assim, um código democrático, deve tutelar o indivíduo, concretizando os direitos e garantias, consagrados pela própria Constituição.

Superando essa imposição, será instrumento pela persecução criminal.

Conclui PRADO:

O desenvolvimento do paradigma da modernidade radicou-se no ideal democrático, de modo que nada é mais natural que o relevo dado à Constituição entre as

demais leis, decorrente do convencimento de que aquela assegura a divisão dos poderes do Estado, mediante sistema de freios e contrapesos, bem como tutela direitos fundamentais, confirmando toda a ordem jurídica. (2001, p. 14)

3.1 BREVE ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios são diretrizes político-jurídicas que devem ser acolhidas na ordenação de um processo garantista. São verdadeiras normas fundamentais ligadas ao sistema.

Podem ser entendidos, na lição de PRADO (2001), como uma categoria apta a possibilitar que a Constituição não se extinga nos limites positivados, visando a concretização da persecução penal de acordo com os valores fundamentais, conforme instituições e indivíduos com o compromisso Constitucional.

Dada a sua importância, os juízes e tribunais, como principais destinatários dos princípios, são responsáveis por promover o fim devido, buscando a máxima eficácia dos princípios no processo penal.

Como nos ensina LOPES JR. “Todo poder tender a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal” (2009, p. 115).

Passaremos agora ao estudo de alguns princípios constitucionais relacionados ao objeto de nossa pesquisa.

3.1.1 IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Antes de analisarmos o princípio da imparcialidade, importante destacar o princípio da garantia de jurisdição, sem o qual o *trium personarum* não se completa.

Não é ao acaso que iniciaremos nossa abordagem principiológica pelo princípio da imparcialidade. Consideramos fundamental a compreensão de sua relação com o Estado Democrático de Direito e com o sistema adotado por nossa Magna Carta.

O princípio da imparcialidade tem duplo aspecto: por um lado pressupõe um juiz apto a decidir o processo e por outro que esse juiz seja imparcial, natural e comprometido com a sociedade e com os princípios constitucionais.

Para ser imparcial, deve ser independente. Ou seja, deve-se garantir que não haja influencia externa na atividade judicial capaz de influenciar na decisão prolatada, tais como coações políticas ou funcionais, constrangimentos, ameaça de perda de cargo, etc. assim justificam-se as garantias conferidas aos magistrados, tais como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

Quando analisamos o sistema acusatório, destacamos que a separação das funções de acusar e julgar é uma importante característica, mas não a única. A imparcialidade do julgador também compõe o sistema acusatório, não sendo possível pensar o ultimo sem o primeiro, sendo, portanto, qualidade desse sistema. Por isso devemos manter o juiz afastado da iniciativa probatória. Se há liberdade de o juiz perquirir a prova, funda-se uma estrutura inquisitorial diante de um juiz totalmente parcial.

Sobre a relação entre imparcialidade e sistema acusatório, nos ensina RANGEL:

A imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial, é que a Constituição Federal deu exclusividade da ação penal ao Ministério Público, separando, nitidamente, as funções dos sujeitos processuais. (2011, p. 21)

A imparcialidade está ligada a uma conotação ética, fundamental ao Estado Democrático de Direito. Imparcial é o juiz que se mantém equidistante das partes, a fim de melhor analisar as provas e formar o seu convencimento.

Sobre a relação entre imparcialidade, postura ativa do juiz e sistema acusatório, melhor diremos no capítulo 5.

Apesar da importância do presente princípio, infelizmente, sua aplicação no dia-a-dia forense ainda deixa a desejar. A imparcialidade passa por questões políticas, filosóficas, morais, religiosas, etc., por isso o relevo dado a esse princípio no sistema acusatório. O aplicador do direito e, principalmente o magistrado, deve tê-lo como norte, evitando que interfira em atividades preparatórias ou probatórias a fim de evitar que seu pré-conceito acerca do delito praticado ou da pessoa do acusado, o leve a cometer injustiças.

3.1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL; CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, prevê que ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal. Em âmbito criminal, o devido processo legal relaciona-se às formalidades que devem ser obedecidas a fim de que o processo seja, nas palavras de NUCCI, “límpido, neutro e imparcial” (2009, p. 19). Somente assim será possível a restrição à liberdade do réu, que é regra.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, por um lado protege a sua liberdade e por outro assegura paridade de armas através da ampla defesa.

Conforme nos ensina Alexandre de Moraes (2007) o devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, é o que prevê o artigo 5º, inciso LV da Constituição da República, assegurando aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o respeito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo o conhecimento completo da acusação, o direito de ser informado de todos os atos do processo e participas do *iter* procedimental.

Por ampla defesa entende que se devem assegurar ao réu, extensas condições que lhe possibilitem trazer ao processo elementos necessários ao esclarecimento dos fatos. Também poderá omitir-se ou calar-s inexistindo prejuízo decorrente de sua não colaboração ou de seu silêncio – *nemu tenetur*

se *detegere*. Presume-se que o réu é hipossuficiente em relação ao Estado, merecedor, portanto, de tratamento diferenciado.

Brilhante a reflexão de PACELLI:

Com a ampla defesa, ou com o princípio da ampla defesa, a participação do acusado no processo penal completa-se (e agiganta-se), pois passa a ser exigida não só a garantia de participação, mas a efetiva participação, assegurando que o réu tenha uma efetiva contribuição no resultado final do processo (2010, p. 343).

A defesa tem dúplice aspecto: defesa técnica, exercida por profissional do direito (seja público ou particular) e defesa pessoal, também chamada de autodefesa, exercida pelo próprio acusado.

A defesa técnica está prevista no artigo 5º, inciso LXXIV do Código de Processo Penal de 1941, posto que nenhum acusado será processado sem defensor. Presume-se que o sujeito passivo não tem conhecimentos técnicos suficientes para defender-se. A autodefesa corresponde à atividade, positiva ou negativa, pessoal do réu. Divide-se da seguinte forma: Direito de ser ouvido (interrogado); direito de estar presente em todos os atos do processo e direito de postular (*habeas corpus*, recursos, revisão criminal). Quanto ao interrogatório, esbarra justamente na questão da verdade real. Lembramos que deve ser livre de pressões, torturas ou quaisquer métodos que pretendam influenciar a vontade do agente. Conforme acima exposto, pode o acusado permanecer em silêncio sem que resulte prejuízo à sua defesa.

Contraditório, nas palavras de ALEXANDRE DE MORAIS (2007) é a exteriorização da ampla defesa, assegurando-se a dialética e a *par conditio*. É meio de confrontação da prova e comprovação da verdade, imprescindível à estrutura dialética do sistema acusatório, no qual as partes têm igualdade de condições. Essa oportunidade de contradizer aquilo que foi afirmado pela parte contrária é observado na postulação, na admissão, na produção e na valoração da prova.

Também decorrente do contraditório é o princípio do *audiatur et altera pars*, que obriga a reconstrução do crime com base na versão da acusação, mas também com base naquilo que foi alegado pelo réu. É o que afirma TOURINHO ao tratar da relação processual:

O acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, goza do direito “primário e absoluto” de defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contraria-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido. Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contraria deve ser ouvida. Traduz a ideia de que a Defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contraria. (2009, p. 23)

No processo penal, em que pese a posição antagônica ocupada pelas partes, deve haver tratamento igualitário, acusação e defesa devem ser tratadas no mesmo plano e essa igualdade pressupõe justamente a paridade de armas (*par conditio*), equilibrando forças que em sua natureza, são desequilibradas.

Ao analisar a relação entre sistema acusatório e igualdade de oportunidade, TOURINHO assim expõe:

É uma consequência lógica da estrutura do nosso Processo Penal, que é acusatório. Se a pedra de toque do processo acusatório é a separação das funções de acusar, defender e julgar, pelo menos sob esse ângulo não se pode negar o caráter acusatório do nosso processo penal... sendo acusatório deve haver igualdade entre as partes. (2009, p. 19)

3.1.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência está prevista no artigo 5º, LVII, CRFB/88. Conforme TOURINHO “Esse princípio nada mais representa que o coroamento do *due processo of law*” (2009, p. 31).

É pressuposto da condição humana que, no curso do processo, acusador e julgador tratem o réu como inocente, limitado, inclusive, o uso de medidas cautelares para os casos em que ela seja, evidentemente, necessária.

Em âmbito externo, dirige-se aos casos de publicidade abusiva e estigmatização do acusado.

