

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

NATHÁLIA MIRANDA DE CURTIS

**O Sistema Processual Penal Brasileiro:
Acusatoriedade arcada pela tradição inquisitorial**

Porto Alegre

2012

NATHÁLIA MIRANDA DE CURTIS

**O Sistema Processual Penal Brasileiro:
Acusatoriedade marcada pela tradição inquisitorial**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

PORTO ALEGRE

2012

NATHÁLIA MIRANDA DE CURTIS

O Sistema Processual Penal Brasileiro:

Acusatoriedade marcada pela tradição inquisitorial

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre, 12 de dezembro de 2012.

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Dr. Marcus Vinicius Aguiar Macedo

Prof. Dr. Danilo Knijnik – Orientador.

"The quality of a nation's civilization can be largely measured by the methods it uses in the enforcement of the criminal law" (Miranda v. Arizona, 1966).

RESUMO

Este trabalho visa, primeiramente, à identificação do Sistema Processual Penal vigente no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da análise dos direitos e garantias inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil. Em um segundo momento, definida a adoção do modelo acusatório, a análise de determinados dispositivos legais revela a perpetuação de práticas de caráter inquisitorial, o que aponta para a necessidade de que o Código de Processo Penal passe por uma atualização completa, para readquirir unidade sistêmica, em conformidade com o modelo constitucional.

Palavras-Chave: Direito Processual Penal: Brasil. Sistemas Processuais Penais. Garantias Constitucionais. Sistema Acusatório. Código de Processo Penal. Resquícios Inquisitoriais.

ABSTRACT

This paper aims, firstly, to identify the current Criminal Procedural System in the Brazilian legal system, by analyzing the rights and guarantees embedded in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. In a second step, with the definition of the choice of an Accusatory System, the analysis of certain legal provisions reveals the perpetuation of inquisitorial practices, which points to the need for a comprehensive upgrade of the Code of Criminal Procedure, in order to reacquire a systemic unit, according to the constitutional model.

Keywords: *Criminal Procedural Law: Brazil. Criminal Procedure systems. Constitutional Guarantees. Accusatory system. Code of Criminal Procedure. Inquisitorial remnants.*

Title: *The Brazilian system of criminal procedure: accusatory feature marked by the inquisitorial tradition.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
PRIMEIRA PARTE – OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	9
1. Sistemas Inquisitório, Acusatório e Adversarial	9
1.1. Sistema Inquisitório	11
1.2. Sistema Acusatório	13
1.3. A existência de Sistemas Mistos	15
1.4. Sistema Adversarial	18
2. O sistema Processual Penal Brasileiro	21
1.1. O Sistema Processual Penal adotado pelo CRFB/88	21
1.2. Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro	25
SEGUNDA PARTE – RESQUÍCIOS INQUISITORIAIS NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO	29
1. Fase Pré-processual	30
1.1. A garantia dos direitos do investigado	31
1.2. A atuação do juiz na fase pré-processual	39
2. Fase Processual	45
2.1. A atuação do juiz: possibilidade e limites da iniciativa instrutória	45
2.2. Princípio da correlação: <i>mutatio libelli</i> e ultrapetição	51
2.2.1. <i>Emendatio Libelli</i>	52
2.2.2. <i>Mutatio libelli</i>	53
2.2.3. Julgamento <i>ultra petita</i> e artigo 385, do Código de Processo Penal	58
CONCLUSÕES	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O processo penal é o meio criado pelo direito para o exercício do poder punitivo estatal, de maneira que se torna palco da tensão entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*. Ao longo dos anos, os mecanismos da persecução penal passaram por diversas modificações, saindo de meios privados de resolução de conflitos, e passando por procedimentos arbitrários (e até mesmo cruéis), até que se chegou à concepção moderna, atenta aos direitos fundamentais do réu.

Essas manifestações históricas do fenômeno foram agrupadas pela doutrina de acordo com suas características principais, constituindo modelos que servem, nos dias de hoje, de parâmetro para os países. Pode-se falar da existência de dois grandes sistemas processuais penais, com características, no geral, opostas entre si: são os sistemas inquisitório e acusatório. Existe, ainda, o Sistema Adversarial que, apesar das semelhanças com o Sistema Acusatório, dele se distingue por algumas características centrais, estando vinculado aos países da *Common Law*.

Na primeira parte deste estudo, apresentaremos os elementos e as principais diferenças entre esses modelos processuais penais. Em seguida, a partir da análise doutrinária, legal e jurisprudencial, demonstraremos que vige, no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema acusatório, com todas as garantias a ele inerentes elevadas ao *status* constitucional.

Na segunda parte, analisaremos que, apesar da adoção de tal modelo garantista pela constituição, ainda vigoram práticas de caráter inquisitorial, seja em decorrência da desatualização da legislação (já que o Código de Processo Penal é de 1941), ou em razão da não adaptação dos operadores do direito à nova concepção.

Os principais resquícios inquisitoriais serão apresentados de acordo com a fase do procedimento em que ocorrem (se na investigação, ou durante o curso processual). Procuraremos expor em que medida eles entram em confronto com as disposições constitucionais, bem como avaliar a posição da jurisprudência nacional relativa a esses pontos.

O objetivo precípuo do trabalho, portanto, consiste em demonstrar que o processo penal brasileiro carece de unidade sistêmica, a qual somente será

adquirida após uma reforma completa do código. Nesse sentido, procuraremos confrontar as disposições problemáticas vigentes com o Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal – PLS 156/09 –, a fim de desvendar a perspectiva que o legislador pretende dar às questões.

I – OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1. Sistemas Inquisitório, Acusatório e Adversarial

A ideia de sistema remete, basicamente, a um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem¹, ou de regras e leis que fundamentam determinada ciência, fornecendo explicação para uma grande quantidade de fatos².

A sistematização do direito, no entanto, não se trata de tarefa fácil, uma vez que suas variadas manifestações dificultam a identificação de elementos que se repetem, e de elementos que diferenciam uma e outra classificação. Ademais, mesmo depois de feita a separação, dificilmente se verifica a existência de um sistema completamente puro, sem qualquer característica que o aproxime de outra classificação.

Apesar disso, uma das funções primordiais da ciência do direito é, justamente, a de buscar o encadeamento das figuras jurídicas em um sistema, com o fim de dar-lhes unidade de sentido e de projeção normativa³. A classificação dos sistemas processuais penais existentes é de suma importância para a compreensão dos institutos e princípios que vigoram nesse ramo do direito. Mais do que isso, a delimitação das características essenciais de um sistema permite a realização do controle da regularidade das normas e do curso processual.

Um sistema jurídico, conforme definição de Mauro Fonseca Andrade, se caracteriza pela reunião, “conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente”⁴.

Para apontar as características dos sistemas processuais penais, o autor compara as manifestações históricas de cada um e, verificando as definições doutrinárias acerca deles, aponta seus elementos integrantes. Dentre esses,

¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 71.

² HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva: 2009, p. 1753.

³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.203.

⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1 ed., 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 30.

diferencia os elementos fixos e os elementos variáveis. Os primeiros seriam a base axiológica do sistema (princípio reitor), e se destinariam a criá-lo e identificá-lo; já os segundos permitiriam o funcionamento e mobilidade do sistema, podendo estar presentes em mais de um modelo processual penal.⁵

A maioria dos autores, no entanto, adota conceito mais simplificado de sistema, entendendo-o como um conjunto de elementos coordenados, que apresentam certa unidade. Dessa forma, preocupam-se com a análise das características predominantes dos modelos processuais existentes e, após, apontam para o que consideram seu núcleo diferenciador, sua premissa fundamental. Nesse sentido, posiciona-se Marcos Alexandre Coelho Zilli, para quem os sistemas processuais penais são:

[...] campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias.⁶

Pode-se falar da existência de dois grandes sistemas processuais penais, com características, no geral, opostas entre si: são os sistemas inquisitório e acusatório. Há uma expressiva corrente doutrinária que defende a existência de um sistema misto, o qual se caracterizaria por uma etapa inquisitorial e outra acusatória. Neste trabalho, contudo, refutaremos tal classificação, defendendo que, apesar de não existirem modelos puros, os sistemas processuais penais são definidos por suas características predominantes, existindo um núcleo diferenciador, que os enquadra em uma ou outra classificação.

Existe, ainda, um terceiro sistema processual penal, que surgiu em países vinculados ao sistema de *Common Law*: o Sistema Adversarial. Apesar da semelhança com o modelo acusatório (no qual respeitáveis doutrinadores o enquadram), tal sistema apresenta peculiaridades que tornam necessário seu tratamento em separado, para melhor compreensão de suas diferenças.

⁵ ANDRADE. Sistemas... p. 31.

⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

1.1. Sistema Inquisitório

As origens históricas do Sistema Inquisitório, conforme Andrade, remontam ao direito romano, estando vinculadas à assunção do cristianismo à condição de religião oficial do império. O sistema teria chegado à Idade Média pelo Direito Canônico, tendo assumido, nesse período, características acusatórias, porquanto a função do juiz era, basicamente, testemunhar a regularidade do procedimento (sendo o direito local, os conflitos se resolviam por meio de provas sociais, verbais, físicas – com duelos –, juramentos e ordálias, não se buscando a reconstrução da verdade).

Com a formação dos Estados nacionais e a consolidação do absolutismo, o poder jurisdicional foi concentrado na figura do rei, que o delegava a seus representantes. Com fundamento no direito canônico, a força deixou de ser meio para a resolução de conflitos, havendo a retomada da busca pela verdade. Essa característica, de certa forma, humanizou o processo, mas também trouxe malefícios, como a ampla utilização da tortura para a obtenção de confissões. Tal sistema foi utilizado por países como Espanha, Portugal, Itália, França e Alemanha, e sua decadência começou com a Revolução Francesa, vindo a se consumir com a difusão do *Code d'Instruction Criminelle* francês pela Europa e entre os países colonizados por Espanha e Portugal.

Para caracterizar o sistema, o autor afirma que seus elementos fixos são dois: a possibilidade da instauração do processo penal de ofício (ainda que também possa o ser por acusação ou *notitia criminis*), e o caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz⁷ (o que classifica como Princípio inquisitivo).

Apona, ainda, seus elementos variáveis, secundários, que comumente são encontrados nos processos desse modelo, mas que não servem à sua caracterização, pois podem não estar presentes ou, também, serem elementos de outros sistemas. São eles:

[...] c) o órgão encarregado de julgar está formado por funcionários públicos, abandonando-se o modelo que admita representantes do

⁷ ANDRADE. Sistemas... p. 383.

povo; d) a persecução penal é regida pelo princípio da oficialidade; e) o procedimento é secreto, escrito e sem um contraditório efetivo; f) há desigualdade entre as partes; g) a obtenção das provas é uma tarefa inicial do juiz, ao invés de ser confiada exclusivamente às partes; h) o juiz que investiga também julga; i) o sistema de provas é o legal, com sua divisão em prova plena e semiplena; j) para a obtenção da prova plena, admite-se a tortura do imputado e de testemunhas; l) possibilidade de defesa quase nula; m) possibilidade de recurso contra a decisão de primeira instância; e n) nulidade como consequência da inobservância das leis e formas estabelecidas.⁸

Para Jacinto Coutinho, os Sistemas Inquisitório e Acusatório se diferenciam pela existência de um princípio unificador, em relação ao qual se colocam seus outros elementos. Esse princípio é a gestão da prova, ou seja, a maneira pela qual ela é realizada. Um modelo inquisitivo, dessa forma, é aquele que concentra o poder de gestão da prova nas mãos do julgador. Nas palavras do autor, é “aquele no qual o juiz é o senhor do processo, o senhor das provas, e, sobretudo (...) pode decidir antes (...) e depois sair à cata da prova que justifique a decisão antes tomada”⁹.

Em sentido diverso, Marcos Alexandre Coelho Zilli entende que o Sistema Inquisitório se caracteriza pela concentração dos poderes processuais penais nas mãos de um único órgão, que exerce as funções de perseguir, acusar e definir. A meta principal, nesse modelo, é a busca de uma verdade histórica, independentemente do meio ou modo utilizado para tanto¹⁰. O autor ainda enumera outras características inerentes ao modelo:

1. Hierarquização da jurisdição: invariavelmente, o monarca é o depositário da jurisdição penal, que a delega a funcionários subordinados, que a exercem em seu nome;
2. Presença do inquisidor: o poder de acusar e perseguir é exercido pelo mesmo órgão que também é encarregado de julgar;
3. O acusado é tratado como um objeto da persecução e não como sujeito de direitos;
4. O procedimento consiste em uma investigação secreta, escrita e descontínua;
5. No campo probatório, impera o sistema das provas legais. Ou seja, a valoração das provas atende a rigorosos critérios que podem

⁸ ANDRADE. Sistemas... p. 347.

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de informação legislativa, Brasília, v.46, nº 183, jul./set. 2009, p. 109. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em: 22/11/2012.

