

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO NO PROCESSO
PENAL: UMA ANÁLISE DO SISTEMA ACUSATÓRIO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

André Moraes Castanho

Presidente Prudente /SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO NO PROCESSO
PENAL: UMA ANÁLISE DO SISTEMA ACUSATÓRIO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

André Moraes Castanho

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente /SP

2011

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO NO PROCESSO
PENAL: UMA ANÁLISE DO SISTEMA ACUSATÓRIO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Professor Jurandir José dos Santos
Orientador

Professor Mário Coimbra
Examinador

Daniel Louzada de Oliveira
Examinador

Presidente Prudente, 22 de novembro de 2011

O que mais preocupa não é nem o grito dos violentos, dos corruptos, dos desonestos, dos sem-caráter, dos sem-ética. O que mais preocupa é o silêncio dos bons.

Martin Luther King

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, Senhor da vida e dono supremo dos nossos destinos. Somente com a inspiração divina a idealização deste trabalho foi possível. E apenas com a força sobrenatural com que fui agraciado fui capaz de concluir este ensaio, aplicando dos meus mais sinceros valores, e demonstrando o que almejo para colaborar com um mundo mais justo e que conceda a igualdade de tratamento de todos os seres humanos.

Agradeço a Ele pelas pessoas que passaram em minha vida, a seguir listadas, pois através delas é que consegui finalmente finalizar esta árdua tarefa.

Agradeço a meus pais, Carlos Otávio Pereira Castanho e Marta Moraes Castanho, pela eterna compreensão e dedicação com que me criaram, sempre dentro das margens de valores e moralidade que tanto prezam, e que já sou profundamente grato se porventura eu tiver adquirido ao menos uma parcela desse montante. Como suporte de minha vida, não poderia deixar de agradecê-los por serem meus pais, e, se um dia, após a morte, eu pudesse retornar a este mundo, quantas vezes eu retornasse escolheria somente vocês como meus genitores.

Agradeço a minha irmã, Natalia Moraes Castanho, minha querida caçula, alegria de meus momentos difíceis. Agradeço aos nossos pais por terem me entregado você como presente, o mais especial de toda a minha vida, sem dúvida.

Agradeço ao Professor Jurandir José dos Santos, por ter aceitado compartilhar desse desafio em minha vida. Agradeço-lhe pelos conhecimentos transmitidos e pela dedicação empenhada, sem os quais eu não poderia cogitar um fim a este trabalho.

Agradeço aos meus amigos João Vitor Aguilera de Assis Vieira, Ana Flávia Trevizan, Jônatas Eduardo Batista Martins Teixeira, e Luis Otávio de Assis Onimaru, pelo apoio incondicional. Seja pela paciência com que aturaram meu mau humor durante a elaboração desta obra, seja pelos debates jurídicos que tanto me auxiliaram, seja pelo carinho e atenção que tiveram por mim, ou ainda pelas

madrugadas a fio dando risadas, me animando e sempre fortalecendo meu espírito, eu não poderia deixar de incluí-los neste rol, pois sem vocês este trabalho nunca teria sido concluído.

Agradeço, ainda, ao Professor Dr. Mário Coimbra e ao Dr. Daniel Louzada de Oliveira, por terem aceitado meu convite para serem meus examinadores.

Por fim, agradeço a todos que tenham de alguma forma colaborado para que eu efetivamente pudesse concluir este trabalho, seja o pessoal da faculdade, ou da Defensoria Pública, onde estagio. Se não nomeiei mais ninguém, é porque a exigência de concisão nestes agradecimentos me impede.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a compatibilidade dos poderes que são conferidos ao magistrado na determinação da produção de provas *ex officio*, fazendo-se uma análise à luz da interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988. Trata-se de uma pesquisa que se encontra inserida em Direito Processual Penal, mais especificamente na área da produção de provas. Abordaram-se os aspectos históricos da evolução da busca da verdade no processo penal, desde os tempos remotos dos povos gregos, passando pelos romanos, germânicos, período medieval, pós-Revolução Francesa até o atual estágio brasileiro. Foram selecionados determinados princípios que regem o processo penal, mas somente aqueles que efetivamente possuam um nexo com a presente obra, recorrendo-se sobre seus aspectos principais, bem como sua aplicabilidade como autorizadora ou não da atividade instrutória do juiz. Foi dado destaque aos tipos de sistemas de processo penal, quais sejam, o acusatório, inquisitivo e misto, bem como qual é o modelo aplicado no Brasil e qual seria o modelo que efetivamente estaria de acordo com os princípios constitucionais. Procedeu-se a um estudo acerca da busca da verdade no processo em geral e especificamente em processo penal, como forma de demonstrar como deve ser perquirida a verdade no âmbito processual, e quais as limitações que o magistrado possuiria nessa busca. Assim, analisou-se a existência das ditas verdades formal e real, demonstrando sua aplicabilidade no processo hodierno, bem como sua compatibilidade com o processo penal, de acordo com a análise de que o processo penal busca uma verdade efetiva e, por isso, o magistrado deveria ser investido de maiores poderes a fim de proceder à investigação dos fatos. Após, conceituou-se o instituto do ônus probatório, aplicando-o ao processo civil, e demonstrando sua incompatibilidade com o processo penal, cuja prova, conclui-se, deve ser somente da acusação, e não da defesa. Por fim, analisou-se se a iniciativa do magistrado encontra respaldo no ordenamento constitucional, e verificou-se que é inaplicável em processo penal a existência de poderes conferidos aos juízes para que procedam de ofício à busca das provas, sob pena de grave violação de sua imparcialidade, com a consequente prolação de uma sentença injusta, pautada em um juízo de cognição subjetiva e em violação à alheabilidade que se espera do magistrado na prolação da sentença.

Palavras-chave: Imparcialidade; Sistemas Processuais; Ônus da Prova; Prova da Acusação; Prova da Defesa; Iniciativa Instrutória do Magistrado.

ABSTRACT

The present essay aimed the analysis of the compatibility of the powers that are given to the magistrate for determining the production of evidence *ex officio*, making an analysis according to a systematical interpretation of the Federal Constitution of 1988. It's all about a research that's inserted in the Criminal Procedure Law, more specifically in the site of the production of evidence. It discussed the historical aspects about the evolution of the truth seeking in the criminal procedure, since remote times of the Greek nation, going through the Romans, Germans, Medieval Period, post-French Revolution until the present Brazilian stage. It were selected a couple of principles that rule the criminal procedure, but only those that effectively have some nexus with the current work, discoursing about its main aspects, as well about its applicability as authorizer or not of the instructorial activity of the judge. It was given feature to the types of criminal procedure systems, which are, the accusatory, inquisitorial, and mixed, as well the model applied in Brazil and which one would be the model that effectively would be accordingly to the constitutional principles. Then, it proceeded to a study about the search of the truth in the proceedings in general and then specifically in the criminal procedure, as a way to demonstrate how the truth ought to be reached in the proceeding sphere, and what are the limitations that the magistrate would have in this pursuit. Thus, it was analyzed the existence of the so said formal and real truths, demonstrating its applicability in today's procedure, as well its compatibility with the criminal procedure, according to the analysis that the criminal procedure seeks an effective truth and, because of it, the judge would have to be suited of greater powers in order to proceed to the investigation of the facts. After, it was conceptualized the institute of the onus of proof, applying it to the civil procedure, and demonstrating its incompatibility with the criminal procedure, whose the evidence, it's concluded, must be handled only to the accusation, and not to the defense. As an end, it was analyzed that if the initiative of the magistrate finds support in the constitutional system, and it was checked that it is unapplied in a criminal procedure the existence of the powers conferred to the judges so that they could advance in the search of evidence without requirement, under the penalty of severe violation of their impartiality, with the consequent pronouncement of an unfair sentence, based on a subjective cognition judgement and in a clear violation to the equidistance that's hoped of the judge at the moment of sentencing.

Keywords: Impartiality; Proceeding Systems; Onus of Proof; Accusation Evidence; Defense Evidence; The Magistrate's Instructorial Initiative.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ... 14	
2.1 O Estado, o Poder e o Direito	14
2.2 Considerações Históricas na Grécia Antiga	20
2.3 Considerações Históricas Sobre os Poderes dos Juízes em Roma	22
2.4 Poderes Instrutórios do Magistrado Entre os Germânicos	31
2.5 A Atividade Instrutória no Direito Canônico	33
2.6 A Evolução no Período Pós-Revolução Francesa	37
2.7 A Evolução da Busca da Verdade no Brasil	40
3 PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL PENAL	45
3.1 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa	45
3.2 Dos Princípios da Independência e Imparcialidade do Juiz	52
3.2.1 Princípio da independência	54
3.2.2 Princípio da imparcialidade	57
3.3 Princípio da Paridade de Armas	58
3.4 Princípio da Presunção de Inocência	59
4 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	61
4.1 Sistema Acusatório	61
4.2 Sistema Inquisitório	66
4.3 Sistema Processual Penal Misto	69
5 AS “VERDADES” E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	75
5.1 O Conceito de Verdade e Sua Aplicação ao Processo	75
5.2 A Verdade e a Certeza no Processo Penal	78
5.3 As Verdades Formal e Real	79
5.3.1 Verdade formal	80
5.3.2 Verdade real	84
5.4 A Verdade Formal e a Verdade Real no Moderno Processo Brasileiro	86
6 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL	90
6.1 Conceito de Ônus	90
6.2 Ônus da Prova no Processo Civil	93
6.3 Ônus da Prova no Processo Penal	94
6.3.1 Ônus da prova da acusação	94
6.3.2 Ônus da prova da defesa	100
6.4 A Prova Advinda da Iniciativa do Magistrado	103

7 CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120
ANEXOS	124

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da evolução histórica das sociedades, o homem verificou a necessidade de se agrupar como meio de sobrevivência. Como em toda a vida em sociedade, para manter um mínimo de paz possível, fez-se necessária a criação de regras de convívio social. Na medida em que essas sociedades vão se tornando complexas, entregou-se ao Estado a capacidade de organizar o modo de vida em sociedade, bem como a legitimidade para a criação de leis que regulamentem a vida social. Surgindo daí o Direito, como pressuposto lógico da vida em sociedade. Mas o próprio Direito possui sub-ramos, dentre eles o direito processual penal, que se ocupa da apuração dos fatos que tenham atentado contra bens jurídicos que determinada sociedade, no tempo e no espaço, tenha erigido a um grau de tamanha importância, que se faz necessária uma resposta estatal maior frente ao ato delitivo.

No entanto, tal busca não pode ocorrer a qualquer custo, motivo pelo qual foi instituído o processo como meio de apuração da verdade, cuja busca é a finalidade precípua da existência daquele. No que tange ao presente trabalho, verificou-se que a evolução política e social dos mais diversos povos, desde os gregos antigos até os tempos modernos, influencia na maior ou menor rigorosidade do processo. E essa análise fez-se necessária, na medida em que quanto mais rígidos e autoritários os sistemas políticos adotados em cada nação, maiores poderes investigativos serão atribuídos aos magistrados a fim de investigarem a verdade dos fatos. De outra banda, quanto mais democráticos forem os Estados, menores poderes serão conferidos aos juízes, na medida em que se atribuem às partes a demonstração da verdade.