Possui raízes no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (PARIS, 1789). Enquanto não tiver condenado por sentença transitada em julgado, presume-se ser o réu inocente. Seguindo esse entendimento ninguém pode ser preso antes de decisão definitiva, a menos que a prisão seja indispensável à título de cautela.

A presunção de inocência deve ser desconstituída pelo acusador, não cabendo ao réu demonstrar que é inocente, embora esse seja um direito seu, lembrando que, se a defesa deixar de produzir provas, embora caiba ao órgão acusador comprovar o alegado, assume os riscos de uma sentença desfavorável por não captar o juiz.

Por outro lado, o princípio impõe um dever de tratamento em relação ao acusado, partindo da ideia que ele é inocente, deve-se tratá-lo com dignidade, evitando o uso de medidas que restrinjam os seus direitos no processo.

O princípio também se relaciona ao ônus da prova, que cabe à acusação e não à defesa.

FERRAJOLI *apud* LOPES JR. destaca que:

Se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção de prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular,

nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena. (2009, p. 191)

Há quem prefira adotar a terminologia presunção de não culpabilidade, ao invés de presunção de inocência principalmente porque o juiz, ao sentenciar, presume ser o réu inocente, por isso o absolve, ou presume ser ele culpado, condenando-o. A confissão justifica-se pela observância das regras relativas ao ônus da prova, pois não é o réu quem deve provar a sua inocência, mas sim o Estado que deve provar a sua participação no crime. Dessa forma, caberia ao acusador comprovar a existência de fato típico, ilícito e culpável.

É o que afirma POLASTRI:

Na verdade, o chamado princípio da presunção de inocência, que decorre do princípio do devido processo legal, deve ser visto como “princípio de não culpabilidade”, já que não tem efeitos extremos, como e comum considerarem alguns interpretes, pois não se presume a inocência, mas sim apenas prevê a Constituição, no art. 5º, LVII. (2006, p. 41)

3.1.4 IN BUDIO PRO REO

O princípio *in dubio pro reo* corrobora a assunção do ônus integralmente pela acusação e esse ônus é intransferível, pois se a tese acusatória não foi provada, não restará alternativas ao juiz, senão absolver o réu.

A acusação deverá provar que o acusado praticou um fato típico, ilícito e culpável. Se o réu alegar a existência de causas de justificação, permanece seu o ônus de provar que dita causa não aconteceu.

AURY LOPES JR. (2003, p. 553):

À medida que o acusado vai demonstrando as afirmações feitas na inicial, ele se libera da carga e, ao mesmo tempo, enfraquece a presunção (inicial) de inocência, até chegar ao ponto de máxima liberação da carga e consequente desconstrução da presunção de inocência com a sentença penal condenatória.

Ressalva-se a posição de PLOASTRI e PACLLI entendendo caber à defesa a prova de excludente de ilicitude ou culpabilidade, conforme será analisado no capítulo 5.1.

3.1.5 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

O artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal proíbe que qualquer prova obtida por meio ilícito seja admitida. Nesse sentido o artigo 157 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.690/2008, proibiu a admissão de provas que violam as normas constitucionais, por serem ilícitas. O parágrafo primeiro do mencionado artigo ressalta que se a comprovação do fato podia ocorrer por outro meio probatório desvinculado da prova ilícita, não haverá contaminação do processo.

Sobre esse tema, Súmula 50 das mesas de Processo Penal da USP, possibilitando a admissão de prova ilícita em benefício defensivo.

4 A PROVA E O MITO DA VERDADE REAL

No que tange à matéria probatória, parece-nos que prova, do latim *probare* remota ao radical *probus*, que quer dizer “honesto, probo”. Provas significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo, ou conforme PRADO “a atividade probatória é a atividade de ministrar elementos de conhecimento” (2001, p. 150). Provar é convencer, é introduzir no processo dados e elementos aptos a convencer o juízo.

Prova judiciária é, portanto, a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, visando convencer àquele que ira julgar, que a infração penal realmente ocorreu e que seu autor é o agente imputado na inicial, ou, ainda, que o fato não ocorreu, e/ou tampouco, que seu autor é o imputado na inicial.

Trata-se de adequação de um fato ocorrido na realidade com a ideia que fazemos dele. É um caminho necessário para se chegar à pena, possibilitando às partes demonstrar ao julgador a veracidade das proposições formuladas ou questionar a validade d outras afirmações, através de provas.

Por outro lado, pode-se demonstrar a existência ou não causa justificante para a ação ou omissão, ou, algum motivo que exclua a responsabilidade.

RANGEL conceitua prova como “meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício do direito de ação e de defesa” (2011, p. 453).

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, enquanto que seu objeto é a coisa, o fato, acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz a fim de que se convença. Por sua vez, meio d prova são aqueles que o juiz utiliza ou pode utilizar para o conhecimento do fato, por exemplo, depoimentos de testemunhas, inspeções judiciais, indícios, etc.

Os fatos objetos de prova são os relevantes, ainda que incontroversos. Por outro lado, não são objeto de prova os fatos notórios.

Daí se extrai a importância da prova, posto que sua reconstrução, através de adequado procedimento, é condição *sine qua non para a* legitimidade da decisão e consequente repressão ou não do acusado. Como afirma BATISTA: “No terreno da tipicidade a prova se dirige à demonstração de um certo fato no pressuposto de sua adequação a uma norma punitiva” (2001, p. 114).

A atividade de busca dos fatos desenvolve-se em respeito aos princípios republicanos e democráticos, de acordo com o Estado e sociedade em que vivemos. Deve ser assim, porque os poderes emanados do povo dividem-se entre órgãos para que haja um controle mais eficaz, o que se contrapõe aos modelos autoritários, no qual a maior arte do poder reúne-se nas mãos de uma figura ou órgão.

Conforme RANGEL “os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade utilize-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito” (211, p. 460).

Partindo da premissa que o Estado Democrático divide o poder, transplantando-o para o processo, as três principais figuras processuais estão intrinsecamente interligadas, sem que uma invada a esfera de competência ou atribuição da outra.

Contudo, quanto mais grave o crime e maiores as suspeitas acerca de sua autoria, tende-se a deixar um pouco de lado os direitos fundamentais, em prol da dita verdade real, violando determinadas normas jurídicas. Quando isso ocorre, o próprio Estado, responsável pela investigação, repressão e prevenção de crimes, torna-se criminoso.

Fundamental, portanto, em sistemas como o nosso, a fiscalização dos atos de investigação. No caso brasileiro, cabe ao Ministério Público a fiscalização dos atos de investigação, motivo pelo qual se sustenta que o Ministério Público não deve investigar diretamente, do contrário, seria ele próprio o guardião de seus atos.

Em regra a prova produzida perante o juiz será indireta, porque o ele não participa do fato pretérito que se pretende reconstruir, desconhecendo-o, mas sim planeja dele conhecer através da prova. Como um pesquisador, analisa hipóteses aptas a formar o seu convencimento – função persuasiva.

Consoante o ilustre doutrinador PRADO “Ao final, o convencimento do juiz representará a formulação de uma ideia acerca do fato. Da comparação

desta ideia com a pretensão deduzida da acusação e com pretensão de resistência deduzida da defesa nascerá a decisão” (2001, p. 150).

Verifica-se que a produção da prova não é um mero debate, é também reconstituição dos fatos apta a oferecer elementos ao juiz.

Quanto à sua produção, há divergência. Parte da doutrina sustenta que cabe às partes a busca da prova porque o juiz é terceiro imparcial, alheio à investigação e sua postura durante a coleta de provas é passiva, sendo imperioso que dispense às partes tratamento isonômico, conferindo a autor e réu oportunidades iguais. Por outro lado, outros autores afirmam que a possibilidade de o juiz buscar a prova não descaracteriza o sistema, posto que se trata de opção legislativa e não de elemento estrutural do sistema.

A estreita relação entre prova e verdade sempre foi objeto de análise pela doutrina brasileira, e sua desvinculação não é possível, existindo diversas posições acerca de sua função no processo penal, principalmente em virtude dos interesses nele tratados, que por sua importância, tendem a permitir uma busca mais ampla e intensa da verdade.

Isso se dá porque a busca dos fatos deve nortear a atuação dos personagens jurídicos – *trium personarum*. Se o processo não pretendesse a verdade dos fatos, impossível seria a subsunção do fato praticado, à norma abstrata, pois julgar é justamente a valoração que o magistrado faz acerca de acontecimentos passados.