¹⁰ ZILLI. A Iniciativa... p. 40.

afastar ou reconhecer um fato como elemento hábil para formação da convicção;

6. O sistema de recurso reflete a forma hierarquizada de organização da jurisdição penal. Da mesma forma que o monarca delega aos seus subordinados parcela da jurisdição que por eles é exercida, esta lhe é inteiramente devolvida quando do exame e julgamento do recurso.¹¹

Em síntese, em um Sistema Inquisitório, o órgão judiciário tem a função de buscar a punição do réu, de maneira que o próprio juiz instrui, acusa e julga a ação. Funda-se no sigilo processual, no qual se procura a verdade material, ainda que, no mais das vezes, mediante tortura. Está vinculado, portanto, a Estados não democráticos, que não garantem os direitos fundamentais dos acusados.

1.2. Sistema Acusatório

Mauro Fonseca Andrade afirma que o direito ateniense, florescido no período da democracia – séculos V e IV a.C. –, é considerado o berço do Sistema Acusatório. Nesse período, o Estado não podia iniciar uma ação de ofício, e a tarefa de investigação era confiada às partes¹². A utilização de tal modelo também foi verificada em Roma durante alguns períodos, havendo, no entanto, diversas idas e vindas entre os sistemas inquisitório e acusatório. O autor chama essa manifestação do modelo de “Sistema Acusatório Clássico”.

Quando se refere ao Sistema Acusatório Contemporâneo, o autor se preocupa em apontar uma base comum de princípios e características presentes na estruturação dos processos penais desse modelo:

a) em todos os processos se nota a presença necessária de um acusador público distinto do juiz; b) regem os princípios da publicidade, oralidade e contradição; c) há uma preocupação por manter a igualdade de armas entre as partes; d) via de regra, é assegurada a presença de um acusador particular ou popular, tanto nos processos cujo interesse seja eminentemente privado, como

¹¹ ZILLI. A Iniciativa... p. 40.

¹² ANDRADE. Sistemas... p. 58 – 59.

para suprir a inatividade do acusador público; e) ao juiz lhe é autorizado ter uma participação mais ativa ao longo da fase probatória; f) a investigação criminal é uma tarefa confiada à Polícia Judiciária ou ao Ministério Público; g) somente a acusação dá início ao processo judicial; h) as partes podem recorrer das decisões judiciais proferidas; i) a inobservância das regras procedimentais determina a nulidade do ato praticado ou de todo o processo; j) a liberdade do acusado é a regra, podendo ser restringida mediante a satisfação de determinados requisitos previamente estabelecidos.¹³

Defende, ainda, que, dentre os países continentais europeus, apenas Alemanha, Portugal e Itália utilizam esse modelo processual, uma vez que passaram a instrução criminal às mãos do Ministério Público. Nos demais países, em que essa tarefa se mantém confiada ao juiz-instrutor, o autor afirma que vige o sistema processual misto, surgido na França. Essa questão será, contudo, explicada mais adiante.

O autor conclui que os elementos que caracterizam o sistema (seus elementos fixos) são a necessária presença de um acusador distinto do juiz¹⁴ (chamado de princípio acusatório) e o fato de que o processo somente se inicia mediante oferecimento da acusação (provocação do órgão jurisdicional).

Ada Pellegrini sustenta que o que qualifica um sistema como acusatório é o fato de as funções de acusação, defesa e julgamento serem atribuídas a órgãos distintos. Dado esse conceito sintético, aponta algumas características do modelo:

a) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural.¹⁵

¹³ ANDRADE. Sistemas... p. 103.

¹⁴ *Ibidem*, p. 254.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 27, jul./set. 1999, p. 72.

Apesar de divergências quanto ao núcleo diferenciador dos sistemas, as características gerais de um modelo acusatório (seus elementos fixos e variáveis, na terminologia adotada por Mauro Fonseca de Andrade) tendem a se repetir entre os doutrinadores. Apontam-se como principais características a separação das funções de acusações julgamento (*actum trimem personarem*), e a imparcialidade do juiz.

Somam-se a essas outros elementos. As partes, em posição de igualdade, exercitam, durante toda a fase processual, o contraditório. O réu tem direito à ampla defesa, e vigora o princípio da presunção de inocência. Esse último tem dupla aplicação¹⁶, atuando como regra de tratamento (determinando que todos sejam tratados como inocentes até a condenação definitiva) e regra de juízo (a qual reforça a prova necessária para afastar a presunção, e se relaciona com a fixação do ônus probatório da acusação¹⁷).

Vige, também, o princípio da licitude das provas, o qual estabelece um limite ético para o processo penal. Isso determina que a investigação seja conduzida de acordo com certo modo, com observância de certas regras, para evitar que o processo, ao violar, ele próprio, a lei, acabe entrando em contradição.

Conclui-se, dessa forma, que, em um sistema acusatório, há consciência de que deve ser reconhecida aos partícipes da relação jurídica a condição de sujeitos de direitos, o que implica na valorização de seus direitos fundamentais. Trata-se de um modelo garantista de processo, que reflete as relações entre indivíduo e Estado, de maneira que as garantias daquele são tanto maiores, quanto maior for o caráter democrático desse.

1.3. A existência de Sistemas Mistos

Durante o século XVIII, no bojo do movimento Iluminista, o modelo processual inquisitorial, até então vigente, começa a ser questionado por pensadores como Montesquieu, Rousseau, Verri, Beccaria e Voltaire, os quais defendiam idéias como

¹⁶ ZILLI. Iniciativa... p. 147.

¹⁷ *Ibidem*, p. 148.

a igualdade entre os homens, a extinção da tortura, a tolerância religiosa e a adoção de alguns conceitos das sociedades ateniense e romana¹⁸.

Nesse contexto, ocorreu a Revolução Francesa e, com ela, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual consagrou os princípios da legalidade e da presunção de inocência. A partir de então, uma série de reformas foram realizadas a fim de adequar o processo penal francês à concepção vigente.

O resultado desse processo foi o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, o qual, no entanto, manteve resquícios da tradição inquisitória, pois misturou características do código anterior (*Code Louis*, representante do sistema inquisitorial) com características do processo acusatório romano. O processo foi, então, dividido em duas fases: a primeira, caracteristicamente inquisitorial, destinada à investigação, e a segunda, acusatória, destinada ao julgamento. Dessa forma, de acordo com boa parte da doutrina, criou o “Sistema Misto”.

Mauro Fonseca Andrade defende a existência dessa terceira espécie de sistema processual penal, sob o argumento de que o modelo é formado por elementos dos Sistemas Acusatório e Inquisitório, os quais, segundo o autor, não mais se verificam em sua forma pura. Fundamenta tal posicionamento no método de classificação de sistemas, com identificação de seus elementos fixos e variáveis, e de acordo com as manifestações históricas do fenômeno¹⁹.

Em sentido oposto, Aury Lopes Jr. e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho defendem que o Sistema Misto não pode existir, já que não se pode falar em um “princípio misto”. Nas palavras de Coutinho:

O problema é que é o fim do sistema – como referido –, que resignifica o princípio unificador e ele, como é elementar, ganha um colorido diferente nos dois sistemas conhecidos: o princípio unificador será inquisitivo se o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório. Como ideia única, não comporta divisão e, deste modo, não se pode ter um princípio misto e, de consequência, um sistema misto.²⁰

¹⁸ ANDRADE. Sistemas... p. 398

¹⁹ *Ibidem*, p. 426.

²⁰ COUTINHO. Sistema... p. 109.

Os autores defendem que o princípio unificador²¹/ núcleo fundante²² de tais sistemas reside na questão da gestão da prova, de maneira que o dito “Sistema Misto”, por colocar esse poder nas mãos do juiz, tem, na verdade, característica inquisitória (é regido pelo princípio inquisitivo, apesar de agregar a si elementos provenientes do Sistema Acusatório)²³.

No mesmo sentido, Gilberto Thums afirma que o Sistema Misto não é sistema, mas um “amontoado de regras”²⁴. Defende, ainda, que essa distorção decorre da carência de sistematização do processo penal, tal como a que ocorre no processo civil, e complementa:

Um amontoado de leis sem um princípio orientador jamais formará um sistema. A falta de técnica legislativa, a hipertrofia de leis penais, o apego aos dogmas, a influência histórica e ideológica provocam muitas distorções.²⁵

Diogo Rudge Malan também refuta a existência do modelo misto como um sistema autônomo. Sustenta que, modernamente, os Sistemas Inquisitório e Acusatório, apesar de apresentarem características opostas, “coexistem, em maior ou menor grau, na vasta maioria dos ordenamentos jurídicos de tradição europeia continental, em razão do caráter bifásico da persecução penal”²⁶.

De fato, essa parece ser a posição mais acertada, de maneira que, apesar de não existirem modelos puros, o que se verifica é que os sistemas apresentam características preponderantes de um ou outro modelo, no qual devem ser enquadrados para, a partir de então, buscar-se a adequação das disposições contrárias.

²¹ COUTINHO. Sistema... p. 109.

²² LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I., 7. ed., Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2011, p. 74

²³ COUTINHO. Sistema... p. 109.

²⁴ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 231.

²⁵ *Ibidem*, p. 231-232.

²⁶ MALAN, Diogo Rudge. **A Sentença Incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.61.

1.4. Sistema Adversarial

O Sistema Adversarial se apresenta em países vinculados ao sistema de *Common Law*, compartilhando características importantes do modelo acusatório, principalmente a separação das funções de acusação e julgamento em órgãos distintos. Distinguem-se, no entanto, desde a origem, e apresentam características singulares no que se refere ao controle da marcha processual, do que decorrem suas principais diferenças.

René David explica que esse sistema (da *Common Law*) foi elaborado na Inglaterra, e que compreende, também, os direitos de todos os países de língua inglesa, salvo certas exceções. Ressalta que apesar das diferenças estruturais existentes em cada um dos países, as características do modelo, no geral, são profundamente marcadas pela história do direito inglês²⁷.

Conforme Jacinto Coutinho, surgiu no reinado de Henrique II, que decidiu aliar-se aos senhores feudais, dando a eles espaço para a resolução dos litígios dentro dos próprios feudos. Para tanto, foi instituído um procedimento segundo o qual os acusados eram julgados por um júri popular (*Jury*), responsável pelas questões de direito material. As regras processuais eram ditadas pelo rei, cujos representantes não intervinham nos processos, a não ser para manter a ordem²⁸.

Dessa forma, os julgamentos se transformavam em grandes disputas entre acusação e defesa, travadas em locais públicos. Ao *Jury* cabia a função de decidir, com base nas provas e argumentos trazidos pelas partes. O resultado desse sistema foi que o direito material se tornou local e expresso muito mais por costumes do que por leis; por outro lado, o direito processual, formado por regras gerais, compôs um sistema comum (*Common Law*)²⁹.

Essa liberdade concedida pela jurisdição real de estabelecer o direito substancial, desde que respeitado o direito formal dado pelo rei, fez com que a jurisdição popular se expandisse largamente na Inglaterra. Na Europa Continental, ao contrário, a forte influência da Igreja Católica levou ao monopólio da função pela jurisdição real e pela jurisdição eclesiástica, de maneira que as formas de

²⁷DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 279.

²⁸COUTINHO. Sistema... p. 107.

²⁹*Ibidem*, p. 107.

juízo popular eram tratadas, em geral, como crime contra a administração da justiça³⁰.

Diogo Rudge Malan refere que, na seara penal, até o século XVIII, os acusados da prática de infrações graves eram proibidos de ter assistência jurídica, devendo exercer sua autodefesa. Somente na década de 1730 alguns juizes passam a autorizar a atuação de advogados de defesa nos tribunais, o que foi, aos poucos, transformando o processo penal inglês e dando origem ao processo adversarial³¹.

Nesse modelo, o ambiente forense é altamente estruturado, composto por regras procedimentais e reguladoras do comportamento de acusação e defesa, visando a assegurar a justiça do julgamento³². As partes, à semelhança do processo civil, possuem grande autonomia, dado que são responsáveis pelo litígio e pela produção das provas. O juiz, por sua vez, mantém-se neutro e passivo, exercendo função de árbitro que zela pela observância das regras que disciplinam o processo.

Essa característica – relativa à determinação da marcha do processo e à iniciativa instrutória – serve, para a doutrina anglo-saxônica, como critério distintivo entre o *Inquisitorial System* e o *Adversarial System*³³. Naquele, próprio do direito europeu continental e dos países por ele influenciados, o processo penal tem impulso oficial, portando-se o julgador de forma mais ativa; nesse, a atuação das partes prevalece, restando ao juiz o papel de árbitro expectador.

Tal classificação, apesar de vinculada a uma ótica anglo-saxônica do fenômeno³⁴, tem relevante papel no estudo dos sistemas processuais penais. Isso porque a compreensão de tais categorias evita a possível confusão entre o sistema acusatório moderno e *Adversarial System*. Conforme explica Ada Pellegrini Grinover:

Acusatório-inquisitório e adversarial-inquisitorial são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente. De um lado, portanto, o contraste ocorre entre sistema acusatório e sistema inquisitório, no sentido empregado para o processo penal no nº 2 deste estudo; do outro lado, a oposição manifesta-se, tanto no

³⁰ RAMOS. João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal Norte-Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 47-50.

³¹ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 13-14.

³² *Ibidem*, p. 18-20.