A discussão que aqui se apresenta é de extrema importância na atual sistemática do processo penal brasileiro. A doutrina não é pacífica quanto à possibilidade de se atribuírem ou não poderes aos magistrados para determinar a produção de provas *ex officio*, razão pela qual o presente trabalho abordou os diversos princípios constitucionais que estão em jogo, bem como todas as argumentações utilizadas por aqueles que defendem ou não a atribuição de poderes instrutórios aos juízes, além do que se verificou qual é o posicionamento que mais

de adéqua à atual sistemática constitucional.

Com a presente obra, buscou-se, em suma, realizar uma análise da sistemática constitucional que deve reger o processo penal, bem como discutir os valores debatidos e que circundam a atuação do magistrado. Dessa forma, fez-se um exame conjunto dos valores sociais e da proteção que deve ser conferida ao indivíduo que esteja sendo processado frente à atividade estatal, assim como a evolução do procedimento apuratório da verdade, que variou significativamente ao longo dos tempos.

Para que a análise deste trabalho seja completa, utilizou-se precipuamente do método indutivo, levando-se em consideração os diversos aspectos norteadores do tema, culminando-se especificamente na atividade instrutória do juiz e sua adequação ou inaplicabilidade frente ao ordenamento constitucional. Também não se pode destacar o método histórico, haja vista que com o exame da evolução da atividade instrutória do julgador, é possível a verificação de ser o atual estágio evolutivo um progresso ou retrocesso frente aos institutos anteriores.

Assim, organizou-se o presente trabalho da seguinte maneira: primeiramente, discorreu-se sobre a atividade instrutória do magistrado ao longo da evolução das principais sociedades que influenciaram para o atual estágio de desenvolvimento da civilização ocidental. Além disso, feitas as considerações sobre esses povos, analisou-se a evolução do instituto à luz das Constituições Federais que o Brasil já promulgou; após, foram estudados os princípios que regem o processo penal, mais especificamente aqueles atinentes ao tema debatido nesta obra; em terceiro lugar, foram estudados os sistemas processuais penais que existem, que ora atribuem maiores poderes aos juízes, ora os reduzem e os entregam a cargo das partes; prosseguindo, sendo o processo um meio de busca da verdade que possui certas limitações e admite presunções de verdade quando da inércia ou atividade ineficaz das partes, impôs-se o esboço dos conceitos de verdade real e formal, muito discutidos e debatidos na doutrina e jurisprudência, que, em sua maioria, afirmam que como o processo penal visa a instrumentalizar o direito penal, que é o ramo do Direito adequado a tutelar os bens jurídicos, tem por função buscar uma verdade real, isto é, a efetiva, ao contrário do processo civil, cujos bens

tutelados são, em sua maioria, disponíveis pelas partes; por último lugar, couberam alguns apontamentos acerca do ônus probatório, vale dizer, o encargo que as partes possuem na demonstração da verdade que alegam, seja na análise do direito processual civil, seja no direito processual penal, bem como a distribuição que ocorre neste último. Além disso, como último tópico, discutiu-se a adequação da atividade incisiva do magistrado à luz dos preceitos constitucionais, inobstante autorização expressa do Código de Processo Penal.

Observe-se que neste ensaio não se deu atenção no que tange à ação penal privada, na medida em que esta se encontra em profundo desuso no ordenamento jurídico brasileiro, e os rumores sobre alterações legislativas indicam sua total supressão. Assim, será dada importância somente à atuação do Ministério Público como acusador no processo penal.

Para que o trabalho fosse concluído, foram estudados livros doutrinários, legislações e jurisprudências consultadas, comparando-se os mais diversos posicionamentos e encontrando-se qual é o mais adequado a regulamentar o processo penal brasileiro.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ

2.1 O Estado, o Poder e o Direito

Sem a pretensão de se fazer uma análise sociológica da evolução da sociedade, mormente em seus aspectos singulares e detalhes evolucionistas, faz-se necessária uma breve análise da legitimação do poder conferido ao Estado para legislar e controlar a vida em sociedade. Tal análise é imprescindível, uma vez que de acordo com o estágio evolutivo do Estado e de sua sociedade, estar-se-á visualizando suas características que podem tender tanto ao regime mais democrático, quanto a regimes ditatoriais, o que evidentemente refletirá de maneira direta nos apontamentos jurídicos instituídos nesse Estado.

Somente com um estudo histórico induz-se a uma reflexão sobre os institutos, permitindo, veementemente, que se observe o estágio processual hodierno e se verifique se há avanço ou retrocesso. Assim, primeiramente será verificada, ainda que de maneira breve, a legitimidade do Estado, detentor do poder, em criar as regras que regulamentam a vida social para, somente então, passarmos ao estudo das mais diferentes sociedades ao longo dos séculos, destacando suas peculiaridades em relação ao objeto-tema deste trabalho, qual seja, o poder conferido ao juiz na instrução do processo.

Com o crescimento dos aglomerados populacionais ao longo dos tempos, os indivíduos que os compunham observaram a necessidade de criação de normas que estabelecessem a vida em conjunto. A vida em sociedade exige a criação de regras que ditem a forma como as relações sociais devem ocorrer, de modo que sejam estabelecidos determinados direitos e deveres entre os cidadãos que garantam a manutenção da vida social.

Tal necessidade decorre, principalmente, não só da evolução e aprimoramento conjuntos, mas também da busca da segurança do grupo social frente a ameaças externas. As relações culturais, sociais e políticas delimitaram territorialmente a formação de conglomerados humanos que perceberam a

imprescindibilidade de proteção mútua, a fim de garantir a existência e manutenção do grupo ao longo dos tempos. Esse desenvolvimento acabou culminando no surgimento dos Estados.

No entanto, a vida em sociedade gera repercussões práticas não somente na exigência de proteção diante a perigos externos, mas na criação de regras de proteção frente a ameaças internas, entre os próprios indivíduos componentes daquele determinado grupo. Esse resguardo das relações sociais fez-se necessário a fim de evitar a criação de uma sociedade anárquica que, evidentemente, conduziria ao caos e ao conseqüente colapso dos agrupamentos humanos, fossem eles mais ou menos complexos, de acordo com sua localização e estágios evolutivos.

Essa evolução da sociedade, com a conseqüente instituição de regramentos sociais, chegou a ponto de não ser mais possível manter uma concentração do poder igualitariamente entre todos os indivíduos, mas foi imprescindível entregar nas mãos de uma entidade abstrata, denominada Estado, o poder de criar as leis necessárias a controlar a vida social e, em caso de transgressões desses institutos, a previsão de sanções e sua aplicação por esse órgão suprassocial, seja no âmbito cível ou penal.

Destarte, os integrantes das comunidades, por meio do contrato social, sacrificaram parte de sua liberdade em face da necessidade de estabelecer regras de convívio pacífico e manutenção da ordem, ainda que esta se dê pela utilização da força (BONFIM, 2011, p. 33-34).

A sociedade, por meio do contrato social, instituiu o Estado, atribuindo a um soberano o direito de ditar as regras. Os contraentes, nesse caso, são o povo e o próprio soberano, em que aqueles aceitam a submissão à autoridade deste, vinculando-se aos atos por este praticados. A partir do momento em que este contrato exaure-se, e, portanto, consolida-se o Estado como uma unidade determinada ao controle e manutenção da vida social, os regramentos passam a ser ditados pelas leis, isto é, pelo direito. A origem do poder do Estado, tendo na figura do soberano a legitimidade subordinante, dessa forma, deixa de ser atribuída ao contrato social para derivar única e exclusivamente da lei. O Estado, entendido como um todo, mantém-se unido para atender os fins sociais aos quais se destina

em razão do Poder Legislativo (BOBBIO, 2000, 145-146).

Todavia, grande foi a preocupação em descentralizar do Estado o poder absoluto de legislar, uma vez que o mesmo órgão que criaria as leis, muitas vezes, não limitaria sua própria atuação, de modo que estariam abertas as portas da arbitrariedade. Ora, se o Direito¹ é a limitação do poder estatal, mas o mesmo Estado é quem cria as leis, fez-se necessário instituir poderes complementares que contrabalanceassem as atividades de um ou de outro, de modo que o controle exercido por esses poderes uns sobre os outros restringa a atuação estatal, a fim de que sejam respeitados os mais básicos direitos e liberdades individuais de seus cidadãos, somente limitando-os em determinadas circunstâncias excepcionais. Ademais, as liberdades dos cidadãos só estariam garantidas se estes possuíssem a tranquilidade de que os atos governamentais submetam-se ao crivo dos outros poderes, com atividades distintas e exercidas por membros escolhidos de maneiras diferentes. Assim, incumbiria ao Poder Judiciário solucionar os conflitos particulares e julgar os indivíduos que pratiquem atos entendidos como delituosos; ao Poder Legislativo é pertinente a criação, ab-rogação e alteração das leis; e ao Poder Executivo cabe a aplicação da lei ao caso concreto, dentre outras atividades relacionadas à administração e segurança nacionais. A fusão desses poderes em um só ente, controlados por um só agente, por um grupo seletivo de indivíduos, ou mesmo sob o domínio de todo o povo, acabaria por desvirtuar as funções, criando uma tirania, em desrespeito completo às liberdades inerentes ao homem (MONTESQUIEU, 2004, 168-171).

No que concerne à atuação do Estado, tem-se o poder a ele conferido de aplicar as penas ao caso concreto, denominado *jus puniendi*². Ao longo da evolução das sociedades, são selecionados determinados bens tidos como

¹ Do ponto de vista sociológico, Lakatos (1999, p. 23), leciona que “a lei ou regra jurídica é estabelecida por um órgão competente, que se apresenta como um poder, e é válida para todos os casos semelhantes. O direito é um controle social, que, através da aplicação sistemática da força da sociedade politicamente organizada, exerce coerção efetiva sobre os indivíduos”.