A primeira posição defende que as provas são uma espécie de *nonsense* ou algo que na realidade não existe e não servem, portanto, para determinar a verdade. A prova seria essencialmente um ritual. A segunda concepção aponta que a prova estaria no terreno da semiótica e das narrativas do processo. a verdade não é elemento fundante. Cada prova é um fragmento da história do crime. A decisão final traduz a opção por determinada versão, ou seja, a prova teria função de persuadir o julgador. O juiz analisa o discurso das partes e depois forma o seu próprio discurso que é a sentença. A terceira e última concepção acredita que é possível determinar a verdade no curso do

processo, uma verdade processual ou jurídica. Entretanto, também merece críticas a presente concepção por não dissociar prova e verdade.

LUIGI FERRAJOLI *apud* LOPES JR. (2009) diferencia verdade processual fática, que tem relação com fatos passados, da verdade processual jurídica, fruto da qualificação jurídica dos fatos passados em relação às categorias jurídicas.

NUCCI, ao tratar do princípio da verdade real, afirma que “o magistrado deve buscar provas, tanto que as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente” (2010, p. 105), o que, em sua lição, se opõe ao princípio da verdade formal, inspirador do processo civil, no qual o magistrado não se obriga a buscar provas, principalmente em ações de cunho patrimonial, em virtude de tratar de interesses disponíveis.

Para AFRÂNIO JARDIM (2003) a busca da verdade real decorre da natureza do bem da vida e do interesse estatal em tutelar a liberdade individual, valores que justificam a existência do processo penal. Alega que não fere a imparcialidade porque “Assim como ao Estado não interessa a absolvição de um culpado, também não lhe interessa a condenação de um inocente” (2003, p. 200).

LOPES JR. (2009) entende ser possível aceitar uma verdade formal no processo penal, desde que a tese acusatória esteja de acordo com a norma; que a prova seja colhida e produzida através de técnicas pré-estabelecidas; que a tese seja passível de prova e oposição e havendo dúvida, falta de acusação ou de provas, seja o réu absolvido.

RANGEL (2011) sustenta que existe uma verdade processual que se difere da realidade fática, sendo que a descoberta dessa verdade processual dá-se na instrução probatória, ou seja, reconstrói-se o fato. Aponta ainda que a busca da verdade esbarra na dignidade da pessoa humana, motivo no qual não se admite as provas obtidas por meios ilícitos.

PACELLI (2010) salienta que mesmo a chamada verdade reconstruída deve ser analisada com ressalvas, pois durante o processo constrói-se uma

nova verdade, a verdade processual. A certeza que se chega ao processo é, portanto, jurídica e não histórica, certeza essa necessária para alcançar um decreto condenatório, cuja pretensão é a de estabilizar os conflitos.

Assim, alcançar a verdade não é tarefa fácil. Devem-se buscar elementos que corroborem com o fato imputado, respeitando-se os limites constitucionalmente impostos.

Prosseguindo em nosso estudo, remontando a épocas passadas, o conhecimento da verdade se calcificava como matriz legitimadora das decisões judiciais, que deveriam ser acatadas porque eram resultantes da aplicação do direito a uma verdade.

O interesse público de ver punido quem teria sido apontado como autor de crime, levou os magistrados a uma busca incessante pela verdade, diga-se de passagem, uma verdade, uma verdade de baixa qualidade. Nessa ausência de proteção ao indivíduo, todas as práticas probatórias são autorizadas, justificando qualquer ato do Estado, concretizando a celebre frase de Maquiavel “os fins justificam os meios”.

Não se chega à outra conclusão, senão que esse discurso da verdade real servia à legitimação do conteúdo da sentença em regimes autoritários, porque a melhor forma de uma sociedade oprimida aceitar um mandamento externo é acreditando que aquele mandamento é a resposta penal correspondente a um fato verdadeiramente comprovado, conforme a lição de PACELLI “Talvez o maior mal causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal” (2010, p. 346).

Na crítica do doutrinador, o princípio da verdade real autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial ou da acusação. Atualmente outras críticas se fazem ao termo. Falar em verdade para algo passado, histórico, pretérito, é inadequado porque aquela realidade fática será remontada de acordo com os sentimentos e a imaginação de quem teve, dentre dos seus sentidos, os fatos discutidos no processo.

Ou seja, aspectos subjetivos, fantasia e criação das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que irá valorá-las, fazem com que preencham os espaços em branco com memórias, muitas vezes verdadeiras, mas que não refletem integralmente aquele momento. Nesse caso não se pode afirmar ter agido o narrador com clara intenção de dificultar a elucidação dos fatos, porque pode ter feito instintivamente.

A verdade real é, portanto, uma proposição do intelecto que tende a refletir algo pré-existente. Como expõe NUCCI:

“Não questionamos que a verdade é uma e sempre relativa, constituindo busca inviável, no processo, encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram. A verdade é apenas uma noção ideológica da realidade, motivo pelo qual o que é verdadeiro pra uns, não é pra outros” (2010, p. 106).

A realidade é algo que se mede no presente. No caso do cometimento de crimes, a reconstrução se dá no presente, mas o fato é passado.

Críticas à parte, a busca da verdade é de certa forma inerente à atividade judicial. Os fatos são conhecidos pelos que participaram dele, seja como testemunha ou como autor. Certamente cabe ao juiz ser justo e imparcial ao perquirir a verdade, e nessa “justeza” deve obedecer ao ordenamento jurídico pátrio e aos valores trazidos pela Constituição. Contudo, forçoso reconhecer que o juiz não é uma máquina, mas sim um ser humano que como tal é passível de enganos ao valorar a realidade que o cerca. Deve o juiz estar convicto, dentro de suas limitações.

BATISTA, ao abordar a temática verdade, afirma que “No fundo, pois, todas essas tendências de pensamento partem da apriorística possibilidade de a razão humana chegar à verdade, entendida esta como correspondência entre o pensamento consigo próprio” (2001, p. 20). O mesmo autor, ao tratar da impossibilidade de se alcançar a verdade real no processo com respeito à inteireza da prova, diz o seguinte:

... a verdade real, concebida como fatualidade ou “concordância do pensamento com o objeto” somente se aplica ao fato punível, na sua conceituação dogmática, relativamente a escassíssimos aspectos ou requisitos: À conduta exteriorizada e à eficácia dos meios empregados na produção do resultado, quanto ao tipo; à situação alegadamente perigosa ou agressiva, para a exclusão, no respeitante à antijuridicidade, à inimputabilidade etária e patológica, no concernente à culpabilidade; e a algumas condições específicas de punibilidade no atinente a esta. Em tudo mais, a verdade buscada é a ideal – “concordância do pensamento consigo mesmo” – já sob a forma de presunção, já mediante outros construtos puramente racionais. (2001, p. 20).

A expressão “verdade” aplicada ao processo crime implica dizer que os fatos em análise aconteceram de forma determinada, não havendo qualquer outra possibilidade. Seria ingênuo de nossa parte acreditar que assim fosse, mesmo porque a essência da verdade é inatingível, nem mesmo o juiz é capaz de saber toda a realidade, portanto não está ato a pronunciar a verdade real.

Como bem salienta RANGEL:

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e maneira pelo qual o fez. A verdade é dentro dos autos e pode, muito bem, não corresponder à verdade do mundo dos homens. Até porque o conceito de verdade é relativo, porém, nos autos do processo, o juiz tem que ter o mínimo de dados necessários (meios de provas) para julgar admissível ou não a pretensão acusatória... a verdade é processual. São os elementos de prova que se encontram dentro dos autos que são levados em consideração pelo juiz em sua

sentença. A valoração e a motivação sobre tudo que se apurou nos autos do processo. (2007, p. 07)

O processo penal busca a verificação de procedência da pretensão acusatória. O resultado do processo ou a formação da convicção do juiz é fruto da participação das partes, influenciando o juízo através de provas e alegações, propiciando que o juiz, ao raciocínio indutivo, chegue a uma conclusão lógica de subsunção do fato à norma. Assiste razão a PRADO: “Ao tipo de prova que se pesquisa corresponde um prognóstico, mas ou menos seguro, da real existência do *thema probandum*, e sem dúvida, também das consequências jurídicas que podem advir da positivação da questão fática” (2001, p. 203).

Então, nessa perspectiva, as provas seriam elementos que demonstram hipóteses, e por mais que indiquem um caminho, o máximo que se consegue admitir é um elevado grau de probabilidade de certeza, e certeza, diga-se de passagem, remonta a um grau muito alto de probabilidade.