³³ ANDRADE. Sistemas... p. 105. ZILLI. A Iniciativa... p. 42 - 43. GRINOVER. A Iniciativa... p. 72.

³⁴ ZILLI. A iniciativa... p. 43.

processo penal como no civil, entre o adversarial e o inquisitorial system, vale dizer entre um processo que, uma vez instaurado (mantido, assim, o princípio da demanda, ou Dispositionsmaxime, na terminologia alemã), se desenvolve por disposição das partes (o que se denomina em alemão Verhandlungsmaxime) e processo de desenvolvimento oficial.³⁵

Isso quer dizer que o *Adversarial System* representa a escolha política por uma concepção privatística de processo, na qual a resolução dos conflitos é deixada a encargo das partes, sob a fiscalização de um juiz completamente passivo. Também significa que a adoção de um modelo publicista, com função social a ser defendida pelo Estado, não faz com que o sistema adotado deixe de ser o acusatório: só o faz integrar, conforme a doutrina anglo-saxônica, o *Inquisitorial System*.

Apesar do posicionamento contrário de respeitáveis doutrinadores, entendemos que o Sistema Adversarial deve ser qualificado como um modelo processual autônomo. Ele compartilha muitas características com o Sistema Acusatório, mas apresenta uma peculiaridade que o afasta desse, qual seja, a lógica privatística da marcha processual. Por causa dela, todo o rito processual apresenta forma diversa, com a instituição do “processo de partes” e do juiz expectador.

³⁵ GRINOVER. A Iniciatia... p. 72.

2. O Sistema Processual Penal Brasileiro

Apresentados os sistemas processuais penais existentes, há que se verificar qual deles vige no país. O ordenamento jurídico brasileiro não consagra qualquer modelo de forma expressa, o que suscitou, e ainda suscita, muitos debates acerca do sistema adotado. No entanto, a análise da Constituição Federal permite apontar uma unidade sistêmica, indicadora da escolha do legislador.

2.1. O Sistema Processual Penal adotado pela CRFB/88

O Código de Processo Penal vigente tem inspiração no Código Italiano de 1930³⁶, e foi promulgado em 1941, durante o Estado Novo, de Getúlio Vargas. A conjuntura política ditatorial refletiu-se na adoção de um modelo processual com pouco espaço para os direitos individuais.

Na exposição de motivos do estatuto, escrita pelo então Ministro Francisco Campos, lê-se o seguinte:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de **maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem**. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com **pseudodireitos individuais** em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas

³⁶ TENÓRIO. Rodrigo Antonio. **A Ineficiência Gerada pela Tradição Inquisitorial: estudo dos Sistemas Brasileiro, Americano e Italiano**. Curitiba : Juruá, 2010, p. 11.

tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

As **nulidades processuais, reduzidas ao mínimo**, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É **restringida a aplicação do in dubio pro reo**.³⁷ (grifamos)

Claramente, percebe-se que o Código pretendia ser mais funcional do que garantista, elegendo a eficiência como seu objetivo maior. Ao defender o aumento da força repressiva do Estado, chega a qualificar de “pseudodireitos individuais” algumas garantias constitucionais que começavam a ser reconhecidas. Dessa forma, mostrava-se um Código menos acusatório e mais inquisitório.

O quadro se altera, no entanto, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988 (CRFB/88), a qual positivou um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Além disso, a Carta Magna atribuiu ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal³⁸, bem como garantiu a independência e neutralidade dos juízes, mediante a concessão prerrogativas funcionais.

Ainda que não exista referência expressa à adoção de determinado modelo, percebe-se que o legislador constituinte adotou os contornos de um Sistema Processual Penal Acusatório³⁹. Isso porque o seu caráter extremamente democrático e garantista se opõe frontalmente às características de um modelo inquisitório. Mais do que isso, também foi positivada a principal característica acusatória, que é a separação das funções de acusação e julgamento.

Contudo, parte da doutrina diverge de tal conclusão, principalmente pelo fato de o Código de Processo Penal prever uma fase pré-processual com fortes características inquisitoriais. Alguns doutrinadores defendem que o Brasil adota um

³⁷ Disponível em: <http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/DECRETOSLEI/DL3931_1941.PDF>. Acesso em: 19/11/2012.

³⁸ CRFB/88, art. 129.

³⁹ Defendendo essa posição: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 44; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 8; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Direito Processual Penal**. Volume 1. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 92-93;

sistema misto, como Mauro Fonseca de Andrade, já referido, Marcos Alexandre Coelho Zilli⁴⁰ e Guilherme de Souza Nucci⁴¹. Outros, por sua vez, sustentam a vigência de um sistema inquisitório, como Aury Lopes Jr. e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, também já citados.

Apesar da controvérsia, o Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento no sentido de que a Constituição brasileira adota o Sistema Acusatório⁴². Tal definição é importante, uma vez que deve servir de norte ao legislador, bem como ao aplicador do direito, que precisa promover a adequação interpretativa, para o fim de aplicar as normas processuais penais de acordo com o modelo constitucional.

Isso porque, conforme lecionou Kelsen, o ordenamento jurídico é uma construção escalonada de normas, em que a constituição está no topo (abaixo, apenas, da “norma fundamental hipotética”)⁴³. É dela que as demais normas retiram seu fundamento de validade, de maneira que, entre essas e aquela, não pode haver qualquer conflito. Nas palavras de Kelsen:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma de escalão inferior tem seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se a norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior.⁴⁴

Dessa forma, quando, aparentemente, uma norma contrariar o texto constitucional, deve-se observar suas possíveis interpretações e, dentro desse quadro, escolher aquelas que se mostram compatíveis com a moldura das normas constitucionais. Essa possibilidade de “salvamento” da norma se trata da *interpretação conforme a Constituição*, a qual é explicada por Alexandre de Moraes da seguinte maneira:

⁴⁰ ZILLI. A Iniciativa... p. 175.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 122.

⁴² HC 73.590/SP, HC 84.051/PR

⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. Revisão para edição brasileira de Silvana Vieira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 240.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 223.

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico.⁴⁵

Conforme o autor, o limite dessa interpretação está no texto expresso da lei, que não poderá ser contrariado, sob pena de constituir invasão do judiciário nas outras esferas de poder. Se o mecanismo não for possível – se nenhum dos sentidos do enunciado normativo for compatível com a constituição –, essa norma será considerada inválida (inconstitucional, portanto)⁴⁶.

Ora, se determinadas normas processuais penais, notadamente as relativas à fase pré-processual, parecem apresentar conteúdo inquisitorial, não há que se considerar que o procedimento por elas regrado se desenvolva alheio aos princípios constitucionais. Pelo contrário, tais disposições devem se adequar ao modelo previsto na Carta Magna, sob pena de serem extirpadas do ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, conclui Norberto Avena:

Ora, todos concordam que, embora inexista um dispositivo legal expresso na Constituição Federal de 1988, é dela que se extrai o conjunto de princípios e normas e conduz ao entendimento de que o direito brasileiro agasalhou o sistema acusatório. Por outro lado, também não há dúvidas de que os dispositivos pelos quais muitos autores sustentam ter sido adotado o sistema inquisitivo garantista encontram-se incorporados à legislação infraconstitucional. Nesse contexto, espelhando a Lex Fundamentalís o modelo acusatório e inserindo a legislação infraconstitucional normas que sugerem o modelo inquisitivo, duas soluções se apresentam: ou se considera inconstitucional, por violação por violação do sistema acusatório, todo e qualquer dispositivo infraconstitucional que consagre procedimento incompatível com as regras desse modelo; ou, então, busca-se conferir a tais previsões legislativas interpretação conforme a Constituição Federal. Cogitar de uma terceira possibilidade, qual

⁴⁵ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 45.

⁴⁶ Sobre o assunto: “A interpretação conforme à Constituição, se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei”. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamego. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 479 – 484.

seja, a coexistência do sistema inquisitivo previsto em dispositivos de legislação infraconstitucional juntamente com o sistema acusatório assegurado em normas constitucionais, a nosso ver, implica negar vigência à Constituição Federal enquanto Lei Maior.⁴⁷

Portanto, a Constituição Federal, como norma fundamental do ordenamento jurídico, estabelece um modelo representativo de preceitos consagrados ou que se pretenda consagrar. Suas disposições devem ser seguidas em todas as esferas, e especialmente no âmbito penal, constituem limite rígido à atuação estatal, no momento em que ela se choca com os direitos fundamentais do cidadão. Mais do que isso, a Constituição estabelece a espinha dorsal do país, concretizando um conjunto de valores e objetivos que denotam o grau de evolução e as aspirações, numa perspectiva futura, da nação.

2.2. Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro

Dado que a Constituição é o ponto culminante da hierarquia do ordenamento, apresentando os fundamentos políticos e institucionais de toda a legislação infraconstitucional, conclui-se que o processo penal brasileiro é repleto de garantias individuais. Essas provêm não só do texto constitucional, mas também do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).

Nesse contexto, o principal corolário dos direitos fundamentais do cidadão frente à atuação estatal é o devido processo legal, insculpido no art. 5º, inciso LIV, da CRFB (*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*). Essa garantia se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis ao processo, abrangendo praticamente todos os direitos fundamentais oponíveis ao Estado, conforme explica Rogério Lauria Tucci:

⁴⁷ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 16.

[...] consubstancia-se, sobretudo, como igualmente assentado, numa garantia conferida pela Carta Magna, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, mediante a efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários, e num prazo razoável.⁴⁸

O mesmo autor complementa que, na esfera penal, tais componentes constituem o devido processo penal, o qual é especificado nas seguintes garantias:

a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) do tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou do condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e, h) da legalidade da execução penal.⁴⁹

O devido processo legal exige, portanto, de acordo com o artigo 5º, da Constituição, que as partes sejam tratadas com igualdade (*caput*), assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa (LV). Também garantindo a plenitude da defesa, apresenta-se a vedação às provas ilícitas (LVI), o que inclui as obtidas por meio de tortura (inciso III), violação da intimidade (X), da casa (XI) ou do sigilo da correspondência e da comunicação telefônica (XII), salvo, nas últimas três hipóteses, por determinação judicial.

Há, ainda, a presunção de inocência (LVII), correspondente à não-consideração prévia da culpabilidade, que é tida como a mais importante garantia do devido processo penal⁵⁰. Ela atua como regra de tratamento aos acusados, que devem ser considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória, e também como regra de juízo, uma vez que reforça a prova necessária para afastar a presunção.

⁴⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.

⁴⁹ TUCCI. Direitos... p. 61.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 312.

Somam-se, também, ao preceito, a garantia do juiz natural (LIII) (competente e imparcial⁵¹), da publicidade dos atos processuais (LX) e da motivação dos atos decisórios (art. 93, IX), as quais impõem regras procedimentais ao poder jurisdicional.

Dessa forma, verifica-se que a Constituição coloca o devido processo legal como supremo guardião do *ius libertatis*, ao impor restrições e obrigações aos agentes estatais. Seu conteúdo material abrange outras tantas garantias essenciais, de maneira que praticamente sintetiza as características do processo em um Sistema Acusatório. Esse é também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa no seguinte julgado:

“HABEAS CORPUS’ - JÚRI - TESTEMUNHA ARROLADA, COM A CLÁUSULA DE IMPRESCINDIBILIDADE, PARA SER INQUIRIDA NO PLENÁRIO DO JÚRI (CPP, ART. 461, “CAPUT”, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.689/2008) - DIREITO SUBJETIVO DA PARTE - NÃO COMPARECIMENTO, CONTUDO, DE REFERIDA TESTEMUNHA, JUSTIFICADO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE ATESTADO MÉDICO - MANIFESTAÇÃO DO RÉU INSISTINDO NA INQUIRIÇÃO, EM PLENÁRIO, DE REFERIDA TESTEMUNHA - INDEFERIMENTO DESSE PLEITO PELA JUÍZA-PRESIDENTE - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA EVIDENTE AO DIREITO DE DEFESA DO ACUSADO - NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA - RÉU QUE EXPRESSAMENTE MANIFESTOU O SEU DESEJO DE SER DEFENDIDO POR ADVOGADO QUE ELE PRÓPRIO HAVIA CONSTITUÍDO - PLEITO RECUSADO PELA MAGISTRADA QUE NOMEOU DEFENSOR PÚBLICO PARA PATROCINAR A DEFESA TÉCNICA DO ACUSADO - TRANSGRESSÃO À LIBERDADE DE ESCOLHA, PELO RÉU, DE SEU PRÓPRIO DEFENSOR - DESRESPEITO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO - INVALIDAÇÃO DO JULGAMENTO PELO JÚRI - PEDIDO DEFERIDÓ. LIBERDADE DE ESCOLHA, PELO RÉU, DE SEU PRÓPRIO DEFENSOR. (...)
 ABRANGÊNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW", QUE COMPREENDE, DENTRE AS DIVERSAS PRERROGATIVAS DE ORDEM JURÍDICA QUE A COMPÕEM, O DIREITO À PROVA. - **A garantia constitucional do "due process of law" abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os**

⁵¹ A imparcialidade do juiz também está prevista no artigo 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, que dispõe: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juízo ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos ou obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf>. Acesso em: 29/11/2012.

quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual); (g) direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (l) direito de ser presumido inocente (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO); e (m) direito à prova. (...)