² O Estado, todavia, antes de possuir a pretensão de aplicar uma sanção a um indivíduo a ele subordinado, tem o interesse de evitar que determinada conduta seja praticada. A pena, dessa forma, proporcional ao ato praticado, serve, antes de tudo, como forma de evitar que determinado comportamento se exteriorize, uma vez que o indivíduo pretendo a infrator refletirá sobre sua conduta antes de praticá-la, posto que esteja ciente da pena que poderá se seguir a sua atitude. Essa forma de controle social do Estado, assim sendo, possui uma via preventiva e outra repressiva, como maneira de evitar a prática de determinados atos reprováveis e, somente em caso de sua ocorrência, aplicar-se-á a medida sancionadora (LAKATOS, 1999, p. 235).

fundamentais que necessitam de maior proteção estatal, de modo que a violação a esses direitos por outros cidadãos incorrerá na abertura de um processo para averiguação fática, com a consequente aplicação de uma sanção ao indivíduo infrator. Todavia, há que se considerar que o Estado não atuará na repressão de todo e qualquer ato. Quando há a violação de determinada regra de um agrupamento social, diz-se que há um desvio de conduta. Este desvio comportamental acarretará o surgimento de um sentimento negativista que os outros integrantes do grupo possam estabelecer diante do infrator, com a consequente aplicação de uma sanção. Note-se, todavia, que nem sempre existe a necessidade de aplicação de uma pena, posto ser o desvio, em alguns casos, benéfico à sociedade como um todo. Tome-se como exemplo aquele indivíduo que pertença a certa organização criminosa e a abandona. Dentro de seu antigo agrupamento houve um desvio de conduta, posto que violou as regras internas que a organização estabeleceu, mas, para a sociedade, seu ato foi benéfico (LAKATOS, 1999, p. 227). Há, portanto, a necessidade de repressão de determinadas condutas quando estas provocarem um prejuízo à sociedade, o que se exterioriza pela violação de um bem jurídico pré-selecionado pelo legislador e colocado sob a proteção do direito penal e, após, atribuindo-se ao Poder Judiciário a presidência do processo penal e a aplicação da pena ao infrator, pena esta que variará proporcionalmente em relação aos valores tidos como essenciais para determinada sociedade no tempo e no espaço³. Nesse sentido, são pertinentes as lições de Tourinho Filho (2011, v. 1, p. 30):

Sem embargo, a doutrina majoritária fala de “lide penal”. O Estado é o titular único e exclusivo do direito de punir. Poderia reprimir os delitos pelos seus órgãos administrativos, ou pelos seus Juízes, como acontecia no processo inquisitivo, mas, como ninguém suportaria viver num Estado em que o titular do direito de punir pudesse exercê-lo desenfreadamente, ele autolimitou o seu poder repressivo, preferindo, tal como se dá no cível, o uso das vias judiciárias para julgar o seu interesse na repressão, e, ao mesmo tempo, tutelando o direito da liberdade, exigindo a paridade de armas, o

³ Lopes Jr. (2008, p. 6) afirma, com precisão, que “impõe-se a necessidade da utilização da estrutura pré-estabelecida pelo Estado – processo judicial – através do qual é designado um terceiro imparcial (juiz) pertencente à administração (pública) da justiça, cuja designação deve ser previamente estabelecida por lei, não cabendo à acusação ou à defesa sua escolha. Resulta de uma imposição da estrutura institucional adotada. O exercício do poder punitivo está condicionado e é condicionante da atuação estatal. O processo penal, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para imposição da pena”. Essa imposição de pena, por sua vez, dar-se-á mediante a instauração de um processo que, conforme se verá, é mais rígido quanto mais ditatorial é o regime e governo do Estado.

contraditório e a ampla defesa, não admitindo que o autor da conduta punível se submeta à pena sem reação, criou um verdadeiro processo de partes.

É óbvio que, muito embora hoje o processo penal caminhe na direção de conceder mais direitos aos acusados, de modo a introduzi-los efetivamente como parte no processo, e não reconhecê-lo apenas como um objeto, tal evolução ocorreu de maneira gradual e contínua. Certo é, pois, que foram cingidas as atividades estatais, concedendo ao Poder Judiciário a legitimidade para o deslinde das pretensões resistidas na sociedade. Assim, colham os ensinamentos de Tourinho Filho (2011, v. 1, p. 32):

Reconheceu, portanto, o Estado que o *processo*, mesmo para as relações jurídico-penais, é fator indispensável, pois visa a proteger os cidadãos contra os abusos do Poder Público [...]. E é porque todo o próprio manejo do poder envolve a possibilidade de abusos que o próprio Estado reconheceu a necessidade de que a pena seja aplicada mediante um processo.

O Poder Judiciário, dessa forma, como legitimado a aplicar a lei pré-determinada ao caso concreto, necessita do processo como único instrumento capaz de aplicar a lei penal ao caso concreto. O exercício do poder jurisdicional, portanto, depende exclusivamente da utilização do processo, até como forma de garantia ao acusado de previsão da atuação estatal, que não pode ocorrer ao alvedrio do julgador, mas respeitar os limites previamente criados. Assim, primeiramente o Estado, como forma de controle social, atribuiu a ele mesmo o direito de punir os cidadãos transgressores das normas penais abstratamente previstas e, ao mesmo tempo, entregou ao Poder Judiciário a capacidade de julgar esses entraves, que só podem ser discutidos em um processo penal de partes, não admitidas outras modalidades de solução do litígio, como autocomposição e outras soluções extrajudiciais, tal como ocorre no cível, ressalvadas determinadas exceções, como as trazidas pela Lei 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Brasil, que não constituem objeto de discussão neste trabalho.

Contudo, a atuação estatal por meio do Poder Judiciário evolui da mesma forma que a sociedade. Quanto mais ditador for o regime adotado pelo Estado, mais rígido será o sistema penal e processual penal daquela nação. De maneira inversa, quanto mais democrático o país, mais direitos serão concedidos

aos acusados, dentre eles a ampla defesa e o contraditório, como forma de responder, livremente, à acusação formulada. Têm-se, no primeiro caso, processos inquisitoriais, que não possuem a participação efetiva do réu na produção de provas e, não raro, o magistrado atua simultaneamente como julgador e acusador, ante a ausência do órgão do Ministério Público como legitimado a propor a ação penal pública. De outra banda, quando o regime da nação for democrático, prevalecerá o sistema acusatório, com as funções distintas de acusar, julgar e defender. Nesse sentido, colham-se os ensinamentos de Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 56):

No processo, o endurecimento manifesta-se no utilitarismo judicial, em atos dominados pelo segredo, forma escrita, aumento das penas processuais (prisões cautelares, crimes inafiançáveis, etc.), algumas absurdas inversões da carga probatória e, principalmente, mais poderes para os juízes “investigarem”.

Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

Desta feita, denota-se que existe uma relação direta entre a evolução histórica e os regimes de governo de determinada localidade, e a disciplina processual deste Estado, que tende a ser mais rigorosa e inquisitorial na medida em que o governante retém arbitrariamente a concentração de poder em suas mãos.

As transformações sociais são, sem dúvida, o que determina as alterações das regras e princípios ditados pelo Direito. Ao contrário do que comumente se imagina, não são sempre as leis isoladamente que alteram a vida social, mas são as modificações da própria sociedade que eminentemente também conduzem à necessidade de adaptação legislativa. Nesse sentido, observem-se os dizeres de Barros (2002, p. 50):

A instrução do processo não apresenta uniformidade ao longo dos tempos. A variação dos conceitos e sistemas que a envolvem sempre foi submetida ao influxo das transformações políticas, sociais, culturais e de costumes dos povos. Claro está que o sistema do processo penal contemporâneo contém regras que o distinguem dos procedimentos utilizados no passado, e, sem dúvida, sofrerá as transformações que serão ditadas pelas necessidades do futuro. O tempo é um fator preponderante nessa mutação de valores e o homem vai moldando o Direito em consonância com os interesses e possibilidades do presente.

Verifica-se, pois, que o direito determina as alterações na sociedade ou as próprias mudanças desta podem acarretar transformações na ordem legal. Trata-se de uma mudança de mão dupla, na medida em que as mutações sociais, sejam elas mais lentas ou mais aceleradas, conforme a sociedade de que tratamos no tempo e no espaço, podem acarretar profundas alterações na ordem jurídica, pois os costumes, crenças e paixões sociais mudam constantemente e são influenciadas por variações externas, mormente nos tempos atuais, em que predomina a globalização dos meios de comunicação. Sem embargo, também pode vir o direito a antecipar-se e por si só determinar alterações na ordem social. Como instrumento de controle social, caso haja necessidade, o legislador pode verificar que a medida jurídica antevista pode ser mais benéfica como forma de manter a paz social, que é o objetivo buscado para que se consiga manter a vida e sociedade. Não é por demais afirmar que o direito espelha diretamente o que ocorre na sociedade, principalmente quando são verificadas as situações debatidas nos processos judiciais, cujas causas nada mais são do que o reflexo imediato das inconstâncias sociais que imperam em determinado momento histórico (SOUTO e FALCÃO, 1999, 203-207).

Diante do exposto, será visto nos próximos tópicos a evolução das sociedades antigas até as mais modernas, assim como a adaptação legislativa a estas transformações e as necessidades e anseios de cada época na determinação dos poderes conferidos aos juízes para dirimir os conflitos, especialmente no âmbito processual penal.

2.2 Considerações Históricas na Grécia Antiga

Os apontamentos históricos demonstram que não era somente a política grega que se regulava pela democracia, mas o próprio poder judicante estava impregnado pelas ideias democráticas. Isso se verifica claramente nos julgamentos realizados pela Assembleia do Povo ou pelo Senado, em substituição à figura de apenas um julgador. Prezava-se, dessa forma, pela coletividade (BARROS, 2002, p. 51). Entre os gregos vigorava o princípio de que os cidadãos deveriam

participar de todos os atos que fossem de importância para a *Polis*, de modo que constantemente se reuniam em assembleia a fim de deliberar sobre os interesses da comunidade em geral. Da mesma maneira, havia julgamentos em que era atribuído ao próprio povo, de maneira coletiva, decidir sobre o futuro de seus semelhantes

Os gregos possuíam determinadas diferenciações no procedimento penal, dando tratamento diferenciado de acordo com o bem jurídico tutelado. Com efeito, os delitos mais graves, considerados crimes públicos, conduziam inevitavelmente à instauração de um processo penal público, denominado *iudicium publico*. De outra banda, aos delitos cujos bens tutelados fossem de somenos, incumbia ao próprio interessado, fosse a vítima ou quem tivesse legitimidade para representá-la, a instauração do processo e busca da verdade, semelhante ao que hoje se conhece no sistema processual brasileiro, ainda que em progressivo desuso, como ação penal privada, que na Grécia era denominada *iudicium privatum* (BARROS, 2002, p. 52).

Da mesma forma, explica Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 56-57) que os gregos tinham:

Participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil.

No que tange ao presente trabalho, incumbe ressaltar que os magistrados – ou *arcontes*, para os gregos –, eram meros expectadores da atividade probatória das partes acusadora e acusada. Cabia à primeira a prova da materialidade e autoria delitivas, ao passo que ao réu era incumbido o ônus de provar sua inocência e prestar juramento, ao qual se atribuía importância divina (BARROS, 2002, p. 52).

Verifica-se, portanto, que embora o julgamento tivesse características de certa forma primitivas, como a presunção quase que absoluta de culpa nos casos de prisão em flagrante, o juramento como algo sagrado (BARROS, 2002, p. 52), e a religiosidade atribuída aos magistrados⁴, alguns delineamentos hoje observados são

⁴ Os magistrados no período da Grécia Antiga eram tidos quase que como sacerdotes. Utilizavam coroas, tipicamente caracterizadas pela atividade sacerdotal, além de assumir o cargo de *arconte* na

nada mais do que aprimoramentos do que fora criado pelos povos antigos, ocorrendo que, muitas vezes, o desconhecimento dos aspectos histórico-jurídicos leve à crença de que os institutos atuais são inéditos, quando não passam de emulações aperfeiçoadas.