Mesmo que pretendesse alcançar a verdade real, há de se levar em conta que o juiz está temporamente diante dos fatos e recebe, para a formação de sua convicção, a colaboração tendenciosa, mesmo que involuntária, das partes. Portanto, a nosso ver, deve-se adequar o conteúdo da prova abarcando-se uma releitura dos fatos no corpo do processo, legitimando-se o atuar do Estado através do próprio atuar intersubjetivo das partes. A verdade decorre da dialética, isto é, a verdade não se descobre, mas se constrói através de provas, argumentação e respeito aos direitos e garantias individuais do réu.

Assim nos explica MARINONI e ANHEHART “As versões parciais apresentadas pelas partes somam-se ao papel ativo do juiz, em perfeito dialógico, na tentativa de construir (e não descobrir) uma verdade possível que guiará a aplicação da lei ao caso submetido ao judiciário...” (2009, p. 32).

A sentença, portanto, reflete-se um sentimento do magistrado (*sentire*), uma emoção. Ele elege significados válidos utilizando-os na reconstrução ou construção histórica do delito. O resultado final do processo, a outro giro, pode

variar entre os juízes. Por vezes, processos relativos ao mesmo fato, desmembrados, com provas praticamente idênticas, obtém resultados distintos, porque cada juiz experimenta um sentimento diferente em relação ao ocorrido, dependendo a sentença de variáveis subjetivas atinentes ao juiz, à forma como ele elege e valora a prova.

Não se está aqui sustentando que os juízes possam ignorar a prova e decidir como lhes aprouver, mas sim, que cada um tem uma forma diferente de ver o mesmo fato.

No Estado Democrático qualquer condenação deve estar lastreada e circunstâncias penalmente relevantes, obedecendo a regras e garantias que o acusado tem jus, porque são verdadeiros instrumentos da democracia. Em um sistema acusatório, não se pode conceber a verdade como núcleo, porque o convencimento do juiz deve ser capturado pelas partes. Com razão LOPES JR.:

No sistema acusatório, a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão de revelar uma verdade. Logo, com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença como ato de crença, de convencimento, a partir da atividade probatória das partes, dirigidas ao juiz. Essa luta de discursos para convencer o juiz, marca a diferença do inquisitório com o processo acusatório. (2009, p. 558)

Embora renomados autores como NUCCI (2010) sustentem que prevalece no processo penal a busca da verdade real, e que, portanto, não deve o juiz se contentar com provas trazidas pelas partes se tiver outras fontes a buscar, entendemos que o processo não é meio apto e idôneo a refletir a verdade real dos fatos, porque a verdade excede os limites do processo e não é possível atribuir a ele a missão de obter a verdade, embora seja possível desvendar os fatos, ou parte deles. Então, alternativas não restam ao juiz: sua atividade será como a de um historiador: elimina alguns fatos enquanto que

conserva outros, pois de nada vale formalmente assegurar-se o respeito às garantias previstas na Constituição, se o que se busca é a verdade real.

Nesse aspecto leciona PRADO:

Com efeito, desde o início salientamos que a legitimidade democrática do processo penal e da solução que ele adjudica dependem do valor de verdade consubstanciado na sentença, verdade concebida como relação possível ou adequada entre a imagem que o juiz constrói acerca do fato e a forma real como este fato supostamente ocorreu. E claro, tivemos a oportunidade de ressaltar, que a verdade que se pode alcançar no processo e que oporá esta forma de solução, baseada no saber, a outras, fundamentadas em crenças de variada natureza, é contingente e histórica e dependerá de o Estado atuar ele próprio conforme o Direito. (2001, p. 141)

Portanto, concluímos nesse capítulo que o encontro entre processo e fato é até possível. Pode haver coincidência entre a convicção do julgador e os fatos, mas o atuar das partes reconstruindo ou redefinindo o fato é que constitui o elemento primordial. Mas não se pode legitimar a sentença do juiz afirmando que corresponde ou que deve corresponder à verdade real, porque a legitimidade da sentença decorrerá do respeito aos marcos constitucionalmente impostos.

5 GESTÃO DA PROVA E O PAPEL DO JUIZ

Conforme exposto, na Europa o modelo predominante foi o acusatório, admitindo a iniciativa probatória do juiz.

O novo Código Italiano (Código Vassali) consagrou um sistema acusatório diferente do sistema acusatório puro, com ampla separação entre as funções de acusar e julgar, cabendo às partes a prova. Contudo, pode o juiz buscar a verdade de forma suplementar, de acordo com a fase processual,

com finalidade única de alcançar a verdade, sem prejudicar a iniciativa das partes.

A livre iniciativa do juiz na busca da prova também é chancelada por Portugal, onde vigora o sistema acusatório.

No Brasil e em Portugal durante o período Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, permitia-se ao juiz criminal a iniciativa probatória, embora lhe fosse negada ao juízo cível. O código criminal de 1832 do Brasil também previa ao juiz, a iniciativa probatória.

ADA PELEGRINI apud RANGEL (2011), tratando do modelo estadunidense, diferencia *adversarial system* de *inquisitorial system*. Para a doutrinadora, o primeiro se caracteriza pela predominância das partes na marcha do processo e na produção de provas enquanto que no segundo, recaem, de preferência, sobre o juiz. No *adversarial* a iniciativa probatória incumbe preponderantemente aos litigantes, o juiz é um moderador e mediador que preside o julgamento, raramente intervindo, fundamenta-se uma estrutura que garante a participação e o diálogo das partes. No *inquisitorial*, a tarefa de obtenção do material probatório, influenciado pela verdade real, constitui tarefa do juiz. Afirma também que o processo inquisitório não corresponde ao *inquisitorial* que se contrapõe ao *adversarial*, pois um sistema acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*, que traduzindo para o português significaria processo de desenvolvimento oficial.

Apesar da clara influencia europeia em nossa doutrina, para classificarmos um sistema em inquisitivo ou acusatório, devemos observar questões políticas, ideológicas, culturais e históricas, não bastando a simples classificação.

A opção pela atribuição de poderes instrutórios ao juiz tem estreita relação com os sistemas processuais penais. Conforme exposto, no sistema inquisitório o juiz busca a prova, enquanto que no sistema acusatório, sua postura deve ser passiva.

Nesse sentido é a lição de LOPES JR. sustentando que a gestão da prova é característica primordial do sistema acusatório, cabendo ao órgão acusador a produção de prova que demonstre ter sido o réu o autor do delito porque presume-se a sua não-culpabilidade.

5.1 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar determinado fato em questão. Decorre da relação processual, não constituindo direito subjetivo, mas sim obrigação consigo mesmo.

No processo penal o ônus da acusação cabe ao autor da ação, enquanto que ao réu garante-se todos os direitos, principalmente o de defender-se amplamente. A regra, conforme artigo 5º, XV da Constituição da República de 1988, é a inocência e a liberdade. Por esse motivo transfere-se ao acusador a totalidade do ônus da prova.

Tratando-se de crimes de ação penal pública, presentes as condições para a ação e os pressupostos processuais, o promotor deve aduzir pretensão em juízo. Sendo a ação privada, resta à parte adentrar ou não com a demanda, mas uma vez intentada a ação, resta-lhe provar o alegado.

O ônus da prova propicia que o sujeito adquira uma situação favorável no processo, demonstrando a ocorrência do que foi sustentado, relevante para o julgamento da pretensão acusatória em seu interesse.

Diferenciando o dever jurídico do ônus, podemos dizer que o descumprimento do dever acarreta uma sanção, enquanto que o descumprimento do ônus, poderá não acarretar nenhum dano, ou acarretar somente a perda da vantagem pretendida.

Há quem sustente que a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público não constituiria ônus processual, mas sim um dever.

Superando essa discussão, o pedido do autor funciona como objeto do processo, sendo, portanto, uma manifestação de vontade dirigida à autoridade judiciária.

As partes estão equidistantes do julgador – *actum trium personarum*, o que contribui para um julgamento imparcial tem o acusado direito de se defender, enquanto que a acusação tem o dever de provar aquilo que alegou, ou seja, embora as artes podem produzir prova. Se apesar dos esforços da acusação, não estiver demonstrado que o fato realmente ocorreu, restará absolvido ao final.

Nas palavras de AFRÂNIO: "Pelo sistema proposto, ao re sempre atribuirá o benefício da dúvida..." (2003, p. 213).