(HC 96905, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-146 DIVULG 29-07-2011 PUBLIC 01-08-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-160 DIVULG 19-08-2011 PUBLIC 22-08-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-02 PP-00155). Grifamos.

Todas essas garantias apresentam unidade sistêmica, de maneira que se enquadram, conforme exposto, em um modelo acusatório de processo penal. É sob essa ótica que a persecução penal deve ser observada no país. Contudo, verifica-se que, na prática, essa lógica não é seguida à risca, dado que persistem algumas características de cunho inquisitorial, as quais serão, em seguida, analisadas.

II – RESQUÍCIOS INQUISITORIAIS NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Como visto, o sistema processual adotado no ordenamento jurídico pátrio é o acusatório, em decorrência do extenso rol de direitos e garantias previstos em nossa Constituição. Tais disposições apresentam hierarquia superior, de maneira que devem enformar o curso da persecução penal, ainda que o Código de Processo Penal, ou outras leis esparsas, disponham de maneira diversa.

Isso implica na necessidade de que as normas processuais sejam interpretadas conforme a constituição e, quando isso não for possível (quando a interpretação não puder enquadrar o dispositivo na moldura constitucional), as mesmas devem ser consideradas inconstitucionais. Por esse motivo, o Processo Penal passou, ao longo dos anos, por inúmeras reformas pontuais, tais como a instituição da resposta preliminar, as modificações relativas às provas, as alterações nos institutos da *mutatio* e *emendatio libelli* e, recentemente, a regulação da aplicação das medidas cautelares pessoais.

Ocorre que a ausência de uma reforma completa no Código acabou transformando-o numa “colcha de retalhos”⁵², carente de unidade. Com intuito de resolver tal problema, atualmente, tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 (PLS 156/09)⁵³, o qual, apesar de receber elogios por propor mudanças estruturais no processo penal, tem gerado forte divergência doutrinária.

Fato é que essa heterogeneidade do Código de Processo Penal em vigor acaba perpetuando práticas da época da sua edição, com características inquisitoriais e contrárias, portanto, à ordem constitucional vigente. Isso se verifica tanto na fase pré-processual, com a supressão de algumas garantias do indiciado e atuação irrestrita do juiz, quanto na fase processual, quando o juiz, em alguma medida, atua além dos limites da sua função de julgador. Os principais resquícios da tradição inquisitorial, bem como as questões duvidosas, serão, a partir de agora, analisados.

⁵² HAMILTON, Sérgio Demoro. **Visão Crítica das Modificações na legislação processual penal brasileira: os procedimentos**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, v. 5, n. 30, jun./jul. 2009, p. 89.

⁵³ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 10/11/2012.

1. Fase Pré-processual

Em matéria penal, a simples instauração de um processo já causa prejuízos ao indivíduo. Por essa razão, e com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a investigação preliminar é uma fase muito importante do processo penal, uma vez que se exige a formação de um quadro probatório mínimo, capaz de sustentar tanto a materialidade, como os indícios suficientes de autoria.

A existência de um procedimento formal de investigação é dispensável quando houver elementos suficientes, que viabilizem o exercício da ação, os quais podem ser obtidos com a *notitia criminis* ou com peças de informação (conforme os artigos 27, 39, § 5º e 46, § 1º, todos do Código de Processo Penal).

Contudo, a formalização da investigação é recomendável para que o Ministério Público constitua, de maneira adequada, seu convencimento sobre o fato delituoso (*opinio delicti*). O principal mecanismo de investigação criminal é o inquérito policial, o qual é coordenado pela Polícia Judiciária. Esse, contudo, não é o único meio de investigação preliminar. Existem também as Comissões Parlamentares de Inquérito, os procedimentos administrativos fiscais, apurando ilícitos penais praticados pelo contribuinte, entre outros.

Ocorre que, apesar da importância do procedimento, é nessa fase da persecução criminal que se verificam os principais pontos de conflitos do Código de Processo Penal com o modelo acusatório adotado pela Constituição. É no inquérito policial que parte da doutrina sustenta o caráter “misto” do nosso sistema, uma vez que a fase pré-processual é considerada inquisitória.

Essa ideia se deve ao fato de que o inquérito policial foi, por muito tempo, um procedimento sigiloso, no qual não era garantido qualquer direito ao investigado. Mesmo após a promulgação da Constituição, as garantias nela previstas eram consideradas exclusividade da fase processual, enquanto se mantinham, durante a investigação, as características de cunho inquisitorial.

Atualmente, esse quadro tem apresentado certa evolução positiva. Contudo, a tradição inquisitorial ainda pode ser apontada em algumas situações, seja em decorrência da desatualização da legislação, ou em razão da não adaptação dos operadores do direito ao modelo adotado pela constituição.

1.1. A garantia dos direitos do investigado

Após a promulgação da Constituição Federal, o procedimento de investigação criminal tem passado por um processo de adequação aos direitos nela previstos. Doutrina e jurisprudência têm, aos poucos, determinado a extensão do âmbito de aplicação dessas garantias também à etapa pré-processual, em conformidade com o entendimento anteriormente exarado de que as disposições infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Carta Magna.

Houve a compreensão de que, apesar de o devido processo legal não abarcar essa fase, já que ainda não há processo, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como núcleo dos direitos do investigado. Nessa senda, os primeiros direitos garantidos aos indiciados (tantos aos presos, quanto aos que gozam de liberdade) foram relacionados à sua integridade física e moral, sendo vedados a tortura e os tratamentos desumanos ou degradantes (artigo 5º, incisos III e XLIX, da Constituição Federal).

Aos presos, também foram garantidos, pela Constituição, o direito de permanecer calados, sem que o silêncio fosse interpretado em seu desfavor, e a assistência da família e de advogado (LXIII). A atuação do advogado, considerada, pelo mesmo diploma, indispensável à administração da justiça (artigo 133, da Constituição), foi, no entanto, por muito tempo, negada aos indiciados em liberdade.

Contrariamente ao Estatuto da Advocacia (Lei nº. 8.906/94), que garante aos advogados amplo acesso a informações necessárias para o regular exercício da profissão (artigo 7º, incisos VI, XIII, XIV e XV), os tribunais negavam-lhes tal prerrogativa, sob o argumento de que o sigilo das investigações se coadunava com a prevalência do interesse público sobre o privado e com o dever estatal de garantir a segurança. Nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região:

PATRIMÔNIO DO PACIENTE. LEGALIDADE DA DECISÃO QUE OBSTOU A VISTA DOS AUTOS. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. RECURSO DESPROVIDO. I. Os princípios do contraditório e da ampla defesa não se aplicam ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial. II. **A restrição à liberdade profissional de advogado só se configuraria se**

demonstrada a iminência de medidas destinadas à restrição da liberdade física ou patrimonial do seu cliente, a demandar a efetiva ação do profissional do direito – o que não ocorreu in casu. III. Não há ilegalidade na decisão que, considerando estar o inquérito policial gravado de sigilo, negou fundamentadamente, vista dos autos inquisitoriais ao advogado. IV. Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado. V. Recurso desprovido. (RHC 13.360/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2003, DJ 04/08/2003, p. 327). (Grifamos)

HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. VISTA. SIGILO. ART. 20 DO CPP. ACESSO A ADVOGADO. ESTATUTO DA OAB (LEI 8.906/94). ART. 7º, INC. XIV. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1. A questão referente à negativa de vista do procedimento investigatório é matéria tecnicamente afeta ao mandado de segurança, pois do ato impugnado não decorre (ao menos diretamente: eventual constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente. Nada obstante, tendo em conta o princípio constitucional da universalidade da jurisdição inscrito no artigo 5º, XXXV, da CF/88 e considerando que a formalidade processual não deve se sobrepor à essência do direito, não se mostra razoável o writ sofrer restrições quanto à sua admissibilidade, sob o argumento de que a via eleita não é a mais adequada para o fim almejado. Precedentes. 2. **Sendo o inquérito policial um dos poucos poderes de autodefesa próprio do Estado no combate ao crime, deve ser assegurado no transcurso do procedimento investigatório o sigilo necessário à elucidação dos fatos (art. 20 do CPP). Nesse escopo, a regra insculpida no inc. XIV do artigo 7º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) que permite o acesso amplo e irrestrito do advogado aos autos do inquérito policial, deve ser interpretada levando em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado. Nessa ótica, mostra-se adequada a restrição à publicidade nos casos em que o sigilo das investigações seja imprescindível para a apuração do ilícito penal e sua autoria, sob pena do procedimento investigatório tornar-se inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.** 3. Se, nos processos judiciais ou administrativos sob o regime de segredo de justiça, o próprio Estatuto da Ordem estabelece restrições ao princípio da publicidade (art. 7º, § 1º) com muito mais razão elas devem ocorrer na fase apuratória - momento em que se colhem os primeiros elementos a respeito da infração penal. 4. Reconhecido, no caso concreto, a necessidade do sigilo. 5. Não vigoram na fase inquisitorial os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais somente são aplicáveis na instrução processual penal, pois a acusação somente se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa. Precedentes. (TRF4, HC 2004.04.01.005127-7, Oitava Turma, Relator Élcio Pinheiro de Castro, DJ 14/04/2004). (Grifamos)

Em 2004⁵⁴, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento diverso. Ainda que defendendo a inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa ao inquérito, a corte garantiu o direito dos investigados de se fazerem assistir por advogado, mesmo no caso das investigações que correm em sigilo. *In verbis*:

I. Habeas corpus: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial. 1. **O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta:** a circunstância é bastante para admitir-se o habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente. 2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado - como tal, questionável mediante mandado de segurança - e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado - por isso legitimado a figurar como paciente no habeas corpus voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores. II. **Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.** 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. **Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.** 3. **A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.** 4. **O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as**

⁵⁴ LOPES JR. Direito Processual... p. 318.

informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição. (HC 82354, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 10/08/2004, DJ 24-09-2004 PP-00042 EMENT VOL-02165-01 PP-00029 RTJ VOL-00191-02 PP-00547)

Apesar da decisão, a questão do sigilo dos inquéritos continuou suscitando divergências na doutrina e na jurisprudência. A problemática só foi resolvida quando, em 2009, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 14, com o seguinte teor:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Idêntico direito se apresenta em sede das investigações operadas diretamente pelo Ministério Público, conforme o precedente da mesma Corte:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME DE PECULATO ATRIBUÍDO A CONTROLADORES DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS, DENUNCIADOS NA CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327) - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NOTADAMENTE PORQUE OCORRIDA, NO CASO, SUPOSTA LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO "PARQUET" - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO.

(...)

É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA.

(...)

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: O PONIBILIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO "PARQUET", O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL. - **O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.).** - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - **O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponente ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.** (HC 94173, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-02 PP-00336)

Dessa forma, ficou garantido o acesso do advogado a todos os elementos que interessem à defesa de cliente, desde que já documentados, o que preserva o necessário sigilo dos atos de investigação em andamento, como a escuta telefônica

ou o mandado de busca e apreensão ainda não cumprido⁵⁵. Se, mesmo assim, for negado o pedido de vista do inquérito, o defensor pode utiliza-se da Reclamação direta ao STF (por se tratar de decisão que nega vigência a Súmula Vinculante), do Mandado de Segurança (já que configura direito líquido e certo), ou, ainda, do *Habeas Corpus* (dado o risco do ato resultar em restrição à liberdade do investigado).

Apesar dessa garantia, persiste a controvérsia acerca da existência de direito de defesa durante o inquérito policial. Boa parte da doutrina sustenta a impossibilidade de tal exercício, uma vez que o procedimento teria natureza inquisitiva, e o indiciado assumiria posição de objeto da investigação⁵⁶. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

É a posição natural ocupada pelo indiciado durante o desenvolvimento do inquérito policial. Não é ele, como no processo, sujeito de direitos, a ponto de poder requerer provas e, havendo indeferimento injustificado, apresentar recurso ao órgão jurisdicional superior. Não pode, no decorrer da investigação, exercitar o contraditório, nem a ampla defesa, portanto. Deve acostumar-se ao sigilo do procedimento, não tendo acesso direto aos autos, mas somente através do seu advogado. Por isso, é considerado como objeto da investigação.⁵⁷

Contudo, de acordo com o que foi demonstrado anteriormente, tal entendimento não se mostra compatível com a ordem constitucional vigente. A adoção de um sistema acusatório implica no dever estatal de garantir uma série de direitos aos cidadãos, dentre eles o de defender plenamente sua liberdade, seja durante o processo, ou durante o procedimento investigatório. Nesse sentido, posiciona-se Rogério Lauria Tucci:

Com efeito, preconizando o precedente inciso (LIV) que ‘ninguém será privado da liberdade (...) sem o devido processo legal’, à

⁵⁵ LOPES JR. Direito Processual... p. 320.

⁵⁶ “O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas, sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial.” RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P. 94.