2.3 Considerações Históricas Sobre os Poderes dos Juízes em Roma

Muito embora os gregos tenham instituído um sistema judiciário próprio, foram os romanos os grandes criadores e delineadores do Direito.

Todavia, a evolução jurídica em Roma não ocorreu de maneira uniforme ou progressiva. Pelo contrário, alternaram-se constantemente períodos de maior ou menor quantidade de poderes conferidos aos juízes na apuração da verdade, ora prevalecendo a obscuridade inquisitorial, ora subsistindo a participação efetiva do réu ao longo do transcorrer processual, de maneira proporcional ao aumento da ditadura ou redução dos poderes do Príncipe.

Para melhor compreensão do tema, é mister que se faça uma delimitação temporal dos diferentes períodos históricos aos quais se sujeitou Roma, a saber (BARROS, 2002, p. 53): Período Régio ou da Realeza (perdurou de 754 a.C. a 510 a.C.); Período da República (510 a.C. a 27 a.C.); Período do Principado ou do Alto Império (27 a.C. a 284 d.C.); Período da Monarquia Absoluta ou do Baixo Império (284 d.C. a 565 d.C.); e, por fim, o Período Bizantino (565 d.C. a 1453 d.C.)⁵.

Acrópole, oferecendo constantemente sacrifícios nos altares dos deuses gregos. Misturava-se, dessa maneira, atividade jurisdicional com a religiosidade (COULANGES, 2007, p. 198-199).

⁵ No entanto, para melhor análise da evolução dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado em Roma, serão tratados apenas as quatro primeiras fases por que passou esta nação. É cediço que a partir do período do Baixo Império, Roma passou a perder seu poder político no cenário europeu, culminando com a invasão dos povos bárbaros e a segregação do Império Romano em duas metades. A metade ocidental foi completamente dominada e dissolvida, ao passo que a metade oriental permaneceu vívida até 1453 d.C., conhecida como Império Bizantino. Contudo, para nós, é essencial que se obtenham conhecimentos até o momento da cisão do Império Romano, passando-se à influência que este teve dos povos germânicos, culminando com os preceitos do Direito Canônico, durante a Idade Média. Isso se justifica porque essa evolução histórica é a que conduziu ao desenvolvimento do direito entre os povos colonizadores do Brasil, o que refletirá diretamente em nossas legislações.

Na primeira fase são ínfimos os registros históricos acerca dos poderes instrutórios do magistrado. De início, os reis cumulavam não somente funções políticas e administrativas, mas judiciais, encerrando-se como magistrados vitalícios. Com o enfraquecimento dos reis, estes passaram a delegar a indivíduos denominados duúnviros, questores e às Assembleias do Senado, o processo e julgamento de diferentes classes criminais.

Inobstante, afirma-se que predominava a inquisição, confundindo-se autoridade acusadora e julgadora em uma única, inclusive com a abertura dos processos determinada *ex officio*, e poderes ilimitados nos julgamentos, além da possibilidade de condenações sumárias ainda no curso das investigações. O réu, dessa forma, era nada mais que mero objeto de um processo do qual não participava, mas cujo resultado acarretaria na aplicação direta de uma medida punitiva (BARROS, 2002, p. 54).

No segundo período, o da República, os antigos reis-julgadores foram definitivamente substituídos por dois magistrados anuais e com poderes ilimitados – denominados cônsules –, cabendo-lhes o que fosse necessário para a descoberta da verdade, em uma consolidação de um processo regulado pela *inquisitio*, com participação ínfima do réu e atribuições investigativas aos magistrados, uma vez que inexistia a figura do acusador desvinculado do julgador (BARROS, 2002, p. 54). Além disso, Montesquieu (2004, p. 198) observa que o regime de julgamento nos processos criminais romanos durante a transição da Realeza à República enrijeceu o procedimento. Este mesmo autor ainda vai além, afirmando que não havia julgamento, mas uma violência contra o cidadão, que acabava por sofrer todo tipo de injustiças.

O sistema que prevalecia era o da *cognitio*, que “outorgava poderes ao Magistrado, podendo este esclarecer os fatos na forma que entendesse melhor” (LOPES JR., 2008, v. 1, p. 57). Nesse sentido, também leciona Delmanto Jr. (2004, p. 81), que:

No início da República, os *magistrados supremos*, que haviam herdado o poder de *imperium* dos *regis* da monarquia etrusca, atuavam sem a observância de quaisquer formas.

Deste modo, no procedimento da *inquisitio* inexistiam partes, no sentido técnico, só figurando o magistrado e o perseguido.

O órgão inquisidor podia abandonar a inquirição a qualquer momento, reabrindo-a quando desejasse, mesmo em caso de anterior absolvição do acusado [...].

No entanto, a arbitrariedade dos juizes exigiu certo controle de seus atos, o que efetivamente ocorreu após a edição da Lei das XII Tábuas e a criação da *Lex Valeria*⁶. Dessa forma, foi possibilitado ao réu a reapreciação da matéria julgada, ainda que não tendo equivalência à atual apelação, mas que se tratava de uma reclamação ao povo, denominada *provocatio ad populum*, em que o juiz submetia à população, reunida em assembleia, todas as provas colhidas ao longo da instrução, em respeito ao princípio da publicidade dos atos processuais. Além disso, a eficácia da provocação pública estava condicionada ao efeito suspensivo da ordem emanada na sentença, possuindo a *provocatio ad populum* um procedimento próprio, denominado *anquisitio*, com todo um arcabouço de atos processuais típicos e a consequente prestação de contas do magistrado com prolação de nova decisão (BARROS, 2002, p. 54-55).

No entanto, Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 57) assevera que a *provocatio ad populum* era limitada, na medida em que somente os cidadãos romanos homens⁷ poderiam utilizar esse procedimento. Ainda que houvesse escassez de garantias aos não abrangidos como legitimados a propor a abertura da *anquisitio*, resta claro que ela aumentou a participação dos réus no processo penal, mas, ainda assim, os

⁶ Sobre a *Lex Valeria*, Montesquieu (2004, p. 198), afirma que ela “permitiu apelar para o Povo de todas as decisões dos Cônsules contra a vida do cidadão. Os Cônsules não puderam mais impor a pena capital a um cidadão romano, senão pela vontade do Povo”.

⁷ A legislação romana, baseada nos costumes e na religião predominante, instituía diversos privilégios aos cidadãos romanos, enquanto que os tidos como estrangeiros não possuíam quaisquer direitos perante a sociedade romana, dizendo-se, inclusive, que os escravos das famílias romanas valiam mais do que os estrangeiros. Essa xenofobia deveu-se, principalmente, pela religiosidade que circundava os ambientes romanos, que viam nos estrangeiros uma afronta aos deuses, que nunca ofereceriam proteção a quem não pertencesse a Roma. A participação de estrangeiros nos cultos era proibida, e praticamente eram execrados pela *Lex Romana*. Como eram uma classe rebaixada, óbvio que àquele tempo não poderiam fazer jus à *provocatio ad populum*. Destarte, para ser cidadão romano não bastava nascer em solo romano, mas também participar dos cultos como forma de inserção e respeito social. Como os estrangeiros estavam impedidos de participar dessas manifestações religiosas, seria impossível que adquirissem a cidadania romana e, consequentemente, todo o conjunto de direitos inerentes ao privilégio (COULANGES, 2007, p. 213-219). Do mesmo modo, as mulheres eram rebaixadas socialmente. Estavam vinculadas à família do marido, de modo que a este deveriam manter respeito. Muito embora fossem integrantes importantes do núcleo familiar, célula-base da civilização romana, as mulheres não possuíam todos os direitos inerentes aos homens e, por isso, também não faziam jus ao apelo popular (COULANGES, 2007, p. 46-52).

magistrados detinham em suas mãos grandes artifícios políticos e mantiveram, até certo ponto, a arbitrariedade que dantes lhes fora atribuída.

Historicamente, todavia, a reclamação pública nada mais foi do que um freio inicial ao poder dos magistrados⁸, uma vez que as injustiças cometidas por atos praticados por uma autoridade cujo poder era inquestionável, acabou por não mais atender às exigências da evolução social e, ante as constantes insatisfações sociais, sobreveio, ainda no período republicano, o sistema da *accusatio*, que assegurava mais direitos aos acusados e separava distintamente as funções de acusar e julgar.

A acusação, portanto, deixou de ser realizada pelo juiz-inquisidor, para ser legitimado a propor a ação qualquer cidadão romano⁹ – excetuando-se as mulheres, os menores, aqueles julgados por calúnia e os indigentes (BARROS, 2002, p. 55). Complementando o raciocínio, Delmanto Jr. (2004, p. 82-83) conclui que:

Limitando-se o magistrado, na *accusatio*, a exercer a função judicante, ou seja, a prolatar a sentença, a acusação, mesmo se tratando de *delicta publica*, cabia a um representante voluntário da coletividade e não àquele ou outro órgão estatal. A parte que se sentia lesada pela prática de um crime, portanto, não dependia da diligência de um magistrado para dar início à ação penal.

Ao magistrado deixou de se atribuírem poderes instrutórios para exercerem apenas as atividades de presidência das sessões de julgamento e prolação de sentenças. Aos acusadores, incumbia a produção de provas e apresentação da *postulatio*¹⁰ ao juiz, semelhante à atual denúncia. Após, o

⁸ Nesse sentido, Barros (2002, p. 55), ensina que “[...] o juiz arbitrário da *cognitio* passava a condição de defensor da sentença condenatória que ele próprio proferira, ou transformava-se em apresentador das provas da acusação”. Isso se justifica pelo fato de que os juízes, a partir da *provocatio ad populum*, deveriam submeter seus julgamentos ao povo, de modo que seu convencimento deveria ser minimamente motivado, na medida em que deveriam manter as aparências sociais, ante a publicidade dos atos praticados no processo os quais presidiam.

⁹ O conceito do que era ação para os romanos não tem a mesma aplicabilidade nos dias atuais. Afirma-se que àquela época os romanos confundiam o direito de ação com o próprio direito material em litígio. Só seria possível recorrer ao Poder Judiciário caso o cidadão romano que o acionasse tivesse a razão. Caso não o tivesse, a ação seria tida por inexistente. Tal conceito perdurou até meados do século XIX, quando o processo civil ganhou *status* de independência em relação ao direito material. Tais anotações são importantes, todavia, a fim de demonstrar que a jurisdição, na verdade, possuía muito mais a capacidade de defender direitos particulares do que o interesse público (TUCCI, 2003, 58-59).

accusator tinha liberdade na busca de provas, inquirição de testemunhas, requisição de diligências etc. (BARROS, 2002, p. 55). Ademais, com a evolução do sistema acusatório, o acusador poderia contar com o apoio de órgãos públicos na persecução penal que, para maior garantia de ambas as partes, passou a exigir a forma escrita e demais formalidades pertinentes (DELMANTO JR., 2004, p. 83).