Não se confundem a busca de provas pelo acusador para oferecer sua acusação com as atuações na fase pré-processual voltadas à limitação dos direitos do investigado. Entende-se que alguns atos de investigação realmente devem permanecer em sigilo ara o desenvolvimento da investigação, sob pena de restar fracassada.

No tocante à produção antecipada de provas, somente será possível se houver risco de perda da prova, somente admitindo-se a sua validade, após contraditório, mesmo que realizado em momento posterior à sua produção – contrário diferido. Quanto às prisões no curso do processo, somente serão decretadas se houver necessidade.

Quanto ao Ministério Público, deve narrar o fato criminoso com todas as circunstancias. É o que nos ensina RANGEL:

... se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias, o ônus de provar que este fato é típico (encontra perfeita adequação na lei penal, portanto, trata-se de uma conduta proibida); é ilícito (contrário ao direito) e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude e que seu autor é culpável... Não há como entregar ao réu, dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), o ônus da prova de sua inocência. (2011, p. 500)

Assim, diante de nossa magna carta, o ônus da prova é integralmente do acusador. Ao réu deve-se garantir o direito de provar a sua inocência, mas esse direito jamais pode ser confundido com um ônus. O réu tem direito a manter-se silente em seu interrogatório. Esse silêncio é uma forma de defesa (*nemo tenetur se detegere*). Nesse caso, não pode o Ministério Público transferir o ônus da prova ao réu em virtude de seu silêncio.

A nosso ver, o mesmo acontece nos casos em que o réu alega, por exemplo, que matou a vítima em legítima defesa. Restará ao Ministério Público demonstrar que as alegações do réu não procedem, isto é, deverá o Promotor demonstrar aos jurados, pois se trata de crime de competência do Tribunal do Júri, que não houve crime praticado em legítima defesa.

Nossa posição não é unânime. Partilhando do entendimento oposto ao nosso, POLASTRI (2004) afirma que à acusação cabe a prova a ocorrência do fato, da sua autoria e do dolo, enquanto que o réu deve provar a inexistência do fato, as excludentes de ilicitude, de culpabilidade ou de punibilidade, ou ainda, quaisquer circunstâncias benéficas a sua defesa (tais como atenuantes).

Também nesse sentido PACELLI (2010) expando que à acusação cabe a prova da materialidade e autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de excludente de ilicitude ou culpabilidade, pelo que é aplicável a disposição do art. 156, segundo o qual a prova da alegação, cabe a quem a fizer.

5.2 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA

Sistema de avaliação da prova é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos.

Três sistemas já foram adotados: Sistema da íntima convicção do juiz ou da certeza moral do juiz; Sistema da prova legal ou certeza moral do legislador ou da prova tarifada e Sistema da livre convicção ou da persuasão racional.

5.2.1 SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO

No sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, o magistrado tem toda a responsabilidade pela avaliação das provas, decide de forma livre, de acordo com a sua consciência.

É o método mais flexível pois não há necessidade de fundamentação das decisões. Pode decidir de acordo com provas, com o seu sentimento íntimo, etc.

Contudo, esse sistema deixava o réu ao arbítrio do julgador. Não era possível saber ao certo o que levou o magistrado a optar pela condenação.

Atualmente, em que pese a Constituição da República prever a motivação das decisões, há previsão dessa forma de avaliação da prova no Tribunal do Júri. Os jurados não precisam motivar as suas decisões, respondem apenas sim ou não a quesitos formulados.

A crítica pode ser transplantada aos dias atuais. A problemática referente ao Tribunal do Júri não decorre do julgamento por Juízes Leigos, mas sim porque o Conselho de Sentença do Júri julga por íntima convicção.

5.2.2 SISTEMA DA PROVA LEGAL

Tornou-se necessário impor limites ao julgador. Assim teve origem o sistema da prova legal ou certeza moral do legislador ou prova tarifada.

Nas palavras de NUCCI:

... é o modelo mais limitado, ligado à valoração taxada da prova, significando o pré-estabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. (2009, p. 18)

Pelo sistema da prova legal ou tarifária, o valor de cada prova estava previamente fixado pelo legislador. Não há liberdade para decidir. O magistrado

realizava a matemática e uma vez atingindo o número de pontos necessários, estava o réu condenado, por outro lado, não atingindo, estaria ele absolvido.

Nesse sistema a confissão era um instrumento de abreviação do processo e agilização da justiça, pois nenhuma prova valia mais do que ela.

RANGEL (2011) ressalta que ainda hoje existem resquícios da prova tarifada quando o legislador prevê determinada forma para a produção de alguma prova, como os artigos 158 e 564, II, b do Código de Processo Penal em que se tratando de crimes que deixam vestígios, o exame do corpo delicto é obrigatório, sob pena de nulidade. Também há resquício desse sistema no artigo 232 do referido Código, quando condiciona a validade de fotografia de documento à autenticação.

A limitação à atividade judicial foi tamanha que o sistema da prova tarifada não mais atendia às expectativas.

5.2.3 SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL

Assim surgiu o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional. Por esse sistema concede-se liberdade ao juiz para decidir de acordo com as provas que se encontram no processo, desde que motive as suas decisões.

As provas não estão previamente valoradas, tampouco existe hierarquia entre elas. Na lição de POLASTRI (2004) o julgador tem liberdade de valorar as provas de acordo com a sua consciência ou convencimento, desde que motive as suas decisões e não extrapole o que consta no processo.

É o sistema brasileiro previsto na Constituição da República em seu artigo 93, IX e no artigo 155 do Código de Processo Penal, com redação da Lei 11.690/08.

Na lição de NUCCI:

Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, que encontra, inclusive,

fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX), significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com o seu livre convencimento. Devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato. (2009, p. 18)

Reflete-se na possibilidade de controle da atuação jurisdicional, o que conduz com o Estado Democrático.

Expõe LOPES JR. que a garantia da motivação das decisões judiciais:

Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção da inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, e, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitima o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios. (2009, p. 208)

Conforme bem ressalta NUCCI (2009), quando falamos em livre apreciação da prova, em uma análise apressada, parece que o juiz é livre para decidir como quiser. Mas isso não é verdade. As provas constantes nos autos são um limite para o juiz. A liberdade é para analisar e atribuir valores para a prova, atrelando-se, portanto, às provas constantes nos autos. E esse é motivo da fundamentação das decisões. Como saber se o magistrado lastreou a sua decisão nas provas dos autos se ele não fundamenta as suas decisões? Percebe-se assim que a fundamentação das decisões é um instrumento apto a conferir legitimidade à decisão do magistrado, seguindo o espírito democrático.

Inclusive a fonte dessa prova deve ser o contraditório, porque não é possível decisão fundamentada em prova colhida em ausência de contraditório.

No que tange às provas coletadas em fase policial, o autor nos explica que as provas advindas da fase investigatória tais como as cautelares, as não repetíveis e as antecipadas podem ser levadas em conta pelo juiz, inclusive tem valor probante equiparado às produzidas em juízo, desde que submetidas a contraditório posterior.

As cautelas são as provas urgentes, devendo ser produzidas imediatamente, sob pena de dano irreparável. A título de exemplo, pode-se citar uma base e apreensão de produto de crime.

Provas não repetíveis são as que necessitam ser produzidas imediatamente, sob pena de perecimento.

A Lei 11.690/08 trouxe a previsão de produção antecipada de prova que deveria ser realizada em juízo. É o caso, por exemplo, da prova testemunhal de pessoa muito idosa.

5.3 A POSTURA ATIVA DO JUIZ NA BUSCA DE PROVAS

Há uma tendência na doutrina brasileira de considerar possível a postura ativa do juiz na busca de provas, a fim de melhor elucidar os fatos. Evidente que essa parcela da doutrina não pretende transformar o juiz em um inquisidor, mas sustenta que o Estado deve oferecer à sociedade uma resposta frente à criminalidade a fim de evitar a impunidade, sendo possível a pro-atividade do juiz nesse sentido, em prol da verdade.

Os processualistas MARINONI e ARENHART comentam o assunto:

O mesmo ocorre com a tendência da doutrina mais atual de permitir ao juiz uma posição ativa na colheita das provas. A doutrina moderna busca ampliar os poderes do juiz na instrução da causa, sob a bandeira de que o processo é instrumento público que deve buscar a verdade sobre os fatos investigados. Ao se autorizar que

o juiz determine, de ofício, a produção de provas – suprindo, pois, a atividade que competiria primariamente às partes –, novamente pretende-se dar ênfase à busca da verdade substancial, trazida como dogma para o direito processual. Tal visão, com efeito, é ainda mais salientada no direito processual penal, em que a posição ativa do juiz na produção da prova, aliada à possibilidade do reconhecimento de insuficiência de provas (art. 368, VII, C.P.P.), é tema pacificado na doutrina e na jurisprudência. (2009, p. 30)

BASTOS (2011) entende que conferir ao Estado a possibilidade de suprir lacunas não compromete a imparcialidade do julgador, porque o juiz tem uma função social, assim seu comportamento deve ser ativo, comprometido com o Estado Democrático de Direito contemporâneo e com a defesa dos direitos fundamentais.