⁵⁷ NUCCI. Manual... p. 164.

evidência que se deverá conceder ao ser humano enredado numa *persecutio criminis* todas as possibilidades de efetivação de ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contraditoriedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou do de execução, seja absolutória ou condenatória a sentença proferida naquele.⁵⁸

Aury Lopes Jr. sustenta que o art. 5º, LV, da Constituição Federal, ao determinar que são assegurados o contraditório e a ampla defesa aos acusados em geral, abrangeria situações além daquelas em que há acusação formal, em sentido estrito. Assim, considerando-se que o indiciamento é uma espécie de acusação, em sentido amplo, então essas garantias foram constitucionalmente estendidas, também, à fase pré-processual⁵⁹.

Apesar de manifestações contrárias à hipótese (como no julgamento do HC 82354, de 2004, supracitado), o Supremo Tribunal Federal acabou ratificando tal entendimento. No julgamento do Habeas Corpus 92.599-5/BA, em 18/03/2008, o relator, Ministro Gilmar Mendes, proferiu as seguintes afirmações:

Com relação à argumentação expedida pelo acórdão ora impugnado, reforço as razões que apresentei na decisão liminar, para rechaçar a premissa de que o inquérito policial corresponderia a procedimento investigatório e inquisitorial imune ao contraditório e à ampla defesa. É certo que a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial é objeto de muita controvérsia.

Parte expressiva da doutrina (MIRABETE, Júlio Fabbrini, Processo Penal, São Paulo: Atlas, 1991, p.75; e MARQUES, José Frederico, Elementos de direito processual penal, Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. I, p. 157.) e da jurisprudência (cf. RE 136.239/SP, Rel. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 14-8-1992) entende ser inaplicável a garantia do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, uma vez que se não tem aqui um processo compreendido como instrumento destinado a decidir litígio.

Orientação mais extensiva é defendida, entre outros, por Rogério Lauria Tuci, que sustenta a necessidade da aplicação do princípio do contraditório em todo o período da persecução penal, inclusive na investigação, visando dar maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa.

Afirma Tucci que a 'contraditoriedade da investigação consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que, por ser um

⁵⁸ TUCCI. Direitos... p. 148.

⁵⁹ LOPES JR. Direito Processual... p. 316.

‘elemento decisivo do processo penal’, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em mero requisito formal’ (TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 357-360).

No âmbito dos inquéritos policiais e originários, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de garantir, a um só tempo, a incolumidade do direito constitucional de defesa do investigado ou indiciado e a regular apuração dos fatos e documentos que sejam, motivadamente, imprescindíveis para o desenvolvimento das ações persecutórias do Estado (HC 90.232/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 2.2.2007; HC 82.354/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 24.9.2004).

Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem assegurado a amplitude do direito de defesa em sede de inquéritos policiais e originários, em especial no que concerne ao exercício do contraditório e ao acesso de dados e documentos já produzidos no âmbito das investigações criminais. A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

(...)

Assim, verifica-se que tais julgados respaldam a tendência interpretativa de garantir aos investigados a máxima efetividade constitucional no que concerne à proteção dos direitos fundamentais da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV).

Nesse julgado, a Corte concedeu ordem de *habeas corpus* para determinar a juntada ao inquérito de documentos produzidos pela defesa, o que havia sido negado, inclusive, pelo STJ. Argumentou o Ministro que se tratavam de elementos considerados pertinentes, pela defesa, à elucidação dos fatos e ao convencimento do Ministério Público, e não meras providências visando ao tumulto processual, de maneira que não havia razão jurídica plausível para a negativa do pedido.

Portanto, o entendimento mais adequado (e aparentemente adotado por essa Corte Constitucional), é de que vigoram, na fase pré-processual, as garantias do contraditório e da ampla defesa. Elas se manifestam no direito de acesso aos elementos de prova já documentados (o que permite a análise de sua regularidade), bem como na possibilidade de juntada de documentos pertinentes (que possam influenciar na formação da *opinio delicti*).

Essa faculdade está prevista no artigo 14, do Código de Processo Penal, que determina que as diligências requeridas pelo indiciado sejam realizadas, ou não, a juízo da autoridade. Com base no exposto pelo Ministro, no referido julgado, a aceitação de tal providência não pode ser um juízo arbitrário da autoridade, já que a negativa deve estar fundada na completa desnecessidade da medida.

1.2. A atuação do juiz na fase pré-processual

A atuação do juiz na fase pré-processual é, claramente, um dos pontos nevrálgicos da adequação de um sistema processual penal ao modelo acusatório. Isso porque essa participação coloca em risco dois preceitos fundamentais do modelo, quais sejam, a separação das funções de acusação e julgamento, e a imparcialidade do juiz.

O Código de Processo Penal vigente estabelece que toda a investigação seja acompanhada pelo juiz, que não só controla a regularidade dos atos e o cumprimento dos prazos, como também pode determinar, de ofício, a produção de provas. Dessa forma, está autorizado a participar ativamente na atividade probatória, antes mesmo da existência de um processo.

Essa possibilidade é criticada porque a determinação da produção de uma prova, por parte do juiz, pode acabar comprometendo-o psicologicamente com o seu resultado. Mais do que isso, essa atuação possibilita que ele vá formando seu convencimento quanto ao delito investigado. Mesmo assim, por força das regras de prevenção dos artigos 75, Parágrafo Único, e 83, do Código de Processo Penal, o magistrado que atuar na fase investigatória terá competência para julgar o processo dela decorrente.

É inegável, portanto, que esse quadro compromete a imparcialidade do julgador, que recebe a denúncia já conhecendo os fatos contrários e favoráveis ao réu. Ainda que, racionalmente, se empenhe em manter a equidistância em relação às partes, suas motivações de foro íntimo já estarão colocadas sob suspeita.

Além disso, nos moldes atuais, o juiz pode requisitar a instauração do inquérito (artigo 5º, II), bem como discordar do pedido de arquivamento feito pelo órgão do Ministério Público. Essa faculdade está prevista no artigo 28, do Código de Processo Penal, que determina que, nesse caso, o juiz envie o inquérito para o Procurador-Geral para que decida se oferecerá a denúncia ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual estará o magistrado obrigado a atender.

O Supremo Tribunal Federal tem, ainda, ampliado esse poder de divergência, entendendo que a decisão do chefe do Ministério Público somente vincula o juiz nos casos em que o pedido de arquivamento se baseie em falta de elementos suficientes para o oferecimento da denúncia. Quando fundado na extinção da punibilidade ou

na atipicidade, não seria de atendimento compulsório, frente à possibilidade de formação de coisa julgada material⁶⁰.

Todavia, ao possibilitar a interferência do órgão jurisdicional no oferecimento ou não da denúncia, essa disposição parece entrar em conflito com a Constituição, pois ela confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal⁶¹. Toda a instrução se destina à formação da sua convicção sobre o delito, de maneira que o *parquet* deve ser o árbitro exclusivo da viabilidade da acusação. O juiz, portanto, não tem competência para influenciar na decisão relativa ao oferecimento da denúncia. Da mesma forma, não poderia ter ingerência sobre a colheita das provas, já que a investigação não é uma atividade de natureza jurisdicional.

Nessa senda, Fabiano Augusto Martins Silveira traça outra crítica ao Código, no sentido de que, não sendo a investigação afeta à responsabilidade direta do magistrado, não haveria motivos para permanência do modelo triangular de tramitação (com a presença marcante do juiz entre o Ministério Público e a polícia). Essa interferência, sob a ótica do autor, é uma burocracia desnecessária, que compromete a celeridade do processo (por causa das idas e vindas entre os órgãos), e gera confusão sobre o papel do juiz na fase pré-processual⁶².

A compreensão desses aspectos levou alguns órgãos do judiciário a possibilitar a tramitação direta do inquérito entre polícia e Ministério Público. No âmbito federal, tal prática foi regulada pela Resolução nº 63, do Conselho da Justiça Federal, que enumera uma série de argumentos para tanto, dentre eles os seguintes:

CONSIDERANDO o sistema acusatório adotado pela Constituição da República de 1988, que preconiza nítida **separação entre as funções de acusar e julgar**;
CONSIDERANDO **ser o Ministério Público o dominus litis** da ação penal pública, nos exatos termos dispostos no inciso I do art. 129 da Constituição Federal;

⁶⁰ Pet 3297, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2005. Inq 1604 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002.

⁶¹ CRFB/88, artigo 129, inciso I.

⁶² SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal**, in: BONATO, Gilson (org.). Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 235.

CONSIDERANDO **ser o Ministério Público Federal o destinatário final das investigações** levadas a cabo no curso do inquérito policial presidido pela autoridade policial federal;

CONSIDERANDO **a atribuição conferida ao Ministério Público de exercer o controle externo da atividade policial**, prevista no inciso VII do art. 129 da Constituição Federal;

CONSIDERANDO ser o inquérito policial **procedimento administrativo** destinado, precipuamente, a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público;

CONSIDERANDO que os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório ficam plenamente garantidos, na medida em que **qualquer medida constritiva de natureza acautelatória, por força de determinação legal, só pode ser adotada se e quando deferida pelo Poder Judiciário**;

CONSIDERANDO que os prazos legais para a conclusão das investigações criminais tornaram-se extremamente exíguos, dado o imenso número de inquéritos policiais que se avolumam, em proporção geométrica, nas Delegacias de Polícia Federal do País, deixando evidente o descompasso existente entre o disposto na norma e a realidade fática diariamente enfrentada;

CONSIDERANDO que a preocupação da sociedade com a agilização dos processos e procedimentos sob responsabilidade estatal tem -se intensificado, resultando, inclusive, na inserção do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição da República, que alçou à categoria de **direito fundamental a razoável duração do processo**, no âmbito judicial e administrativo, assegurando todos os meios necessários à celeridade na sua tramitação;

CONSIDERANDO que não há exercício de atividade jurisdicional no simples deferimento de prorrogação de prazo para a conclusão das investigações policiais, situação que, além de acabar tornando o órgão do Poder Judiciário mero espectador, com **função eminentemente burocrática**, da atividade realizada no bojo do inquérito, **contribui desnecessariamente para o alongamento do procedimento e em nada influi na tutela judicial dos direitos fundamentais**;⁶³ Grifamos.

Percebe-se a reafirmação do caráter administrativo do inquérito policial, cujo resultado se destina ao Ministério Público, que é o *dominus litis* da ação penal pública. Além disso, fundamenta a desnecessidade da atuação judicial afirmando que é função institucional do *parquet* o controle da atividade policial (e, portanto, da regularidade dos atos de apuração das infrações), bem como que a prorrogação de prazos é função eminentemente burocrática, que só contribui para o alongamento dos procedimentos. A função do juiz, dessa forma, resume-se à decisão quanto a medidas cautelares constritivas, garantindo sua legalidade.

⁶³ Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/resolucao-63-cjf.pdf> >. Acesso em: 30/11/2012.

Outra experiência relacionada à atuação dos juízes na fase pré-processual é a da criação de varas especializadas de inquérito policial, em algumas capitais como São Paulo, Belo Horizonte e Curitiba⁶⁴. Com elas, o magistrado responsável por acompanhar o inquérito não é o mesmo que atuará na fase processual, o que representa grande avanço quanto à garantia da imparcialidade do julgador. Apesar disso, mantém a responsabilidade pelo fluxo do inquérito nas mãos do juiz, legitimando, pois, as práticas caracteristicamente inquisitoriais.

Em um sistema acusatório, o magistrado não deve atuar como supervisor do trâmite da investigação, mas sim como salvaguarda das garantias fundamentais do investigado. Nesse sentido, afasta-se plenamente da ideia de Juiz Instrutor, e assume papel de Juiz de Garantias. Essa figura já encontra amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como corolário do devido processo legal e da necessária separação entre as funções de acusação e julgamento:

INQUÉRITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PARLAMENTAR. NOMEAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O CARGO EM COMISSÃO OCUPADO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE PECULATO DESVIO (ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO DE OFÍCIO, SEM OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DOCTRINA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a opinio delicti do Ministério Público. 2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, verbis: “Um processo penal justo (ou seja, um due process of law processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microssistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais.” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009). 3. Deveras, mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar

⁶⁴ SILVEIRA. O juiz... p. 253.

adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas. 4. In casu: (i) inquérito destinado a apurar a conduta de parlamentar, supostamente delituosa, foi arquivado de ofício pelo i. Relator, sem prévia audiência do Ministério Público; (ii) não se afigura atípica, em tese, a conduta de Deputado Federal que nomeia funcionário para cargo em comissão de natureza absolutamente distinta das funções efetivamente exercidas, havendo juízo de possibilidade da configuração do crime de peculato-desvio (art. 312, caput, do Código Penal). 5. O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionalíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados. Precedentes (RHC 96713, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010; HC 103725, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010; HC 106314, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011; RHC 100961, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010). 6. Agravo Regimental conhecido e provido. (Inq 2913 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 20-06-2012 PUBLIC 21-06-2012). Grifamos.

O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal – PLS 156/09 – prevê a positivação dessa função. Na redação proposta para o artigo 14 do diploma legal, consta que o *juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário*. Dessa forma, o juiz da fase pré-processual atuaria garantido a legalidade da investigação, mediante provocação do Ministério Público e da Polícia.