Quanto ao acusado, é visível sua maior intervenção no processo, inclusive na participação da produção de provas, e fiscalização dos demais atos processuais (BARROS, 2002, p. 55). O processo penal romano caminhava para a perfeição, na medida em que ao acusado eram concedidas cada vez mais garantias de participação do processo que em face dele transcorria. A inércia jurisdicional, por outro lado, evitava que o magistrado se corrompesse e proferisse julgamentos injustos ou baseados em cognição sumária. Era necessário que ambas as partes fossem ouvidas, para só então haver a reflexão necessária a fim de que a sentença proferida fosse a mais justa possível.

Porém, os julgamentos mais democráticos, proferidos por votos de órgãos colegiados, não impediram que fosse suprimida a “apelação popular”, mas em sua substituição fora instituída a *restitutio in integrum*, semelhante ao que hoje se conhece por revisão criminal, que tinha aplicação limitada a casos extraordinários (DELMANTO JR., 2004, p. 84). O processo penal chegou a tal ponto, que seu clímax democrático é digno de aplausos doutrinários. Ademais, Barros (2002, p. 56) é claro ao afirmar que:

A propósito, a fórmula de submeter os acusados a julgamento pelas *quaestiones*, depois chamadas de *quaestiones perpetuae*, serviu para realçar aquele período como sendo o mais democrático da história de Roma, que perdurou aproximadamente cinco séculos. Foram mesmo épocas áureas do Direito romano. A lei, além de clara e precisa, não era cruel. [...] havia uma máxima primitiva da lei romana estabelecendo que um homem livre não podia ser torturado, princípio básico que outros povos lutaram durante séculos para implementar em suas legislações.

¹⁰ Apesar de ser possível a qualquer cidadão romano assumir o caráter de acusador em um processo penal, a doutrina traz uma advertência quanto a este aspecto, dizendo que deveria haver certo receio para tanto. Isto ocorre porque o acusador estava eminentemente assumindo o risco de poder ser processado por calúnia, prevaricação ou tergiversação caso o réu fosse absolvido ao final da instrução (BARROS, 2002, p. 55). Por outro lado, era vantajoso atuar em tal posição, mormente quando se tem em mente que muitos dos acusadores possuíam pretensões políticas, de modo que sua declamação em público poderia melhorar sua imagem perante os outros cidadãos componentes da assembleia julgadora, a ponto de o *accusator* ser eleito para cargos importantes àquela época. A boa oratória era bem vista entre os romanos (LOPES JR., 2008, p. 57).

No entanto, o sistema acusatório não predominou entre os italianos por muito tempo. O período áureo do processo penal romano encontrou obstáculos de ordem prática que impediam a perquirição penal, deixando, em não raros casos réus impunes, ante a desídia ou simples desinteresse dos cidadãos em assumir a titularidade da ação penal, uma vez que a entidade do Ministério Público era então desconhecida.

Já foi dito alhures que cabia ao cidadão romano dar início ao processo e proceder às investigações. O magistrado figurava como mero expectador da atividade das partes, de modo que a ele não incumbia instaurar o processo *ex officio*. Além dessa e outras razões, a *accusatio* pouco a pouco perdeu o prestígio entre os romanos, como ensina Barros (2002, p. 56-57):

Como a *accusatio* dependia da provocação de alguém que não fosse o magistrado, caso ninguém se dispusesse a assumi-la, premiava-se o criminoso com a impunidade. Além disso, a formulação da *accusatio*, destituída de prévia investigação do fato, passou a ser utilizada como falso expediente que servia para encobrir ações vingativas ou extorsivas. Mais a mais, a persecução penal foi se fragilizando por não contemplar adequadamente a parcela do povo menos favorecida, pois raramente o mais fraco utilizava-se da *accusatio* para cobrar a aplicação de penas ao seu senhorio.

Em outras palavras, o que o mencionado autor quer dizer é que no processo penal romano inexistia o que hoje se conhece por inquérito policial. Esta fase investigativa preliminar, que geralmente antecede ao processo penal propriamente dito, serve como fundamento mínimo de autoria e materialidade delitivas, de modo que somente será recebida uma acusação embasada em elementos essenciais e que justifiquem a persecução penal. Entre os romanos, havia a automática instituição do processo penal, de modo que toda defesa e colheita de elementos suficientes a comprovar a culpa do acusado eram produzidas durante o curso processual. A existência de um processo instituído por um particular, sem motivos mínimos que justificassem tal persecução era por si só um abuso do direito de ação, uma vez que esses acusadores dispunham deste instrumento como forma de coações aos menos favorecidos¹¹, a quem não seria dada credibilidade

¹¹ De maneira semelhante, Delmanto Jr. (2004, p; 84) leciona que há vários motivos que caracterizaram a transferência do procedimento acusatório para o inquisitório, dentre os quais “os incômodos gerados pelo espírito vingativo que o acusado nutria contra o acusador, aumentando a litigiosidade entre ambos e, sobretudo, a nova ordem política que surgia”.

razoável em caso de tentativa do exercício de direito de defesa. A inversa também é verdadeira, na medida em que os mais fracos econômica e politicamente nunca se utilizariam deste procedimento contra as autoridades ou seus superiores, principalmente quando são levadas em consideração todas as consequências que recaiam sobre aquele que iniciasse um processo penal e, ao seu final, não conseguissem demonstrar a culpa do réu.

A perda do brilho do sistema acusatório coincide com a época da substituição da República pelo Império. Nessa fase, ascende ao poder imperador, a quem incumbiriam não só as atividades administrativas, como também as legislativas e, em grande parte dos casos, as judiciárias, neste último caso atuando nas mais altas cortes penais (BARROS, 2002, p. 57).

A *accusatio*, no entanto, não foi totalmente extinta de plano, mas sua supressão deu-se de maneira gradual. Surgido o sistema da *cognitio extra ordinem* – ou processo penal extraordinário –, passou este inicialmente a atuar perante fatos não tipificados em lei, ou em relação àqueles tipificados e praticados por escravos (DELMANTO, 2004, p. 84). Note-se, dessa forma, que a inquisição no processo romano iniciou-se tímida e de maneira restrita, mas a progressividade de sua abrangência, em pouco tempo, culminaria com a quase absoluta extinção do sistema acusatório.

A *cognitio extra ordinem* nada mais foi do que um procedimento em que os magistrados detinham o poder e controle absolutos sobre os processos que conduziam. A legislação romana, a princípio, não generalizou este procedimento a todo e qualquer caso, limitando sua área de atuação. Contudo, diante da ânsia dos julgadores pelo poder absoluto e com o aumento do desprestígio do sistema acusatório, é certo dizer que a inquisição cada vez mais foi se imiscuindo e substituindo gradativamente o procedimento democrático. Na medida em que o totalitarismo consolidava-se, aumentavam os poderes da magistratura então militante. Sobre o tema, Barros (2002, p. 57) manifesta-se nos seguintes termos:

Cuidava-se de um procedimento muito mais útil aos interesses dos governantes totalitários daquele período, pois, pelo sistema da *cognitio extra ordinem*, podiam os magistrados imperiais invadir a esfera de atuação do acusador particular, o que vai dar ensejo à criação do procedimento *ex officio*, aliás muito proveitoso para consumir as perseguições políticas da época. Daí a rápida ascendência desse novo procedimento e o

consequente enfraquecimento das *quaestiones*, visto que, enquanto estas permaneciam submissas ao modelo acusatório, aquela obedecia aos ditames do procedimento inquisitório.

Assim sendo, passou a figurar o magistrado não somente como julgador, mas também cumulou a atividade de acusador, em substituição ou complemento ao particular que tenha dado início ao processo penal. E outros casos, a própria iniciativa de instauração do processo derivava dos anseios dos juízes.

Ademais, não somente foi se estendendo a esfera de atuação da *cognitio extra ordinem*, como também as novas tipificações penais eram amoldadas a este sistema, tanto o processo penal romano, quanto o direito penal foram enrijecidos e se tornaram mais severos, destituindo-se do particular a função de *accusator* para se conferir ao juiz poderes para, por si só, diligenciar na obtenção de provas sem qualquer critério motivador e, além disso, condenar sem a observância dos princípios do contraditório e ampla defesa.

Uma vez findada a fase do Império Romano, surge a Monarquia, que se caracterizou pela concentração de poderes as mãos do monarca e iniciou-se a prática da tortura como forma de se obterem confissões. O que antes era vedado, como forma de proteção à integridade dos cidadãos romanos, passou a ser considerado um procedimento corriqueiro na obtenção de provas do delito, permitindo-se, inclusive, a tortura de testemunhas em algumas situações.

Inobstante, percebe-se que a *cognitio extra ordinem* foi mantida entre os romanos, com o acréscimo de elementos mais degradantes e violadores da dignidade dos cidadãos. E foi justamente esse fato, aliado à necessidade de preservação e resguardo dos atos processuais, que levou à necessidade de tornar a instrução do processo escrita e secreta, mas pelos fatores da repressividade e inquisitorialidade, não havia o contraditório, permanecendo o réu como apenas um objeto, não como sujeito processual, e muito menos como parte (BARROS, 2002, p. 58-59). Nota-se, dessa forma, que o sistema inquisitivo romano engessava-se na medida em que o titular do poder o concentrava mais e mais em suas mãos, mantendo uma política de temor entre os cidadãos componentes da sociedade.

A situação só seria modificada a partir do fim dessa fase. Quando Justiniano assumiu o poder, em 527 d.C., já com a influência do cristianismo¹² e, conseqüentemente do direito canônico que ainda criava suas fundações, o processo penal romano voltou a se revestir de determinadas garantias. A instrução, que já era escrita, passou também a reduzir a termo os depoimentos das testemunhas e interrogatórios dos acusados. A repressividade começava a perder o poder, na medida em que a cisão entre a religião e o Estado fazia-se presente, deixando-se para traz os misticismos e trazia-se à luz a razão.

Apesar disso, esse retorno gradual ao aumento das garantias conferidas ao acusado não perduraria por muito tempo, eis que Roma já vinha perdendo seu poder político e militar e, permanecendo vulnerável a ataques externos, foi invadida pelos bárbaros e influenciada pelo direito destes. Finalizava-se, assim, o Império Romano Ocidental, e dava-se início à Idade Média.