Na lição do Promotor, um juiz que não possui postura ativa na busca de provas pode parecer imparcial, mas a imparcialidade aparente nesse caso, não pode significar abdicação da possibilidade de o juiz fortalecer o seu convencimento, o que estaria de acordo com a visão do sistema acusatório moderno. A busca de provas não se daria em prol da acusação ou da defesa, a prova seria uma forma de complementar o entendimento do juízo acerca do que lhe foi apresentado pelas partes.

Afirma ainda que aqueles que são radicalmente contra, baseiam-se em elementos históricos e culturais de países do *common law*. Propõe a adoção da atividade probatória supletiva do juiz, embora lembre que existem autores que propõe a função de protagonista do juiz na busca de provas. Impõe limites à iniciativa probatória do juiz, a saber: a imputação, antes de iniciada a ação, o juiz não poderá agir de ofício, a prova deve ser lícita, deve haver contraditório e a decisão que determina a prova deve ser fundamentada.

Interessante a ressalva do autor no que tange à colisão do princípio *in dubio pro reo* com a possibilidade de o juiz perquirir provas. Afirma que o juiz,

após a atuação das partes, pode esclarecer determinado ponto omitido ou mal compreendido para que, como destinatário final da prova, possa decidir. Esgotados os meios de prova, deve o juiz invocar o princípio *in dubio pro reo*, absolvendo o réu.

POLASTRI (2004) sustenta que frente ao sistema acusatório, não se deve atribuir a gestão da prova ao juiz, somente sendo possível ao juiz brasileiro buscar a prova no curso do processo, de forma supletiva, conforme expõe: “O processo penal busca **a verdade real**, e assim o juiz, que a princípio deve manter-se inerte, para esclarecer os fatos pode produzir a prova, supletivamente, no caso de não produção desta pelas partes” (2004, p. 67).

Em que pese os brilhantes doutrinadores que sustentam a gestão da prova nas mãos do juiz, bem como seus argumentos, não concordamos com esse entendimento.

Ao tratarmos do princípio acusatório em contrapartida ao princípio da verdade real, demonstramos que o ultimo princípio remonta a sistemas autoritários e escassos de garantias.

Tratando dos resquícios inquisitoriais e criticando a postura ativa do juiz durante a instrução, LOPES JR. assevera que:

O mais interessante é que não aprendemos com os erros, nem mesmo com os mais graves, como foi a inquisição. Basta constatar que o atual CPP atribui poderes instrutórios para o juiz, a maioria dos tribunais e doutrinadores defende essa “postura ativa” por parte do juiz (muitas vezes invocando a tal “verdade real”, esquecendo a origem desse mito e não percebendo o absurdo do conceito), proliferam projetos de lei criando juízes inquisidores e “juizados de inquisição”, etc. (2009, p. 64)

O referido autor vai além e ao analisar a relação entre toga e julgador afirma que:

O juiz, consciente de seu mister, não se pode deixar despir de sua natureza humana pela toga. Precisa racionalizar, inclusive seus medos. Deve ter presente a função democrática-garantidora que se lhe atribui a Constituição (especialmente no processo penal), jamais assumindo o papel de justiceiro, de responsável pelo sistema imunológico da sociedade, com uma posição mais policialesca que a própria polícia; mais persecutória que o próprio acusador oficial. Tolerância, humanidade, humildade são atributos que não podem ser despidos pela toga e tampouco asfixiados pelo poder. (2009, p. 129)

Além disso, quem procura sabe aquilo que quer encontrar. Quando o juiz introduz meios de prova que não foram sequer questionados pela acusação, acaba por invadir a esfera de atuação desse órgão, substituindo-o.

Não estamos sustentando que se o juiz se abstenha de esclarecer dúvida. Admitimos que, eventualmente, o juiz esclareça algum ponto relevante, mas esse atuar deve mínimo, restrito.

Havendo dúvida, no momento do julgamento da casa, acerca da existência do crime ou de sua autoria, deverá o juiz absolver o réu.

A real acusatoriedade impõe que o julgador não esteja envolvido com uma das versões sustentadas, pois a tarefa de decidir reflete-se na opção entre duas alternativas, nas quais o julgador manteve-se, a todo tempo, equidistante, convencionando a que se chegue a melhor opção.

Nesse sentido não vislumbramos a necessidade de atribuir ao juiz a busca de provas, porque atualmente o Ministério Público possui, sem dúvidas, aparato suficiente, seja no que diz respeito aos Promotores, que estão cada vez mais bem preparados, seja em sua estrutura organizacional.

Lembremos que a Constituição de 1988, em seus artigos 129, inciso I e 5º, inciso LIX reservou ao Ministério Público a iniciativa das ações em se tratando de crimes de ação pública.

Desse modo, não é assegurado somente a iniciativa da ação por órgão diverso do acusador, a iniciativa de que se trata não se resume à petição inicial, mas sim inclui todo o desenrolar do processo. Tratando-se de ação pública, o Ministério Público bem desempenha a sua função. Composto por seres humanos, (assim como os juízes), os promotores são passíveis de erro. Todavia, atribuir poderes de instrução ao juiz, mesmo que de forma suplementar ao órgão acusatorial, é presumir que ele não desempenhará bem a sua missão constitucional, ou seja, é presumir a sua ineficiência.

O juiz que, durante a instrução criminal, busca a comprovação da culpa do réu, confunde o seu atuar com o do acusador, comprometendo a sua imparcialidade. A justificativa para tal atuar é a busca da verdade (que pode ou não beneficiar o réu) e o interesse público em ver punido o criminoso.

A realidade é essa: não vislumbramos o juiz diante de fortes provas da ocorrência do delito e de sua autoria, desenfreada-se na busca de provas da inocência do réu. Isso ocorre por um motivo: é de interesse defensivo demonstrar o oposto, embora não seja seu ônus. Ai reside o erro. É de interesse de toda a sociedade que o juiz analise a questão de forma mais imparcial possível, absolvendo o acusado se o órgão acusador não comprovou a sua culpa. É mais doloroso ver um inocente preso, do que conceber um acusado solto.

É natural que o juiz se interesse por aquilo que lhe é apresentado e que, acima de tudo, não queira cometer “injustiças” em sua decisão, justamente esse interesse é benéfico para a sociedade.

Não se propõe no presente estudo que o juiz se abstenha do processo para então, em determinado dia, em sua sala, analisá-lo e decidi-lo. O nosso modelo processual prioriza a participação do juiz na produção da prova. Contudo, no que diz respeito à sua iniciativa, deve ele estar afastado, para então poder avaliar melhor a prova. E essa preocupação, remota justamente àqueles modelos analisados que buscavam a verdade real.

Acreditamos que a busca da verdade deve nortear o atuar do *trium personarum*, mas não acreditamos ser possível a correlação entre sentença e

verdade porque não concordamos com discursos tendentes a aceitar a postura ativa do juiz na busca de provas.

Desde 1988 não é mais possível que o processo seja influenciado pelo princípio da verdade real, pelo que ansiamos pela alteração dos dispositivos concernentes à prova e à iniciativa instrutória do juiz no Código de Processo Penal.

É o que nos diz PACELLI:

O juiz não poderá desigualar as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidade e faculdades processuais. (2010, p. 350)

Modernamente, alguns doutrinadores sustentam ser possível a admissão de poderes de assistência aos acusados de modo a garantir a paridade de armas, supletivamente, buscando provas de inocência. A estrutura processual atual exige que haja um “perfil objetivo de defesa”, que acaba por condicionar a legitimidade do processo e da jurisdição, sendo papel do juiz, como defensor do Estado Democrático, zelar para que não haja desigualdade real entre as partes.

Partilhando desse entendimento, PACELLI (2010) propõe a construção de uma linha divisória entre a iniciativa probatória do juiz e a iniciativa acusatória do juiz, ou seja, quando empreende atividade probatória de iniciativa de acusação de forma substitutiva ou mesmo supletiva.