Esse magistrado seria especializado na garantia dos direitos fundamentais ameaçados durante a atividade de investigação. Teria condições de decidir, com muito mais propriedade, sobre questões potencialmente lesivas, como medidas cautelares urgentes requeridas no curso do inquérito, formação antecipada da prova, pedidos de interceptação telefônica, quebra de sigilos fiscal, telefônico e bancário, e outras informações sigilosas⁶⁵.

Mais do que isso, está prevista a expressa vedação a que o juiz que tomar partido na investigação atue no processo. Esse impedimento, em completa oposição à regra de prevenção hoje vigente, garante a imparcialidade do julgador, que recebe

⁶⁵ SILVEIRA. O juiz... p. 257.

a denúncia sem nenhum pré-conceito sobre o caso. Essa, conforme Silveira, é a essência da concepção do juiz das garantias⁶⁶.

O autor refere que, além de requisito de um sistema acusatório, a imparcialidade do julgador constitui fator de legitimação política do Poder Judiciário. Já que a investidura na carreira não passa por sufrágio popular, a decisão de um juiz será tanto mais legítima, quanto mais afastada de acusações de tendenciosidade.

O juiz que não participa da fase investigatória está despido de vínculos com as decisões tomadas na fase anterior (desvinculação que, inclusive, está prevista no Anteprojeto 156/09, no artigo 15, § 2º). Também não apresenta quaisquer motivações de foro íntimo que o inclinem a tomada de alguma decisão. Isso porque o envolvimento do magistrado em decisões a favor ou contra uma das partes pode acabar antecipando o resultado do processo e a formação do convencimento, com poucas chances de modificação futura⁶⁷.

Essas mesmas medidas, determinadas na fase judicial, também podem apontar ao julgador o resultado do processo. Entretanto, Silveira salienta que a mesma crítica não se aplica a esse caso, já que o momento oportuno para a formação do convencimento é a própria instrução processual, na égide do devido processo legal e “sob o fogo cruzado do contraditório e da ampla defesa”⁶⁸.

⁶⁶ SILVEIRA. O juiz... p. 258.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 260.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 260.

2. Fase Processual

Na etapa processual, pelo menos em tese, não se verificam problemas no que concerne à garantia dos direitos do réu – já que, como visto, o devido processo legal impõe uma série de obrigações e limites aos órgãos estatais. Nessa fase, o papel do juiz é o ponto que envolve as questões mais delicadas em relação à adequação do Código ao modelo constitucional, porquanto a adoção de um sistema acusatório implica, justamente, na limitação da atuação do magistrado. A partir de agora, analisaremos as condutas do juiz que podem entrar em choque com esse sistema, especialmente com as características da imparcialidade e da separação entre as funções de acusação e julgamento.

2.1. Poderes instrutórios do juiz penal: possibilidade e limites

A iniciativa instrutória do juiz penal tem sido objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência, uma vez que se questiona a sua adequação ao ordenamento brasileiro e, caso admitida, a regularidade de sua amplitude. O tema tem como plano de fundo a compreensão acerca dos sistemas processuais penais e das suas características diferenciadoras. Como visto, parte da doutrina defende, resumidamente, que o que diferencia um sistema inquisitório de um sistema acusatório é, justamente, a possibilidade do exercício de atividade instrutória pelo juiz. Dessa forma, em um sistema acusatório, a gestão da prova deveria estar, unicamente, nas mãos das partes, sob pena de macular a imparcialidade do julgador, além de quebrar a igualdade, o contraditório e a própria estrutura dialética do processo⁶⁹.

Outra corrente doutrinária, à qual nos filiamos, defende que o núcleo diferenciador dos sistemas é a separação entre as funções de acusação e julgamento. Sob essa ótica, o juiz estaria autorizado a determinar a produção de provas complementares, desde que não substituísse a atuação das partes.

⁶⁹ LOPES JUNIOR. Direito Processual... p. 183.

A vedação à iniciativa instrutória do juiz, como já foi demonstrado, está relacionada aos Sistemas Processuais Adversariais, nos quais vigora uma concepção privatística de processo, com domínio da marcha processual pelas partes. Nesse modelo, o juiz assume papel de observador, árbitro da disputa entre acusação e defesa.

A despeito da defesa desse sistema por respeitáveis doutrinadores, uma importante crítica é feita a ele: o enfrentamento entre as partes, levantando e desconstituindo teses, acaba promovendo o afastamento do fato que originou o processo, o qual, em verdade, é de interesse de uma coletividade (da comunidade ou mesmo do país)⁷⁰. Dessa forma, tal sistema possibilita que as partes, por inabilidade ou mesmo conveniência, omitam fatos ou provas importantes ao processo, indo de encontro, pois, ao interesse público de resolução justa do caso.

Rogério Lauria Tucci refuta a ideia de lide entre acusador e acusado, ressaltando que o processo penal se caracteriza pelo conflito de interesses entre Estado e pessoa, ou seja, entre o dever de punir e o direito de liberdade. Esses interesses, por sua alta relevância social, são indisponíveis, de maneira que a condenação de um indivíduo é sempre dependente da deflagração da persecução penal oficial⁷¹.

Desse conflito entre poder punitivo e direito de liberdade, extrai-se que, no Brasil, o processo penal é regido pelo princípio publicístico, conforme explica Zilli:

Um conflito de interesses de alta relevância social é, pois, a tônica do processo penal. De um lado, posiciona-se o Estado, titular do poder-dever punitivo e destinatário do dever de respeito à liberdade jurídica. Do outro, situa-se o acusado, titular da liberdade jurídica e destinatário do dever de cumprir a sanção penal definitivamente estabelecida após regular processo. As peças, assim justapostas, fornecem a certeza de que o interesse prevalente no processo penal é de natureza pública, o que permite afirmar que o princípio que o alimenta é o publicístico – recomposição da ordem social e observância da liberdade jurídica do indivíduo.⁷²

⁷⁰ ANDRADE. Sistemas... p. 205.

⁷¹ TUCCI. Direitos... p. 29 – 40.

⁷² ZILLI. A Iniciativa... p. 111.

Ada Pellegrini Grinover explica tal característica apontando para o fato de que a jurisdição não se coloca à disposição das partes, mas sim em função do Estado e de seu objetivo de atingir a paz social, mediante a manutenção da integridade do ordenamento jurídico. Essa seria a função social do processo, a qual é atendida na medida em que “o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial”⁷³.

O caráter público do processo vem sendo defendido, nas últimas décadas, inclusive no âmbito do direito civil. O reconhecimento de que as questões levadas a julgamento afetavam terceiros alheios à lide fez com que surgisse a preocupação com a efetividade da justiça e sua aproximação da realidade. Isso levou a uma maior participação do julgador na produção das provas, ainda que de forma secundária. A proibição de tal atividade aos julgadores penais, como se percebe, seria um retrocesso a um problemático sistema acusatório individualista⁷⁴.

Ao contrário do que sustentam alguns doutrinadores, a iniciativa instrutória do juiz penal reforça a igualdade entre as partes, uma vez que se presta à supressão de eventuais desequilíbrios, decorrentes de fatores institucionais, econômicos ou culturais⁷⁵. Além disso, após apresentadas, os interessados podem se manifestar quanto a essas provas, de maneira que também resta obedecido o contraditório.

Por outro lado, essa atividade não afeta a imparcialidade do juiz – entendida como seu desinteresse subjetivo diante do caso, e sua equidistância em relação às partes⁷⁶. Quando assim procede, o julgador desconhece o resultado da diligência requerida, não sabendo, portanto, qual delas será favorecida por sua produção. Conforme Ada Pellegrini, “ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão”⁷⁷.

O mesmo raciocínio se aplica no que concerne ao Princípio da Presunção de Inocência. Se subsiste um estado relativo de dúvida, entre duas versões contraditórias e igualmente verossímeis, e existe uma possibilidade real de obtenção de nova prova, o juiz poderá requerê-las para formar sua convicção. Quando assim

⁷³ GRINOVER. A iniciativa... p. 73.

⁷⁴ ANDRADE. Sistemas... p. 213 – 214.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 191.

⁷⁶ ZILLI. A Iniciativa... p. 140 – 141.

⁷⁷ GRINOVER. A iniciativa... p. 74.

age, desconhece o resultado que poderá advir, o que afasta a alegação de que estaria agindo em favor da acusação⁷⁸.

Ainda que o ônus probatório recaia sobre o Ministério Público, somente é possível reconhecer um estado inafastável de dúvida quando ausentes outras fontes possíveis de prova⁷⁹. Nesses casos, aí sim, a regra do *onus probandi* se alia ao princípio do *in dubio pro reo*, tornando imperativa a absolvição⁸⁰. Na defesa dessa possibilidade, posiciona-se Badaró:

Num sistema em que somente as partes pudessem produzir provas, sendo o juiz absolutamente inerte, o não se desincumbir do encargo de provar necessariamente acarretaria a derrota processual. Todavia, nos sistemas em que o juiz possui poderes instrutórios, ainda que de forma subsidiária, o ônus da prova sofre atenuação. Como facilmente se percebe, mesmo que a parte não se desincumba de seu ônus subjetivo, é possível que o julgamento não lhe seja desfavorável, porque o juiz acabou determinando a produção de uma prova que demonstrou um fato favorável à parte que se omitiu em prová-lo.⁸¹

A doutrina contrária à ideia ampara seu posicionamento em reformas ocorridas em alguns países da Europa, as quais, segundo alguns, teriam retirado os poderes instrutórios das mãos dos juízes. Mauro Fonseca Andrade esclarece, no entanto, que as reformas processuais operadas na Alemanha, Portugal e Itália dizem respeito à fase de investigação criminal que ocorre antes do oferecimento da acusação, e não à produção de provas que se dá no curso do processo⁸².

Tais reformas, portanto, se ocuparam em extinguir o *juizado de instrução*, presidido pelo *juiz-instrutor*, substituindo-o pela investigação criminal conduzida pelo Ministério Público. Assim, trata-se da retirada de poderes do juiz na fase pré-processual, o que, conforme já exposto, se mostra, de fato, imprescindível para a garantia da imparcialidade do *juiz-julgador*⁸³.

⁷⁸ ZILLI. A Iniciativa... p. 151.

⁷⁹ ZILLI. A Iniciativa..., p. 151.

⁸⁰ Trata-se do ônus da prova objetivo, que recai sobre o juiz, e determina como ele deve decidir quando houver um estado de carência probatória. BADARÓ. Direito... p. 211.

⁸¹ BADARÓ. Direito... p. 210.

⁸² ANDRADE. Sistemas... p. 196-197.

⁸³ *Ibidem*, p. 197.

Na Espanha, ainda vigora a figura do juizado de instrução. Houve, no entanto, reforma no sentido de que o juiz que preside essa fase (chamada de *instrucción*) não possa atuar na etapa de produção probatória (fase de *juicio oral*). Dessa forma, essas alterações, decorrentes da Sentença 145/88, do Tribunal Constitucional espanhol, e da Lei Orgânica 7/88, nada tiveram a ver com a inércia judicial na fase de instrução processual, como é chamada pelo ordenamento pátrio⁸⁴.

Dado, portanto, que o juiz pode (e, por vezes, até mesmo deve) ter iniciativa instrutória, há que se referir que tal poder não é ilimitado. Devem existir mecanismos de controle destinados a resguardar a imparcialidade do julgador, mesmo nos casos de determinação *ex officio* da produção de alguma prova⁸⁵.

Ada Pellegrini refere que a iniciativa probatória oficial estaria balizada por três parâmetros: “a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas”⁸⁶. Andrade, no entanto, contrapõe-se a tais parâmetros, uma vez que o contraditório é a consequência natural da vinda de uma prova aos autos, e a motivação não impede que o juiz determine a produção de uma prova sobre a qual somente ele tenha conhecimento⁸⁷. Quanto à licitude e à legitimidade, ambas são exigidas de qualquer prova que venha a ser produzida.

O mesmo autor sustenta que a atividade probatória do juiz deve ter caráter supletivo à atuação das partes, restringindo-se às informações contidas no processo, e destinando-se à supressão de alguma obscuridade⁸⁸. Complementa com alguns exemplos:

A título de exemplo, esses dois requisitos permitiriam ao juiz realizar inspeções judiciais, ordenar a oitiva de testemunhas referidas e de testemunhas não arroladas pela defesa ou acusação (desde que constem no inquérito policial), ou, então, ordenar acareações e a produção de alguma perícia sobre o objeto litigioso ou o instrumento do crime.⁸⁹

⁸⁴ ANDRADE. Sistemas... p. 201.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 225.

⁸⁶ GRINOVER. A iniciativa... p. 74.

⁸⁷ ANDRADE. Sistemas... p. 226.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 227.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 227.

A primeira restrição está ligada à impossibilidade de que o juiz traga, para o interior do processo, algum tipo de conhecimento privado sobre o caso. O código processual penal vigente apresenta dispositivo criticável, nesse aspecto. Trata-se do artigo 234, que, de maneira extremamente ampla, autoriza o juiz a providenciar, de ofício, a juntada de documentos de cuja existência tenha notícia, relativos a ponto relevante da acusação ou da defesa.