¹² O cristianismo já começou a influenciar Roma antes de seu fim, em 565 d.C. Até a chegada da iniciativa cristã, predominava em Roma a religião familiar. Não havia a ideia de um único Deus que atendesse às necessidades de toda a comunidade em geral, e ainda fosse capaz de protegê-la. Pelo contrário, acreditava-se na força espiritual dos antepassados, motivo pelo qual toda família romana venerava seus entes falecidos, na crença de que eram eles que mantinham a prosperidade e continuidade da entidade familiar, que era a célula-mãe da sociedade romana. Além disso, acreditava-se que cada cidade possuía um deus próprio, de modo que este repudiaria a presença de estrangeiros, uma vez que serviria exclusivamente à cidade que o venerava. Por outro lado, com o advento do cristianismo, os romanos passaram a acreditar apenas na existência de um Deus único, que ouviria as preces não somente do povo que instituiu a religião, mas também dos estrangeiros e todos os demais que possuíssem o interesse de se filiar a essa crença. Não se distinguiam mais os nacionais de estrangeiros, e homens e mulheres passaram a ser moralmente iguais. Essa revolução no modo de pensamento acabou por gerar uma ruptura no sistema político-social de Roma, que cingiu Estado de religião, que estavam então arraigados já havia séculos. O Estado, dessa forma, seria titular da obediência do homem enquanto estivesse esse no plano material, enquanto a alma do ser humano a Deus pertenceria. Essa ruptura acarretou na menor influência do direito sobre os costumes dos cidadãos, retirando-se das leis a capacidade de determinar as ações que seus cidadãos deveriam ou não tomar. Muito embora tenha havido grande resistência entre os romanos logo no início, esse sistema acabou por prevalecer nos últimos dias da Monarquia Romana. Todas essas alterações na estrutura da sociedade, por óbvio, modificaram completamente o sistema legal italiano, que deixou de entregar a cargo da religião os fundamentos necessários a legislar (COULANGES, 2007, p. 412-418).

2.4 Poderes Instrutórios do Magistrado Entre os Germânicos

Com as profundas transformações sociais, políticas, econômicas, dentre outras por que passou o Império Romano, além de seu desgaste militar, a região italiana tornou-se vulnerável aos povos externos, tidos por bárbaros.

O enfraquecimento progressivo dos romanos chegou a tal ponto, que esse povo antes dominador passou a ser dominado pelos povos germânicos.

É cediço que o país dominador, mormente nos tempos passados, impõe rudemente suas leis e costumes sobre a nação derrotada, e não foi diferente com os romanos e germânicos.

Com efeito, nota-se que os sistemas processuais penais de ambas as regiões diferia fortemente. Se por um lado os romanos tinham por fundamento um processo inquisitorial, por outro os povos anglo-saxões prezavam pelo sistema acusatório. Esse choque de culturas, aliado ao sentimento de justiça que os germânicos possuíam para com os romanos, culminou com a criação da *Lex Romana Visigothorum*, que nada mais foi do que um compêndio das normas romanas, a fim de que pudessem ser estruturadas e organizadas para fins de estudo e uma melhor aplicação dos dogmas germânicos sobre os italianos (BARROS, 2002, 59-60).

Passaram a vigorar as regras contidas no Código Visigótico, datado de 652 d.C., que tratou de unificar as legislações germânica e romana, o que acabou por torná-las por demais complexas, embora fossem suficientemente minuciosas (BARROS, 2002, p. 60). Este mesmo autor ainda afirma que era possível que os julgamentos fossem proferidos não somente por um magistrado, mas por figuras da nobreza – entre eles duques e condes –, representantes do clero – como sacerdotes e bispos –, além dos senhores, neste último caso possuindo competência para o julgamento de crimes praticados por seus escravos contra outro escravo, ou no caso de delito praticado por escravo contra seu senhorio.

Contudo, como em todas as legislações vigentes, sempre existe a necessidade de preenchimento de lacunas ou a adequação das leis aos costumes. O direito consuetudinário visigodo partia dessa premissa, que tinha na divindade a

guarnição do correto deslinde do processo. Para tanto, havia o juramento de dizer a verdade, com atribuição de sanções aos perjuros ou, em alguns casos, aplicava-se o “duelo judiciário”, em que combatiam acusado e acusador para, ao final, constatar-se que o vencedor seria aquele que estivesse com a razão, pois os germânicos pautavam-se na crença de que na magnânima misericórdia divina, Deus seria justo e não permitiria que o inocente perecesse. Contudo, só se chegaria a tal ponto diante da ausência de confissão. A esta era atribuído caráter absoluto, de modo que a instrução era dispensada diante do réu confesso, e a sentença penal condenatória prolatada na sequência. Caso negasse os fatos, a carga probatória não pertencia simultaneamente a acusado e acusador, como ocorreu durante os poucos tempos em que perdurou o sistema acusatório em Roma. Pelo contrário, o *onus probandi* cabia totalmente ao acusado (BARROS, 2002, p. 60).

Resta destacar, finalmente, sobre as ordálias (ou Juízos de Deus), tidas como métodos cruéis e abomináveis de descoberta da suposta verdade, que perdurariam até a adoção do cristianismo como ruptura deste sistema. Tratava-se de provas em que era atribuída a Deus a proteção do acusado que, partindo de sacrifícios temerários, seriam inocentados caso saíssem vivos ou ilesos. Vale aqui o mesmo princípio dos duelos judiciários, em que a divindade o resguardaria e nunca permitiria que o inocente fosse prejudicado (BARROS, 2002, p. 60-62).

Nesse sentido, Malatesta (1996, p. 261) cita algumas formas de busca da verdade nesse período:

Obrigava-se, por exemplo, o acusado a colocar sua mão em contato com um ferro incandescente ou mergulhá-la em água fervendo; aquela mão era, em seguida, colocada num pequeno saco e fechado. Se depois de três dias, descobrindo-se a mão, houvesse vestígios de queimadura, o acusado seria imediatamente declarado culpado; se a mão se achasse ileso, era declarado inocente. A inocência ou culpa era, assim, averiguada por meio do fogo ou da água fervente, provas indiretas *juris et de jure*.

Dessa forma, os juízes não necessitavam de poderes ilimitados na direção do processo, uma vez que as ordálias faziam presunção da verdade de maneira absoluta. De outra banda, a confissão também era encarada como meio de prova fundamental e indiscutível. Ademais, a distribuição do ônus da prova, em que o próprio acusado deveria provar sua inocência, não cabendo ao acusador tal encargo, dispensa qualquer análise dos poderes conferidos ao juiz, que podia

permanecer totalmente inerte apenas aguardando a resposta do acusado que, caso não conseguisse desincumbir-se de tal ônus, seria ao fim condenado.

2.5 A Atividade Instrutória no Direito Canônico

Já durante o fim do Império Romano o cristianismo começou a se fazer presente entre os povos itálicos e substituiu a então religião familiar que predominava.

Conquanto os romanos tenham sido por muito tempo pragmáticos, dando à razão grande importância e sempre buscando o aprimoramento científico, com o advento do cristianismo a situação foi modificada drasticamente, pois passou-se a dar mais importância ao homem não pelo fato de ser homem, mas como ser produzido à imagem e semelhança de Deus. Nesse sentido, desvinculou-se a imagem que antes se tinha do cidadão da *polis*, para se humanizar o sentido atribuído à pessoa. O homem deixou de ser aquele indivíduo componente de um organismo social, estruturado na entidade estatal, para se tornar um ser espiritualizado em um plano terreno.

Assim, o entendimento de que “a doutrina cristã funda-se na valorização do homem na medida em que o define como tendo sido criado à imagem e semelhança de Deus” (BARROS, 2002, p. 62) encontra plena aplicabilidade como forma de refutar os antigos métodos de apuração da verdade, assim como as penalidades temerárias aplicadas aos casos mais gravosos (GRECO FILHO, 1998, p. 26).

A larga influência da Igreja Católica fez-se presente não somente entre os ensinamentos teológicos, na verdade, o acultramento da população e o fortalecimento da instituição religiosa foram fatores decisivos para que o domínio dos princípios relativos ao processo penal medieval pertencesse à Igreja. Essa presença marcante é verificada porque uma vez que o poder deriva de Deus, todos os limites na forma de atuação e procedência do processo devem observar os ditames estabelecidos pela Igreja (GRECO FILHO, 1998, p. 26).

O procedimento dotado de parâmetros religiosos adotou a inquisição como sistema processual predominante, apesar da presença obrigatória de um acusador. O processo era escrito e tinha como fontes a Bíblia e os documentos editados pela Igreja, sendo a jurisdição exercida por clérigos. A base do direito canônico, todavia, seguiu os preceitos do direito romano, a quem o cristianismo acabou por influenciar e ser influenciado, sendo que os estudiosos do clero tiveram como suporte documentos não eliminados pelos bárbaros (BARROS, 2002, p. 63).

Lopes Jr. (2005, p. 266-267) aponta que uma das justificativas para que o procedimento inquisitivo se alastrasse e fortalecesse foi justamente a busca pela dita verdade real. Sempre foi dito que o processo penal buscou por uma verdade mais sólida do que a buscada no processo civil, pois o direito material em discussão em cada um desses dois processos é diferente, de modo que o primeiro tutela a liberdade do indivíduo, que é indisponível, ao passo que o segundo dispõe sobre direitos patrimoniais, em regra, que são passíveis de composição e renúncia por seus titulares. No entanto, a verdade real não é mais do que um mito¹³ instituído pela inquisição da Igreja Católica a fim de justificar a necessidade da procura de uma verdade dita efetiva.

Contudo, é impossível, afirma o mesmo autor, que se busque uma verdade absoluta em um processo, que nada mais é do que um método de reconstrução histórica de fatos passados e que, por isso, nunca poderão ser demonstrados na íntegra, ainda que a reprodução dos fatos seja feita da maneira mais minimalista possível. Dessa maneira, o juiz é tido por ignorante ao início do processo, uma vez que ele não conhece dos fatos narrados. Somente após a oitiva de ambas as partes envolvidas é que se poderá afirmar, conclusivamente, quem possui a razão em sua pretensão, mas esse conhecimento sempre será deficiente.

Não se nega, dessa forma, que o processo penal realmente busca uma verdade mais firme do que a que se busca no processo civil, ou ao menos em relação à verdade com a qual o juiz pode se contentar. No processo penal o juízo de probabilidade deve ser mais sólido, mas a busca por uma verdade consubstanciada em um procedimento em que não se ouve o réu não é verdadeiramente eficiente, como se dizia durante a fase da Inquisição. Pelo contrário, quando se torturam

¹³ A discussão sobre os conceitos de verdade forma e real, assim como os aspectos que as circunscrevem encontram-se no capítulo de número 5 desta obra.

acusado e testemunhas ou realizam-se diligências absurdas na busca do conhecimento dos fatos passados, não se tem, por óbvio, a realização de um instrumento de efetividade da tutela jurisdicional, já que as provas apresentadas nunca terão a credibilidade necessária a justificar eventual sentença condenatória.

Não bastasse isso, a partir do século XIII que a Igreja Católica consolidou fortemente a inquisição na Europa. Os juízes passaram a ter poderes extremados, dispensando-se a acusação – que já vinha perdendo o fôlego, por sinal –, permitindo-se a abertura de processos *ex officio* e a condução instrutória ilimitada, admitindo-se para tanto a tortura como meio de prova, desde que não houvesse mutilações nem a morte do torturado, em uma inequívoca falsa atribuição de dignidade da pessoa humana (BARROS, 2002, p. 63-64).