Nesse ponto, o doutrinador entende que provas não requeridas pela defesa podem ser requeridas, por ofício, pelo juiz, desde que tenha ele vislumbrado a possibilidade de demonstração da inocência do réu, assegurando a paridade de armas.

PRADO ao defender a intervenção *pro reo* afirma que:

De toda a sorte, a intervenção judicial na atividade probatória a favor do acusado há de ser moderada, como antes frisamos, enquanto estará interditada em relação à acusação, que nos dias de hoje, dispõe de aparato suficientemente bem constituído para pelear em juízo. (2001, p. 160)

Em que pese os ilustres ensinamentos, ousamos deles discordar.

Ora, quando o juiz busca uma prova, verdade que ele tem em mente o que deseja encontrar, mas como se sabe, o processo não é uma certeza, e embora a perspectiva da prova aponte em uma direção, pode revelar-se em posição adversa, indicando não a inocência do acusado, mas sim, a culpa. Uma prova aparentemente interessante à defesa pode em verdade, prejudicá-la, por outro lado, prova em princípio à acusação, pode restar benéfica ao acusado, pelo que se propõe nesse estudo, que o juiz deixe às partes a produção probatória.

Nessa estreita outros autores sustentam um meio termo: nem postura ativa e tampouco postura totalmente passiva, porque essa última acabaria por distanciar demasiadamente o juiz, e não parece ser essa a intenção do legislador, propondo atuação do juiz na instrução criminal, de forma supletiva ao atuar das partes.

A posição ocupada pelo juiz consiste, principalmente, no respeito ao devido processo penal e na sua imparcialidade. O devido processo legal somente se concretiza se o juiz não aderiu prematuramente a nenhuma das hipóteses. Conforme PRADO “É necessário garantir que, independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja comprometida em virtude de algum juízo apriorístico” (2001, p.131).

Nas palavras de PACELLI:

Com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que

respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. A iniciativa probatória do juiz deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da nova redação do art. 156, II, do CPP, trazida pela Lei 11.690/08. (2010, p. 10; 11)

Nosso singelo entendimento é no sentido de considerarmos que no sistema acusatório o poder instrutório do juiz deve ser limitado, mesmo se considerar a atuação acusatória insuficiente, porque o julgador não pode possuir juízo prévio sobre o fato em análise sob pena de macular sua imparcialidade.

A possibilidade de o juiz buscar a prova cria a prevalência das hipóteses sobre o fato. Primeiro o juiz, após busca fatos que justifiquem a sua opção, antecipando a formação do juízo, desigualando as partes e destruindo, em parte, a estrutura dialética processual.

Não vislumbramos um afastamento total do julgador do processo, acreditamos ser possível que o juiz esclareça dúvida sobre algum ponto. Mas essa dúvida restringe-se à prova existente, ou seja, prova previamente produzida e jamais sobre insuficiência ou ausência de atividade persecutória. Nesse ínterim, a gestão da prova é meio de defesa em um Estado Democrático de Direito e direciona-se à efetivação de um processo penal garantista, de acordo com os ditames constitucionais tais como a liberdade individual, devido processo legal, contraditório e ampla defesa e, ao final do processo, um julgamento imparcial e motivado, consagrando o juiz como expectador.

Propõe-se que frente à atividade incompleta, fortaleça-se a atividade dialética das partes e não que sejam conferidos poderes instrutórios ao juiz, porque no Brasil. Suas funções persecutórias foram afastadas pela Constituição de 1988, a teor do seu artigo 129 e incisos.

5.4 O ATUAL CÓDIGO PENAL E A NECSSIDADE DE ELABORAR UM NOVO CÓDIGO

O Código de Processo Penal de 1941 foi inspirado na legislação da Itália fascista de 1930, era, portanto, autoritário.

PACELLI informa as principais características do originário Código de Processo Penal de 1941:

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

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

c) a busca da verdade, sinalizada como a da verdade real, legitimou diversas práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos. A ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional. Essa parece ser a razão pela qual Jacinto Nelson Miranda Coutinho, ilustre processualista, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, insiste em conceituar o nosso modelo

processual como de natureza preferencialmente inquisitorial (COUTINHO, 2001, PP. 3-50).

d) o interrogatório do réu era realizado, e exclusivamente, em ritmo inquisitivo, sem a intervenção das partes, e exclusivamente como meio de prova, e não de defesa, estando o juiz autorizado a valorar, contra o acusado, o seu comportamento no aludido ato, seja em forma de silêncio (antiga redação do art. 186 e o ainda atual 198, já revogado implicitamente), seja pelo não-comparecimento em juízo. Como veremos, a Lei 10.792/03, seguida também pela Lei 11.719/08, produziu profundas mudanças na matéria, alterando expressamente o disposto no art. 186 do CPP, e, agora por incompatibilidade, também a previsão do art. 198 d CPP. (2010, p. 06; 07)

Analisaremos, brevemente, alguns artigos do atual Código de Processo Penal, no que tange à postura ativa do juiz na busca de provas, incompatíveis com a ordem vigente.

O artigo 156 do Código de Processo Penal foi alterado recentemente pela Lei 11.690/08 e passou a ter a seguinte redação:

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

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

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 1941)

A reforma nesse caso não foi benéfica. O presente artigo colocou o juiz no papel de investigador, na busca daquilo que considera verdade. Segundo RANGEL: “Não há dúvida: é a expressão maior do juiz inquisidor, o que busca a prova, o que desce de sua cadeira *supra partes* e vem procurar dados para condenar o acusado” (2011, p.11).

Conforme exaustivamente mencionado, em um sistema acusatório não é possível conceber a gestão da prova nas mãos do magistrado, principalmente no caso no inciso I, na qual inexistente ação penal. A possibilidade de o juiz ordenar, *ex officio* a realização de provas, seja na fase policial, seja na fase judicial, está em desacordo com tudo o que foi exposto no presente trabalho. A imparcialidade do juiz fica maculada e os princípios constitucionais são deixados de lado na busca pela verdade real.

Lembramos que o artigo 155 do Código de Processo Penal de 1941 prevê que o juiz somente deve condenar o réu com base em prova produzida sob o crivo do devido processo legal e conseqüentemente do contraditório. Mas note-se: o artigo seguinte possibilita que o juiz, ante mesmo de existir ação penal, possa determinar diligências de ofício.

Vejam a contradição: o juiz determina de ofício, em sede policial, a produção de prova, mas, em sede judicial, não pode levá-la em consideração para condenar o réu. E vai-se além: pode-se inclusive, na fase judicial, buscar prova, priorizando a verdade. Como ser imparcial nesse caso? Sem dúvida é tarefa árdua, e diante desses dois incisos somente um juiz verdadeiramente comprometido, consegue manter-se imparcial.

LOPES JR. comentando o artigo supramencionado, nos ensina que:

Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios (como o famigerado art. 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento ou, ao menos, objeto de leitura restritiva e cautelosa, pois é patente a quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminada está a principal garantia da jurisdição: a imparcialidade do

jugador. O sistema acusatório exige um juiz expectador, e ao um juiz ator (típico do modelo inquisitório). (2009, p. 189)

A partir desse modelo, outra conclusão não se chega a não ser que o atual art. 156 do Código de Processo Penal, viola o sistema acusatório, pois confere ao juiz a possibilidade de produzir prova, atribuindo ao juiz o que é inerente às partes.

RANGEL ressalta que:

A reforma, nesse caso, adota o princípio inquisitivo, colocando o juiz no centro da colheita da prova em total afronta à Constituição da República, que adota o sistema acusatório (artigo 129, I, CR). Por tal razão o inciso I do art. 156 é inconstitucional... Quando o juiz pratica atos de ofício em busca da prova é para condenar, até porque qualquer neófito sabe que se não há provas ou se há dúvida, o juiz tem que decidir em favor do réu. Todavia, em nome de um princípio (impulso oficial) o juiz sai em busca daquilo que irá justificar o que ele decidiu: a condenação. (2011, p. 505; 506)

Concluindo, PACELLI afirma que “não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercera jurisdição” (2010, p. 11).

Os artigos 5º, 13º e 241º do atual Código de Processo Penal são incompatíveis com a ordem constitucional vigente e, portanto, não foram recepcionados.

No caso do artigo 5º, havia previsão de instauração de inquérito de ofício pela autoridade judiciária, o que, conforme mencionado, afronta o sistema acusatório.