A segunda limitação relaciona-se ao fato de que o juiz não pode substituir a atividade das partes, de maneira que só poderá esclarecer as dúvidas que se baseiem nos elementos de prova por elas suscitados. Nesse ponto, também se apresenta dispositivo questionado, já que o artigo 209, do código, determina que o juiz poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes, sempre que julgar necessário.

A amplitude de tais artigos (234 e 209) torna questionável sua constitucionalidade, uma vez que suas redações autorizam a iniciativa instrutória do magistrado totalmente independente de qualquer atividade das partes. O juiz que se imiscui nessas funções acaba perdendo sua imparcialidade (independentemente de agir em favor da acusação ou da defesa), o que, sabidamente, viola o sistema acusatório.

Em crítica relativa ao citado artigo 209, Zilli posiciona-se no mesmo sentido:

Entretanto, num processo democrático, em que a iniciativa instrutória do juiz não deve ser hipertrofiada e tampouco sobrepujar a atividade dos sujeitos parciais, a permissão legal deve ser empregada em caráter complementar, sendo cabível somente quando um quadro já tiver sido por aqueles apresentado. E será sobre tal quadro, então, que deverá recair uma análise acerca da necessidade e da pertinência de maiores accertamentos fáticos.⁹⁰

O artigo 156, do mesmo Código, constitui uma cláusula geral para a iniciativa probatória do juiz, autorizando-o a determinar a produção de diligências para o fim de dirimir dúvida sobre ponto relevante. Essa redação, ao contrário dos artigos antes analisados, traz uma indicação do limite desse poder – relacionado com alguma inconsistência ou incompletude constante em prova já produzida pelas partes.

⁹⁰ ZILLI. A iniciativa... p. 188-189.

O Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal segue a mesma linha. No artigo 165, Parágrafo Único, há previsão de que “será facultado ao juiz, antes de proferir sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida pelas partes”. Portanto, prevalece, por hora, o entendimento de que o sistema acusatório permite a concessão de poderes instrutórios ao juiz, desde que limitado pelos elementos apresentados pelas partes.

2.2. Princípio da correlação: *mutatio libelli* e ultrapetição

O princípio da correlação entre acusação e sentença determina que deve haver uma identidade entre o objeto da imputação e o da sentença. Isso quer dizer que o réu deve ser julgado pelos exatos fatos que constam na inicial acusatória. Essa garantia tem por escopo preservar a ampla defesa e o contraditório, protegendo as posições jurídicas tanto do acusado, quanto do Ministério Público.

Esse princípio faz com que a denúncia irradie seus efeitos em todos os atos do processo, pois ela fixa o objeto da prova a ser produzida no curso da instrução. Além disso, delimita a sentença, uma vez que serão nulas aquelas que não respeitarem os limites da acusação.

Existem três tipos de sentença que desrespeitam, nesse sentido, o princípio da correlação: são as sentenças *extra petita*, *ultra petita* e *citra petita*. A primeira é aquela em que o juiz julga fora do pedido (condena por outro crime, não contido na acusação); já na segunda ocorre julgamento para além do que foi pedido (condena pelo crime na forma mais grave do que a descrita na acusação). Ao ultrapassarem o objeto proposto na acusação, ambas se tornam nulas.⁹¹

A sentença *citra petita* é aquela que deixa de examinar um dos fatos imputados ao acusado, o que também a deixa maculada pela nulidade, pois há ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal). Contudo, a nulidade, nesse caso, ocorrerá somente em relação à parte em que houve omissão⁹².

⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. Direito Processual Penal. P. 309 -311.

⁹² *Ibidem*, p. 311.

Merece estudo mais aprofundado a questão da ultrapetição, a qual parece ter sido permitida, em alguma medida, pelo artigo 385, do Código de Processo Penal. Além disso, se mostra importante a análise dos conceitos de *emendatio libelli* e de *mutatio libelli*, a partir da qual poderemos apontar algumas questões problemáticas quanto à conformidade com o sistema processual acusatório.

2.2.1. Emendatio Libelli

A *emendatio libelli* se caracteriza pela alteração, por parte do juiz, da definição jurídica dada aos fatos pela acusação. Isso significa que os fatos imputados permanecem inalterados, mas há mudança na qualificação jurídica (na tipificação). Tal possibilidade é a materialização da regra *iura novit curia* (ou, ainda, do brocardo romano *narra mihi factum, dabo ti ius*)⁹³.

Ela se justifica porque o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados, não da qualificação jurídica dada a eles. Entretanto, a tipificação certamente influencia a condução da defesa. Como bem ressaltou Malan:

Note-se que a defesa técnica do réu por vezes é voltada única e exclusivamente ao combate da adequação típica feita na inicial acusatória (v.g. alegação da atipicidade do fato por ausência de elemento normativo do tipo; ausência de norma complementar à norma penal em branco; absoluta impropriedade do elemento material do crime, etc.), relegando aos fatos naturalísticos narrados na inicial a um plano secundário.⁹⁴

Para evitar esse tipo de surpresa, o autor sustenta que se deve abrir vista às partes para manifestação após a aplicação da *emendatio libelli*⁹⁵. Ao tomar essa providência, o juiz estaria “assegurando o contraditório em sua dimensão substancial, efetiva, contribuindo para uma maior legitimidade do provimento

⁹³ BADARÓ. Direito... p. 310.

⁹⁴ MALAN. A Sentença... p. 180.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 179.

jurisdicional”⁹⁶, o que, conseqüentemente, tornaria o processo mais adequado ao sistema processual acusatório.

Esse entendimento, contudo, não é compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal, que tem defendido a desnecessidade de reabertura da instrução na hipótese, sob o já referido fundamento de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação dada pelo Ministério Público. Nesse sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO EM CONCURSO DE PESSOAS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO E DE DENÚNCIA ALTERNATIVA. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Fato descrito na denúncia em sintonia com o fato pelo qual o réu foi condenado. **2. A circunstância de não ter a denúncia mencionado o art. 13, §2º, a, do Código Penal é irrelevante, já que o acusado se defende dos fatos narrados e não da capitulação dada pelo Ministério Público.** 3. O juiz pode dar aos eventos delituosos descritos na inicial acusatória a classificação legal que entender mais adequada, procedendo à emenda na acusação (*emendatio libelli*), sem que isso gere surpresa para a defesa. 4. A peça inicial acusatória, na forma redigida, possibilitou ao Paciente saber exatamente os fatos que lhe eram imputados, não havendo que se falar em acusação incerta, que tivesse dificultado ou inviabilizado o exercício da defesa. 5. Ordem denegada. (HC 102375, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 29/06/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-04 PP-00721 RT v. 99, n. 902, 2010, p. 522-527)

2.2.2. *Mutatio Libelli*

A *mutatio libelli* ocorre quando nova definição jurídica dos fatos faz-se necessária, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação. A redação anterior do artigo 384, do Código de Processo Penal, previa que, nesses casos, o juiz deveria baixar o processo para que a defesa, querendo, produzisse provas. O aditamento somente seria requerido caso a nova definição importasse na aplicação de pena mais grave.

⁹⁶ MALAN. A sentença...p. 179.

Esse quadro, duramente criticado por parte da doutrina⁹⁷, ia de encontro aos postulados do sistema acusatório, uma vez que autorizava o juiz a decidir fora dos limites da acusação. A condenação do réu por fato diverso do constante da denúncia viola o princípio da correlação, e implica no desempenho, por parte do juiz, de função persecutória.

Após a mini-reforma de 2008 (operada pela Lei nº 11.719/08), o artigo passou a determinar que, nesses casos, o Ministério Público deveria aditar a denúncia caso entendesse cabível nova definição jurídica. Não há previsão, portanto, de provocação do órgão ministerial pelo juiz, dada sua necessária postura de sujeito imparcial.

No entanto, essa posição não é unânime na doutrina. Alguns juristas entendem que o juiz, se reconhecer nova definição jurídica ao fato, em razão de circunstâncias ou elementos não contidos na denúncia, “deve abrir vista ao Ministério Público para que promova o aditamento da peça acusatória, prazo de 5 dias, no caso de ação pública”⁹⁸.

No sentido oposto, Paulo Rangel aponta que tal possibilidade não encontra amparo na Constituição vigente. Além disso, sustenta que a referida reforma se deu, justamente, pela compreensão de que a estrutura acusatória do processo penal não permite que o juiz provoque o Ministério Público ao aditamento. O julgador deve manter sua imparcialidade, enquanto o Promotor de Justiça, em face da obrigatoriedade da ação penal, é quem tem o dever de aditar a denúncia⁹⁹.

Aury Lopes Jr. segue a mesma linha desse autor, invocando, ainda, o princípio da inércia de jurisdição para afastar tal prática:

A iniciativa do aditamento deve ser inteiramente do Ministério Público, não cabendo ao juiz (como costumava fazer, a partir de uma míope leitura do art. 384) “invocar” o acusador para que aditasse. À luz do sistema acusatório constitucional, não cabe ao juiz invocar a atuação do MP, sob pena de completa subversão da lógica processual regida pela inércia do juiz. O juiz é quem sempre deve ser invocado a atuar, jamais ter ele uma postura ativa de pedir para o promotor acusar ele poder julgar... Isso conduz a uma quebra do

⁹⁷ “É evidente, de clareza solar, exceto para os cegos, que a norma inculpada no art. 384, caput, do CPP não foi recepcionada pela nova ordem constitucional.” THUMS. Sistemas... p. 290.

⁹⁸ NUCCI. Manual... p. 666.

⁹⁹ RANGEL. Direito... p. 318.

sistema acusatório e, dependendo da situação, fulmina com a imparcialidade do julgador, diante do pré-juízo.¹⁰⁰

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem adotado tal entendimento em alguns de seus julgados¹⁰¹, conforme se verifica nos precedentes abaixo colacionados:

APELAÇÃO CRIMINAL. ADITAMENTO À DENÚNCIA. ARTIGO 384 DO CPP. INICIATIVA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A nova redação do artigo 384, caput, do CPP incumbiu ao Ministério Público, de modo exclusivo, a iniciativa da mutatio libelli. Após a instrução processual, em sendo possível nova definição jurídica do fato imputado na denúncia - notadamente para uma mais gravosa - somente é cabível o aditamento à denúncia por iniciativa da acusação. Ausente tal iniciativa, não pode o juiz atuar emitindo qualquer juízo de valor acerca da necessidade de eventual aditamento, sob pena de violação do sistema acusatório e dos princípios da inércia da jurisdição e da imparcialidade do juiz. Nesse caso, ao juiz só é dado proferir sentença de mérito tendo por base o fato inicialmente denunciado. NULIDADE DA INICIATIVA JUDICIAL. (Apelação Crime Nº 70049852163, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 19/09/2012).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA EM RELAÇÃO AOS FATOS DE NÚMEROS 3 E 4 DA DENÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO FATO DE Nº 4 PARA ESTUPRO. RECEBIMENTO DO ADITAMENTO OFERECIDO EM RELAÇÃO AO FATO DE NÚMERO 2 TORNADO SEM EFEITO. PARCIALIDADE EVIDENCIADA. ABSOLVIÇÃO. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO 1º FATO. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO 7º FATO. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA EM RELAÇÃO AO 8º FATO. CONDENAÇÃO MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA INVIÁVEL. PENA REDIMENSIONADA.

(...)

2º Fato - Recebimento do Aditamento tornado sem efeito. Afasta-se da necessária imparcialidade o juiz que, com os autos conclusos para sentença, baixa o feito em diligência para "alertar" o órgão acusatório de que o depoimento em Juízo de uma das vítimas não está de acordo com o contido na denúncia, recebendo logo após aditamento à peça inicial neste sentido.

¹⁰⁰ LOPES JR. Direito... p. 401.

¹⁰¹ Em sentido diverso: "Não se revela a inconstitucionalidade na aplicação do art. 384 do CPP por sugestão do magistrado ao agente ministerial, tendo em vista que a própria lei dá ao julgador tal opção". (Apelação Crime Nº 70047969902, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 14/06/2012)

Decisão de recebimento esta que é agora anulada, por evidente prejuízo à defesa. Conduta que não se adequa aos ditames dos artigos 383 e 384 do CPP.

(...)

APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70050609841, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 11/10/2012). Grifamos.

Todavia, também na jurisprudência a matéria se mostra controvertida. Não há, no Supremo Tribunal Federal, posição definitiva quanto à matéria, porém o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da inexistência de óbice a que o juiz abra vista ao Ministério Público para que, querendo, adite a denúncia:

HABEAS CORPUS. CÁRCERE PRIVADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA. PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE INOCORRENTE. ORDEM DENEGADA. 1. Não há que se falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto incorre o alegado cerceamento, vez que obedecido o disposto no art. 384, do CPP, designando a Magistrada, naquela ocasião, reinterrogatório dos réus, abrindo prazo, sem prejuízo, para a Defesa pronunciar-se concedendo aos acusados a oportunidade de apresentação das alegações finais, não havendo portanto, nulidade no julgamento proferido. 2. **Inexiste violação ao princípio da imparcialidade do juiz, que representa verdadeira garantia de um julgamento estreme de dúvidas, tratando-se de um dos mais importantes princípios relativos aos órgãos julgadores, quando o Magistrado, sempre agindo com o zelo que lhe é peculiar e vislumbrando a hipótese de enquadramento de fato típico com aplicação de pena mais severa aos pacientes, abre vista ao Parquet e, logo após o recebimento do aditamento, faculta à Defesa a oportunidade de manifestar-se, bem como requerer as providências e medidas que entendesse cabíveis.** 3. Ausência de constrangimento ilegal de que tratam os arts. 5º, LXVIII, da CF/88 e 647, do diploma processual penal. 4. Ordem Denegada. (HC 148.190/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 03/05/2011). Grifamos.