No mesmo período, procurou-se amenizar a rigurosidade do sistema, adotando-se a forma de jurisdição editada por Federico II, soberano da Sicília. Tal legislação, que adveio pouco depois da Carta Magna inglesa, instituiu tribunais permanentes não escolhidos pelas partes, além de seu caráter principal de atribuir aos réus caráter igualitário, fossem eles nobres ou súditos, de modo que tanto a condução do processo quanto a aplicação da medida sancionadora respeitariam a equidade, mas é óbvio que a consequência prática almejada não se concretizou definitivamente (GRECO FILHO, 1998, p. 29).

Os esforços, todavia, foram em vão, na medida em que o sistema inquisitorial canônico endureceu mais e mais, até seu ápice, por volta do século XV. Passaram a ser admitidas denúncias anônimas, dispensou-se definitivamente a acusação e aos juízes foi dado poder absoluto na determinação de produção probatória, inclusive excluindo o réu do procedimento defensivo. O acusado voltou a ser considerado um mero objeto de discussão dentro de um processo do qual ele não participava, senão no momento de aplicação da medida sancionadora (BARROS, 2002, p. 65).

As atrocidades praticadas durante a vigência do Tribunal do Santo Ofício são tamanhas que aos olhos de um observador contemporâneo tem-se a sensação de repugnância. Não é demais ressaltar os argumentos de Barros (2002, p. 66), ao afirmar que:

Causou repulsa a adoção desses métodos desumanos, que, durante várias centúrias, foram impingidos aos acusados em geral, sob o argumento de que era preciso tornar mais firme e positiva a repressão do Estado. Com efeito, o emprego de tais meios cruéis, sob o frágil argumento de que visavam facilitar a apuração da verdade no processo criminal, jamais encontrou esteio moral que o justificasse.

A Igreja Católica sempre se pautou na necessidade de punição aos indivíduos infratores dos dogmas que teriam sido instituídos por Deus e, por extensão, aos da própria Igreja, que atuaria como legitimada a atuar no plano terreno. A justificativa, contudo, é falha quando se leva em consideração que a mesma igreja pregava a existência da imagem e semelhança do homem a Deus, e nada era feito a fim de se assegurar a garantia da dignidade do próprio ser humano. E diga-se que isso já havia sido observado pelos ingleses, que viam na união de Igreja e Estado uma afronta aos direitos e garantias individuais, tanto que, em 1215, o rei João Sem Terra editou a Carta Magna, vista por muitos como pioneira na instituição de direitos ao homem. Dessa forma, viam a cisão entre o espiritual e o temporal não como algo prejudicial, já que ambos existem paralelamente, mas não se confundem (GRECO FILHO, 1998, p. 27).

O sistema inquisitivo na Europa duraria até por volta do século XIX, somente então quando começou a enfraquecer com o advento dos movimentos sociais que deram origem à Revolução Francesa.

Não foi diferente entre os lusitanos, cuja legislação influenciou a brasileira por questões óbvias em decorrência da própria colonização. No início da formação de Portugal ainda se fazia presente naquele território o Código Visigótico, completamente impregnado dos institutos processuais dos bárbaros e largamente influenciado pelo direito romano. Aos poucos, com o avanço dos ideais cristãos e fortalecimento da Igreja Católica no continente europeu, o reino português começou a utilizar-se dos preceitos religiosos na instituição de suas leis, bem como o sistema processual inquisitivo canônico como fundamento de direção de seus processos. Não levou muito tempo para que o gosto pela inquisição e arbitrariedade tomasse conta dos governantes, que instituíram um sistema extremamente rigoroso. Com a imposição do Tribunal do Santo Ofício, a tortura passou a ser um procedimento ordinário na apuração dos fatos delituosos. Bastavam indícios de autoria e materialidade para que os tormentos fossem aplicados aos indivíduos supostamente

infratores das normas penais, a fim de que confessassem. Os processos também deixaram para trás o caráter acusatório que predominava entre os bárbaros, para que o magistrado assumisse as funções de acusar e julgar simultaneamente, inclusive com poderes para de per si instaurar a abertura do processo. Ao mesmo tempo em que cada vez mais surgiam tipos penais relacionados tipicamente aos preceitos da Igreja, o processo penal tornava-se rígido e atingia seus maiores níveis de atrocidades e violações aos direitos fundamentais. Ademais, a forte presença da espiritualidade entre os povos ibéricos facilitou muito a fixação dos tribunais religiosos e a resistência às mudanças externas que já se iniciavam principalmente na França durante o século XVIII. Em Portugal, a inquisição duraria até mais ou menos o século XIX.

2.6 A Evolução no Período Pós-Revolução Francesa

Quando se trata o território francês, não há muito a acrescentar com relação ao período em que passou pelo sistema feudal. Sua realidade não distinguiu da realidade romana, que também foi invadida e aculturada pelos povos bárbaros, assim como grande parte da Europa.

O processo penal francês não diferiu muito do restante da Europa durante o período de domínio do cristianismo sobre o modo de vida e o próprio direito na regulamentação das relações sociais. Da mesma maneira, após o século XIII, o sistema inquisitivo banuiu definitivamente a acusação que antes existia no direito canônico e instituiu-se um procedimento escrito, secreto e sem participação defensiva do réu, além da fusão no magistrado das funções de acusar e julgar (BARROS, 2002, p. 73).

As ideias relacionadas à liberdade que foram surgindo ao longo dos séculos, em especial influência das reformas religiosas e das alterações do procedimento na Inglaterra, que já instituíra diversos direitos a seus cidadãos já em 1215, acompanhadas da inconstância do processo penal, dentre outros fatores, acabou por desencadear uma série de revoltas sociais que atingiu seu ápice com a

Revolução Francesa, em 1789. A partir de então, o processo ganhou contornos semelhantes aos atuais, com a instituição de garantias ao acusado, inclusive com a proibição da tortura como meio de obtenção de prova.

Uma das grandes vozes que colaborou para que o processo penal na Europa como um todo se desvencilhasse dos antigos moldes autoritários foi certamente Cesare Beccaria. Este italiano insurgente trouxe à tona os diversos abusos cometidos nos processos penais e que eram utilizados como justificativa para a busca de uma verdade efetiva. Condenou veementemente a tortura, que entendia ser um instrumento de injustiças judiciais, uma vez que permitia a impunidade dos culpados que resistissem aos tormentos e, por outro lado, acarretariam na condenação de inocentes mais debilitados que não suportassem os métodos cruéis empreendidos, até que confessasse um delito que jamais cometera, mas cuja sanção certamente não seria pior do que os tormentos já então sofridos. A necessidade da tortura decorria da certeza ou incerteza das provas contidas nos autos do processo. Quando houvesse certeza de que alguém fosse culpado de determinado crime, seria ela dispensada, mas quando houvesse incerteza, alguém eventualmente inocente poderia ser submetido à tortura para que confessasse, uma vez que muito melhor seria que alguém fosse condenado e o caso tivesse uma aparente descoberta da verdade, do que o caso permanecer sem solução (BECCARIA, 2003, 37-43).

Verifica-se a cisão entre a fase de investigação preliminar, tal qual nos moldes atuais, em que predomina o sigilo, forma escrita e ausência de defesa. Por outro lado, iniciado o procedimento, seria este oral, público e assegurada a ampla defesa do réu. Além disso, os julgamentos foram popularizados com a instituição do tribunal do júri, em cópia a algo que os ingleses já usavam há séculos (BARROS, 2002, p. 74). É bem verdade que os ingleses já haviam estabelecido o júri como forma de substituir as ordálias e outros métodos repugnantes de apuração da verdade, em uma tentativa de dar ao povo o controle da legalidade do procedimento e apreciação justa das provas, mas é claro que as alterações ocorreram por meio das pressões populares aos reis da época (GRECO FILHO, 2009, p. 23). No entanto, coube aos franceses consolidar e difundir no continente europeu o tribunal popular, além de delinear os métodos de apuração da verdade hoje utilizados, mesmo após mais de dois séculos da revolução. Nesse sentido, Tourinho Filho

(2011, v. 1, p. 118) afirma que:

O processo penal que sucede à Revolução sofre modificação. Adota-se um sistema misto de inquisitivo e acusatório. Havia três fases no processo: a da Polícia Judiciária, a da instrução e a do julgamento (“de la policie judiciaire, de l’instruction et du jugement”).

[...]

O sistema misto teve reflexos bem acentuados em quase toda a Europa, penetrando em todas as partes “bajo El manto imperial de Napoleón”.

Inobstante, cria-se a função do Ministério Público a fim de se manter a imparcialidade do julgador. Figuravam antes como acusadores – naqueles processos acusatórios, como durante certo período do Império Romano – aqueles que se sentissem lesados com a prática de determinado delito. Contudo, a perda do prestígio e desídia dos cidadãos acabou por deixar essa possibilidade no esquecimento, garantindo ou a impunidade, ou a substituição da acusação pela inquisição. Com o advento da Revolução Francesa, institui-se o Ministério Público, como parte fabricada, a fim de tutelar os interesses da sociedade e do Estado, promovendo a ação penal em face de quem supostamente houvesse praticado ilícito penal. Assegurava-se, dessa forma, que ambas as partes possuíssem efetiva participação no processo, de modo que era exclusivamente sua atividade que deveria prevalecer, e não a do juiz como instrutor. Cingiam-se, assim, as funções de acusar e julgar, cada uma pertencente a um determinado órgão estatal destinado exclusivamente a tal fim (LOPES JR., 2005, p. 168-169). Além disso, verifica-se uma nítida tendência em se desvencilhar o ofendido do caráter de acusador, atribuindo-lhe unicamente o ônus de promover a ação civil *ex delicto*, incumbindo ao Ministério Público a exclusividade da ação penal (TOURINHO FILHO, 2011, v. 1, p. 118).

Por bem, as profundas transformações na França não se restringiram a seu território. Aos poucos as mudanças sociais se fizeram sentir em outras nações, suprimindo-se este período obscuro da história do processo penal definitivamente somente a partir do século XIX, quando então o sistema misto passou a prevalecer na maioria das nações, tal qual o é ainda hoje. Afirma-se, ainda, que o modelo misto francês, nessa mesma nação, perdeu prestígio após certo tempo, pois a inquisitorialidade da fase preliminar causava prejuízos ao réu, que não tinha acesso a seu defensor, além do que predominava o sigilo das investigações. Passou-se,

então, a converter a fase prévia em acusatória, acompanhando os movimentos liberais que surgiram na Europa no início do século XX, mas pouco tempo depois a própria França voltaria a instituir a inquisitorialidade durante o Inquérito Policial.

Esse sistema misto não só surgiu na Europa Ocidental como em pouco tempo viria a influenciar o processo penal em outros países, incluindo-se o Brasil, conforme se verá a seguir.

2.7 A Evolução da Busca da Verdade no Brasil

A análise da busca da verdade no processo penal brasileiro deve ser realizada levando-se em consideração dois momentos distintos: primeiramente, o do Brasil como colônia de Portugal e, após, o do Brasil independente politicamente, com a necessária autonomia para a feitura de suas leis.