Do mesmo modo o artigo 13º ao permitir que o juiz determine à autoridade policial, a realização de diligências. A possibilidade de o juiz

determinar diligências investigatórias não é possível frente à privatividade da ação penal pública, conforme o artigo 129, I e VIII da Constituição da República.

Também é o caso do artigo 241. À luz do sistema acusatório não é mais possível que o juiz realize pessoalmente a busca e apreensão seja em fase policial ou judicial a fim de que seja mantida a sua imparcialidade.

É latente na doutrina a necessidade de um novo Código de Processo Penal, a fim de conformar o processo penal brasileiro, com a gama de garantias e direitos individuais previstos na Constituição. Sabe-se que a colaboração de um novo código é um importante passo, mas por si só não irá resolver o problema da violência dos aparelhos estatuais repressivos, havendo a necessidade de outros instrumentos de controle social, para que estes, possam modificar a mentalidade, sobretudo dos responsáveis pela persecução penal.

Na lição de SILVA JARDIM:

... a tendência de nossa legislação é purificar ao máximo o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não apenas precípuas, mas absolutamente exclusivas, o que se dá ao réu a segurança de um processo penal mais democrático, na medida em que o órgão julgador tem a sua neutralidade integralmente preservada. (2003, p. 312)

O anteprojeto que tem como coordenador o Ministro Hamilton Carvalhido e relator o doutrinador Pacelli, transformando em projeto de lei do Senado nº 156, retira do juiz qualquer atividade persecutória, em prol da sua indispensável imparcialidade, pois o juiz deve permanecer equidistante dos interesses das partes.

A fim de concordar a temática com o nosso estudo, analisaremos a exposição de motivos do anteprojeto e alguns artigos que influenciaram nossa pesquisa.

O anteprojeto tem como finalidade a otimização da atividade jurisdicional e a manutenção do distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão acusatório, propondo a vedação da atividade instrutória do juiz na fase de investigação, concebendo que a formação do juízo acusatório não deve ter relação com a atividade típica do juiz, assinalando que não se optou por um juiz inerte, mas sim pela atribuição de responsabilidade ao Ministério Público.

O artigo 4º do Projeto de Lei do Senado nº 156/09 prevê que o processo penal terá estrutura acusatória, sendo vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação bem como a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Ainda quanto à iniciativa do juiz na busca de provas, o artigo 162 do Projeto prevê que as provas serão produzidas pelas partes, podendo o juiz esclarecer dúvida antes de proferir sentença, desde que observado o artigo 4º, acima mencionado.

Quanto às testemunhas, poderá o juiz, na forma do artigo 175, § 1º, do Projeto, esclarecer determinados pontos, complementando a inquirição.

No que diz respeito ao inquérito policial, mudanças significativas podem ser sentidas. O artigo 15º do referido Projeto de Lei do Senado, estipula um juiz de garantias, responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, fiscal do respeito aos prazos legais para a persecução, considerando que a investigação destina-se ao órgão acusatorial a fim de lhe fornecer elementos de convencimentos, positivos ou negativos.

Ainda quanto ao inquérito policial, retirou-se o controle judicial do arquivamento, atribuindo-se à vítima a legitimidade de questionar ou não sua correção, conforme seção VII (artigos 37 e seguintes) do mencionado projeto.

Também tutela os direitos da vítima no Título V (artigo 88 e seguintes).

Reconhecendo o problema da execução penal no Brasil, o anteprojeto possibilitou a composição civil dos danos, desde que o crime patrimonial tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça ou que seja uma infração de menor potencial ofensivo. A posição da vítima também muda, possibilitando-se a adesão civil da vítima ao objeto da ação penal. A sentença penal condenatória poderá arbitrar indenização por dano moral (o que a nosso ver não é o ideal).

Mantém-se a audiência uma, reservando-se a possibilidade de fracionar a audiência quando necessário ao curso processual.

No que tange ao rito sumário, mantém-se a nomenclatura, contudo propõe-se um rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida desde que confessados os fatos e ajustada sanção entre acusação e defesa, limitando-se aos delitos cuja pena máxima não ultrapasse 8 anos.

No Tribunal do Júri, a proposta aumenta o número de jurados para 8. Promete-se superar as nulidade de quesitação. A reunião de processos conexos aos de competência do Júri somente se fará em proveito probatório.

Também há modificações na matéria recursal.

Após sucinta análise, entendemos que o projeto bem atende às nossas expectativas. O caminho para alcançarmos o ideal Constitucional é sem dúvida, árduo. Diante de uma legislação infraconstitucional que não atende às expectativas constitucionais, não resta outra alternativa, senão elaborar um novo Código conforme a ordem Constitucional.

O Projeto de Lei do Senado nº 156 propõe a mudança de paradigma. Se por um lado nosso Código de Processo Penal (1941) tem origem fascista, o Projeto de Lei parece se adequar ao espírito garantista da Constituição de 1988. Evidente que muito se analisará, detalhe por detalhe até que seja promulgado e, possivelmente, ainda haverá alterações em seu texto. De qualquer forma, importante iniciar o debate e sinalizar a importância do assunto.

Lembramos que a elaboração de um novo Código é necessária e urgente, mas por si só não resolverá o problema.

A Constituição de 1988 modificou totalmente o panorama brasileiro. Apesar de os problemas serem inúmeros, devemos caminhar rumo à proteção dos direitos e liberdades, primeiro porque essa é a vontade de nossa magna carta, segundo porque tutelando o indivíduo, tutelamos a sociedade.

No meio jurídico não há espaço para visões preconceituosas e para a estigmatização da figura do condenado. Se for considerado culpado, o Estado deve providenciar o cumprimento de pena. Contudo, esse é um caminho que deve ser percorrido da forma correta, a fim de evitarmos injustiças. Quando falamos em injustiças, tomamos cuidado também em olhar do ponto de vista da vítima ou de seus familiares, à luz do que corretamente prevê o Projeto de Lei do Senado nº156.

6 CONCLUSÃO

Após análise principiológica da Constituição, em que pese a ausência da previsão expressa, conclui que diante de um Estado Democrático de Direito que tutela direitos e garantias individuais, o nosso sistema processual é acusatório. Apesar de parcela considerável da doutrina sustentar que o nosso sistema é misto e que o sistema acusatório puro tem influência dos países do common law em oposição ao nosso, que tem origem romano-germânica, nossa Constituição cidadã tutela acima de tudo o indivíduo como ser integrante do social, e nesse sentido, prevê uma série de direitos e garantias a todo ser humano, diga-se de tudo, no sendo possível excluir o criminoso dessa esfera de atuação.

A divisão do processo penal em duas fases, sendo a primeira inquisitorial, viola frontalmente a Constituição Federal e os princípios dela decorrentes, sendo imperioso um novo Código de Processo Penal em conformidade com a Constituição, porque não é possível esquecer a Constituição diante de uma realidade que não satisfaz os anseios da sociedade e tampouco resolve o problema da criminalidade. O processo deve ser lido

como meio de libertação e não como forma de diminuir o indivíduo frente ao arbítrio estatal.

Demonstramos também que a busca da verdade, embora deva orientar a atividade jurídica, não pode legitimar o conteúdo da sentença, por um lado porque não é possível afirmar que corresponde à realidade, por outro porque o elemento legitimador da sentença do juiz é a participação das partes na formação da prova e o respeito às garantias, porque nesse caso, a forma do processo reflete o seu valor.

Por fim, sustentou-se que a possibilidade de o juiz buscar provas, seja de forma suplementar ou não, colide com o sistema acusatório destruindo a estrutura dialética do processo, transformando o juiz em inquisidor.

No Estado Democrático de Direito a atuação do juiz é constitucional, ligada à proteção dos direitos fundamentais. Para julgar, deve ele estar distante da produção da prova, não confundindo o seu atuar com o do acusador, posto que, uma vez, invocada a dita verdade real, mesmo que as provas não sejam buscadas *pro* acusação, em verdade, o magistrado macula o seu atuar. Cego na verificação de suas suspeitas, acabar por influenciar o seu psique, comprometendo, mesmo que involuntariamente, a sua imparcialidade. A imparcialidade fundamental no sistema acusatório inexistente no sistema inquisitório e somente é possível alcançá-la se, além de haver distinção entre as funções de acusar e julgar, haja afastamento do juiz das atividades instrutórias.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo Penal e Gestão da Prova*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-lei 3.689*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Projeto de lei do Senado nº 156. *Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 1 vol. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Penã de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

POLASTRI LIMA, Marcellus. *Curso de Processo Penal*, volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Curso de Processo Penal*, volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.