Parece-nos, contudo, que a posição mais acertada é aquela que considera inadmissível a provocação do órgão ministerial pelo julgador, uma vez que tal atitude representa grave ofensa a dois princípios basilares do sistema acusatório: o da

imparcialidade do juiz e o da inércia da jurisdição. A atuação do judiciário depende de provocação. Isso implica na impossibilidade da sua manifestação sobre fato não suscitado pelo órgão responsável pela acusação.

No mesmo sentido, posiciona-se Nereu José Giacomolli:

A nova definição jurídica do fato há de ser feita voluntariamente, pelo sujeito a quem se atribui a função de acusar (art. 384, do CPP), independentemente de provocação do sujeito encarregado de julgar (magistrado), sob pena de indevida interferência funcional, antecipação de juízo condenatório, quebra do *due process of law* e do princípio acusatório, em prejuízo da defesa.¹⁰²

Dessa forma, se as provas produzidas durante a instrução indicam a prática de um único crime, diverso daquele cujos elementos estão descritos na exordial, e considerando que o Ministério Público não adite a denúncia, espontaneamente, a providência que resta ao magistrado é a absolvição.

Há, no entanto, no § 1º, do artigo 384, do Código de Processo Penal, previsão de que, caso o *parquet* não proceda ao aditamento, o juiz poderá aplicar, analogamente, a disposição do artigo 28, do Código. Ou seja, o julgador pode discordar do órgão acusador e enviar os autos ao Procurador-Geral, que dará a palavra final sobre o caso.

Percebe-se, pois, que, a esse caso, se aplicam as mesmas críticas feitas a esse artigo do código, quando da análise do poder de insistência do juiz em relação ao pedido de arquivamento do inquérito policial. Essa faculdade não se adéqua a um sistema acusatório, pois representa confusão entre as funções de acusação e julgamento, e fere a imparcialidade do juiz.

No anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, é mantida a previsão da *mutatio libelli*. Entretanto, o aditamento da denúncia deve ser requerido pelo Ministério Público durante a audiência, e o juiz somente decide por sua admissão após a oitiva da defesa¹⁰³. Percebe-se, portanto, a intenção de afastar,

¹⁰² GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) Do Processo Penal: Considerações Críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 108.

¹⁰³ PLS 156/09, artigo 419: Art. 419. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou de circunstância da infração

definitivamente, a possibilidade de aditamento provocado pelo juízo. Da mesma forma, não há previsão semelhante àquela do artigo 28, de maneira que o juiz fica adstrito à escolha da acusação.

2.2.3. Julgamento *ultra petita* e artigo 385, do Código de Processo Penal

O princípio da correlação (ou da congruência), conforme exposto, impõe a necessária correspondência entre a imputação e a condenação, ou seja, a sentença deve guardar estrita relação com os fatos e pedidos descritos na inicial. Os julgados que, de alguma forma, não se detêm a esses limites são considerados nulos.

Por esse motivo, determina o Código de Processo Penal – no artigo 41 – que a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias. Essa descrição fixa os limites do campo de atuação do poder jurisdicional, e acaba constituindo importante garantia do direito de defesa, já que assegura ao réu a certeza de que não poderá ser condenado por fato diverso do constante na exordial acusatória.

Mais do que isso, esse princípio se apresenta como corolário da separação entre as funções julgadora e acusatória, porquanto o Ministério Público, como titular exclusivo da ação penal, é o único autorizado a levar os elementos do fato delituoso ao conhecimento do poder judiciário, o que se dá mediante a denúncia. Não pode o juiz, dessa forma, julgar *extra* ou *ultra petita*, dado que estaria assumindo papel que não lhe compete em um sistema acusatório.

A despeito disso, o artigo 385, do Código de Processo Penal prevê o seguinte: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”. Da última parte do dispositivo, a

penal não contida na acusação, o Ministério Público, por requerimento em audiência, poderá aditar a denúncia, no prazo de 5 (cinco) dias, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1o Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado e realização de debates e julgamento.

§ 2o Aplicam-se as disposições dos §§ 1o e 2o do art. 418 ao *caput* deste artigo.

§ 3o Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 4o Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

qual interessa ao presente estudo, extrai-se a autorização a que o juiz considere circunstância não descrita na inicial, julgando, portanto, além dos limites propostos na acusação.

Ressalte-se que não se trata de mera requalificação de fato já descrito na inicial, o que se enquadraria no artigo 383, do Código. Nesse caso, não haveria óbice a que o juiz procedesse à alteração – desde que, conforme exposto, abrisse espaço ao contraditório. Esse artigo, em verdade, permite o reconhecimento de agravante que não foi alegada, o que constitui imputação de fato novo pelo próprio órgão jurisdicional¹⁰⁴.

Verifica-se, portanto, que tal possibilidade entra em conflito com o sistema acusatório, uma vez que elimina o pressuposto da separação das funções. Conforme Malan, ao proceder dessa forma, o juiz estaria exercendo “ação de ofício, ao arrepio da vontade de seu titular, comprometendo sua imprescindível imparcialidade”¹⁰⁵. Além disso, tal providência fere o contraditório, uma vez que não é dada à defesa a possibilidade de manifestar-se quanto à agravante imputada.

Segundo o autor, esse dispositivo é inconstitucional, uma vez viola a exclusividade do Ministério Público no exercício da ação penal de iniciativa pública, bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa. Tal entendimento foi adotado quando da redação do anteprojeto de reforma do Código Processo. Se aprovado, de acordo com seu artigo 420, ao proferir sentença o juiz não poderá reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada, o que tornará o processo mais adequado à ordem constitucional.

¹⁰⁴ MALAN. A sentença... p. 232.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 233-234.

CONCLUSÕES

No presente trabalho, demonstrou-se que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em razão da previsão de um extenso rol de direitos e garantias, adotou o Sistema Processual Penal Acusatório. Essa opção, por apresentar hierarquia superior dentro do ordenamento jurídico, implicou na necessidade de que a legislação anterior à Carta Magna se adaptasse ao novo modelo.

Por esse motivo, o Processo Penal passou, ao longo dos anos, por inúmeras reformas pontuais que pretendiam conferir-lhe caráter mais garantista, tais como as modificações relativas às provas, as alterações nos institutos da *mutatio* e da *emendatio libelli* e, recentemente, a regulação da aplicação das medidas cautelares pessoais. No entanto, a ausência de uma reforma total e pensada tornou o texto do Código heterogêneo, carente de unidade sistemática. Esse fato acaba perpetuando práticas de cunho inquisitorial e contrárias, portanto, à ordem constitucional vigente.

Nesse sentido, foi exposto que não há mais espaço para o sigilo, em relação ao réu e seu defensor, dos procedimentos já realizados e documentados na investigação preliminar. Mais do que isso, defendeu-se que, além desse direito de acesso aos elementos de prova, existe a possibilidade de juntada, por parte da defesa, de documentos pertinentes e capazes de influenciar na formação da *opinio delicti*. Essas seriam as manifestações do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual.

Entretanto, o papel do juiz é o ponto que envolve as questões mais delicadas em relação à adequação do Código ao modelo constitucional. Isso se deve ao fato de que a adoção de um sistema acusatório implica, justamente, na limitação da atuação do magistrado. A separação das funções de acusação e julgamento e a garantia da imparcialidade do julgador fazem com que todas as suas formas de agir de ofício sejam colocadas em questão.

Ainda assim, o código em vigor possibilita um amplo espectro de atuação do magistrado na fase pré-processual – o que inclui desde o requerimento de instauração do inquérito, até a determinação da produção de alguma prova. Mais do que isso, por força de regras de prevenção do próprio diploma legal, esse mesmo

juiz, que já teve contato com todo acervo probatório, terá competência para julgar o processo decorrente da investigação.

Demonstrou-se que tais disposições não são compatíveis com o modelo acusatório, no qual o juiz não deve atuar como supervisor do trâmite da investigação, mas sim como salvaguarda das garantias fundamentais do investigado. Dessa forma, defendeu-se a necessidade da criação da figura do “Juiz de Garantias”, prevista no Anteprojeto nº 156/09, que, além de ser especializado na decisão de questões potencialmente lesivas da investigação, é impedido de atuar no processo dela decorrente. Esse impedimento, em completa oposição à regra de prevenção hoje vigente, garante a imparcialidade do julgador, que recebe a denúncia sem nenhum pré-conceito sobre o caso.

Já no curso do processo, apesar da oposição por parte da doutrina, a atividade instrutória do juiz, em si, não é considerada contrária ao modelo, desde que existam limitações. É nesse aspecto que baseiam as críticas ao Código vigente, já que muitos dos seus artigos acabam ampliando demais tal prerrogativa, e possibilitando uma iniciativa totalmente desvinculada da atividade das partes, o que, aí sim, se considera inaceitável em sistema acusatório.

Por fim, discorreu-se sobre o princípio da correlação entre acusação e sentença, que tem sua origem, justamente, na distinção entre os sistemas processuais penais. Essa regra implica em que o objeto descrito na denúncia permaneça inalterado durante o desenvolver do processo, devendo o magistrado decidir dentro dos limites propostos pelo Ministério Público, que é o titular exclusivo da ação penal pública. Nesse sentido, também constitui importante mecanismo de defesa do contraditório, tendo em vista que o réu não poderá ser surpreendido com alterações nos fatos que lhe são imputados.

Dessa forma, demonstrou-se que, apesar da relevância da matéria, o Código de Processo Penal vigente regulou-a de maneira insuficiente e, em parte, contrária ao modelo constitucional: nos casos em que o juiz dá nova definição jurídica aos fatos (*emendatio libelli*), não se garantiu espaço ao contraditório; a *mutatio libelli* pode ser indicada ao órgão acusador pelo juiz (o que representa confusão entre as funções de acusação e julgamento); e há possibilidade de que o juiz reconheça agravantes não referidas na denúncia (ultrapassando, portanto, seus limites – ultrapetição – e configurando agir *ex officio* do órgão jurisdicional).

Diante das questões apresentadas, a conclusão a que se chega é que o Código de Processo Penal em vigor precisa passar por uma reforma completa. Vários de seus artigos têm a constitucionalidade questionada pela doutrina, de maneira que a falta de unidade sistêmica acaba gerando interpretações dissonantes e, conseqüentemente, insegurança jurídica (o que, em matéria penal, é ainda mais grave, tendo vista que o que está em jogo no processo é a liberdade do indivíduo).

Com intuito de resolver tal problema, atualmente, tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 (PLS 156/09)¹⁰⁶, o qual, apesar de receber elogios por propor mudanças estruturais no processo penal, tem gerado forte divergência doutrinária. Aprovado ou não, o certo é que essa reforma não pode demorar. Urge uma reforma total, capaz de dar legitimidade a todas as previsões da lei, evitando-se que sejam vistas com reserva por não terem nascido sob a égide de um regime democrático¹⁰⁷.

A vigência de um diploma legal inspirado em modelos autoritários não mais se sustenta, porquanto sua utilização acaba perpetuando práticas que, dada a sua discrepância em relação ao Sistema Processual Penal adotado, constituem violações aos direitos fundamentais. Por maior que tenha sido o esforço do legislador em promover a atualização do Código de Processo Penal, ele não conseguiu adequá-lo à concepção garantista adotada pela Constituição Federal.

¹⁰⁶ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 10/11/2012.

¹⁰⁷ ANDRADE. Sistemas... p. 462-463.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1 ed. 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Método, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**: tomo I. Rio de Janeiro : Elsevier, 2008

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

BONATO, Gilson (org.). **Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. **Anteprojeto nº 156/09**. Coordenador, Ministro Hamilton Carvalhido; relator, Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira. Brasília, DF: Senado, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 10/11/2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 06/12/2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/12/2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de informação legislativa, Brasília, v.46, nº 183, jul./set. 2009, p. 103-115. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em: 22/11/2012.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) Do Processo Penal: Considerações Críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 27, jul./set. 1999, p. 71 – 79.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **Visão Crítica das Modificações na Legislação Processual Penal Brasileira: os Procedimentos**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, v. 5, n. 30, jun./jul. 2009.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva: 2009

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. Revisão para edição brasileira de Silvana Vieira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I., 7. ed., Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2011.

MALAN, Diogo Rudge. **A Sentença Incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMOS. João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal Norte-Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

TENÓRIO. Rodrigo Antonio. **A Ineficiência Gerada pela Tradição Inquisitorial: estudo dos Sistemas Brasileiro, Americano e Italiano**. Curitiba : Juruá, 2010.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Direito Processual Penal**. Volume 1. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.