Quanto ao primeiro período, são cabíveis breves considerações acerca do desenvolvimento da legislação portuguesa durante a Idade Média, até sua aplicação sobre o Brasil, visto que a colônia não possuía autonomia para legislar, de modo que as leis da metrópole eram inteiramente aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, destaca-se que Portugal não possuía, até meados do século XIII, uma legislação unificada capaz de solucionar os fatos criminosos, mas se valia de um processo penal inquisitivo, que inclusive admitia métodos absurdos de persecução da verdade, como os combates judiciários. Essa desordem levou à consolidação do direito canônico sobre a legislação nacional portuguesa, e à gradativa unificação legislativa, culminando com a instituição das Inquirições Devassas, que nada mais eram do que métodos de apuração da verdade sendo somente aplicada aos crimes mais graves, consubstanciando-se em inquéritos públicos que autorizavam a atuação de ofício dos magistrados, não privilegiavam o contraditório e ampla defesa, e ainda autorizavam as torturas. Contudo, ainda assim, o volume de leis esparsas era tamanho que causavam empecilhos quando de sua aplicação ao caso concreto, de modo que em 1446, como forma de solucionar esse problema, foi promulgada as Ordenações Afonsinas, que nada mais eram do que

uma compilação das legislações portuguesas, e tinham por característica conter um misto de legislação romana e canônica (BARROS, 2010, ps. 71-74).

As Ordenações Afonsinas permitiam o início da persecução penal por meio da querela ou das inquirições devassas, conforme a gravidade do delito, mas com pequena participação do acusado no transcorrer da apuração dos fatos. Pouco depois, em 1521, foram publicadas as Ordenações Manuelinas, que mantiveram a essência do procedimento canônico, mas adicionaram à legislação portuguesa a necessidade dos processos escritos e de um promotor público. Décadas após, já em 1603, passam a vigorar as Ordenações Filipinas, que em nada inovaram no que tange ao direito processual penal, mas foi a legislação que por mais tempo perdurou. Em geral, verifica-se que todas as compilações admitiam a aplicação dos chamados “tormentos” como meio de prova, desde que previamente já houvesse indícios mínimos de materialidade e autoria. A tortura era utilizada principalmente na obtenção de confissões, mas sua aplicação na prática não atingia membros da nobreza, senão quanto aos crimes de interesse público (BARROS, 201, ps. 74-75).

No Brasil colonial, as três ordenações tiveram vigência, sendo que a última vigorou até 1830, ainda que o Brasil já houvesse declarado sua independência em 1822, mas somente naquele ano é que fora promulgado o Código Criminal do Império, que viria a regulamentar o andamento dos direitos penal e processual penal no ordenamento jurídico interno. Isso só foi possível porque com a vinda da família real, em 1808, em fuga das invasões francesas, os tribunais nacionais tornaram-se efetivamente independentes e passou-se a criar legislações próprias, em uma nítida caminhada à independência política. Isso se deveu à transferência, ainda que temporária, da sede do Reino de Portugal para o Brasil, culminando com a declaração de independência em 1822, e com a instituição de uma Constituição Federal própria, em 1824, iniciando-se, dessa forma, o segundo período a ser analisado, qual seja, o do Brasil como nação independente (BARROS, 2010, ps. 78-79).

Feitas essas considerações, passemos à análise da busca da verdade no processo penal no Brasil pós-colonial até os dias atuais, análise esta feita à luz das Constituições Federais já promulgadas, desde a Constituição Imperial, de 1824, até a atual Constituição Cidadã, de 1988, levando-se em consideração os aspectos

mais relevantes das Constituições que tenham de algum modo influenciado na persecução da verdade no processo penal.

Com a constante instabilidade política e conseqüente alternância de poderes, a busca da verdade no processo penal brasileiro não foi uniforme. Já fora demonstrado que em geral os poderes atribuídos aos magistrados são tão maiores quanto ditatoriais são os regimes de governo. Por outro lado, quanto mais democrático o regime de governo, menor é a quantidade de poderes conferidos aos juízes e mais acusatório é o sistema processual admitido. Justamente por isso, com os altos e baixos do cenário político brasileiro no transcorrer do último século é que houve alterações significativas da forma de persecução penal, que ora se tornou mais rígida, ora mais branda, conforme o regime político adotado.

Como em todo Estado regido por Constituições que de certa maneira o estruturam, as normas infraconstitucionais devem encontrar-se em sintonia direta com as normas ditadas por aquelas. No Brasil Imperial não foi diferente, visto que em 1832 entra em vigência o Código de Processo Criminal do Império, originado do critério da utilidade, máxima constitucional fielmente seguida pelas legislações que eram editadas à época. A Magna Carta Imperial, aliás, dispunha sobre diversos direitos e garantias concedidos aos cidadãos brasileiros, de modo a assegurar-lhes as mais básicas liberdades individuais. Dessa forma, o processo penal brasileiro, em 1832, tornou-se misto, com uma fase preliminar inquisitorial, denominada de “formação da culpa”, e outra acusatória, consubstanciada na ação penal, em que as provas deveriam ter a participação do acusado em sua produção (BARROS, 2010, ps. 90-94).

No entanto, admitia-se que em determinadas hipóteses o próprio magistrado poderia dar início à ação penal *ex officio* nos casos em que coubesse o oferecimento de denúncia, relegando exclusivamente ao ofendido nos casos em que a lei lhe atribuísse a possibilidade de oferecer a queixa. Ademais, seus poderes instrutórios eram amplos, o que era justificado pela busca da dita verdade real, a tal ponto que em 1841 seus poderes foram ampliados de tal forma que o legislador imperial sentiu a necessidade de restringi-los pouco tempo depois em face da atuação arbitrária com que os juízes passaram a conduzir seus processos (BARROS, 2010, p. 94). Inobstante, o contraditório era severamente mitigado no

caso de réu revel, já que a lei admitia sua condenação, independentemente da apresentação de defesa, após colheita sumária das provas, salvo nos casos em que os crimes fossem afiançáveis (DELMANTO JUNIOR, 2004, ps. 181-183).

Contudo, é certo que este sistema não vigorou no Brasil por muito tempo, senão porque com o advento da Constituição Republicana de 1891, que muito embora tenha ampliado o rol de garantias e direitos dos cidadãos, também instituiu a possibilidade de que as próprias unidades federativas legislassem em matéria processual penal, de maneira autônoma, não sendo necessário entrar em detalhes sobre o caos que a inconstância legislativa e a desídia dos estados quanto à criação de normas regulamentadoras acarretaram sobre o sistema de persecução penal. Essa questão só viria a ser resolvida com o advento da Constituição de 1934, que relegou à União competência exclusiva para legislar sobre matéria processual, o que foi repetido nestes termos pela Constituição de 1937. Cumpre ressaltar que esta última, nitidamente conhecida por seu caráter ditatorial, foi a fundadora do atual Código de Processo Penal, ainda vigente nos dias atuais. Notória por seu caráter rígido quanto à criminalidade, a Constituição Federal de 1937, muito embora a princípio tenha cingido as atividades de acusar e julgar, seria possível ao magistrado atuar de ofício na instauração de ação penal nos casos em que houvesse a prática de contravenção penal. Além do mais, os poderes instrutórios foram nitidamente ampliados, sendo possível a determinação de produção de provas durante ou mesmo antes de iniciada a ação penal (BARROS, 2010, ps. 94-98).

Com o advento da Constituição de 1946, já sob a égide de um regime democrático, foi definitivamente abolida a pena de morte do ordenamento jurídico brasileiro, e ainda foram mantidos direitos como contraditório, ampla defesa e a existência de um processo penal misto, todas essas disposições mantidas com a promulgação da Constituição Federal de 1964, já sob o manto de um regime ditatorial (BARROS, 2010, ps. 98-99). No entanto, é cediço que no âmbito extraprocessual a averiguação dos fatos que atentassem à ordem estatal ou mesmo política era passível de repressões severas que não são condizentes com os atuais ditames constitucionais mais básicos. No âmbito da verdade no processo, cita-se o exemplo da tortura como meio de obtenção de confissões, o que está em total desacordo com o atual regime jurídico brasileiro, que até tipifica a prática de tortura

como crime.

Feitas essas anotações, cumpre finalmente aclarar o tema à luz da Constituição Federal de 1988. A atual Carta Magna possui extenso rol de direitos e garantias individuais, mormente em seu art. 5º. E são justamente esses princípios que hoje fundam o processo penal e, conseqüentemente, a busca da verdade que, afinal de contas, é o motivo da existência do processo. Como exemplo, cita-se a consolidação dos princípios do contraditório e ampla defesa como máximas estritamente essenciais à busca da verdade. Inobstante, a vedação da tortura e outros meios degradantes de tratamentos revela especial preocupação em limitar a atividade estatal na busca da verdade, que não pode, por óbvio, extrapolar outros direitos, como a garantia à integridade física (BARROS, 2010, ps. 99-102). Além disso, a Lei Maior erigiu à categoria constitucional a legitimidade ativa do Ministério Público na propositura da ação penal pública, o que efetivamente representa um avanço na proteção do acusado frente a juízes inquisidores, dotados simultaneamente das atividades de acusar e julgar.

Hodiernamente, cada vez mais o processo penal é imiscuído pelos princípios constitucionais garantidores da proteção dos acusados, de modo que a atuação do juiz está diretamente limitada por esses princípios, que não podem ser violados sob a justificativa da persecução penal. A Constituição Federal de 1988, assim, impede que os interesses estatais submetam os interesses dos particulares, mesmo quando se trata de processo penal – que acaba por ter interesse público direto –, já que os direitos e garantias individuais não podem ser atropelados a qualquer custo, mas devem ser utilizados como ponto de orientação fundamental na direção regular do processo.

3 PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL PENAL

3.1 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

Um dos princípios mais basilares que constituem um processo penal acusatório é, sem dúvida, o contraditório. Muito embora haja certa perturbação, este não se confunde com a ampla defesa, que também é estritamente necessária à elaboração de um processo penal justo, mas acaba por ser condicionada ao primeiro, já que somente através da garantia de utilização de todos os meios necessários e legítimos é que será possível o exercício efetivo do contraditório.

Ambos os princípios são elevados à categoria de tutela constitucional, e servem de subsídio para a elaboração de quaisquer normas processuais, sejam elas penais ou civis. Nestes termos, o art. 5º, LV, da Constituição Federal, preceitua que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Observa-se claramente a intenção do legislador constituinte em assegurar a ambas as partes a possibilidade de responderem às afirmações a elas imputadas, podendo, para tanto, apresentar sua versão e provas que a confirmem.

Passemos à análise do contraditório e, após, ao breve estudo da ampla defesa, que decorre de maneira lógica da existência do primeiro, mas cuja importância não se subsume de maneira exclusiva a ele, já que seu *status* constitucional lhe dá autonomia em si mesma.

Tourinho Filho (2011, v. 1, ps. 72-73) conceitua o contraditório como:

[O] princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação a quem se propõe a ação penal, goza do direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando assim possa ser condenado sem ser ouvido.

Na mesma linha, Távora e Alencar (2011, p. 56) afirmam que o

contraditório se subsume a duas características essenciais: a ciência da imputação e a possibilidade de se manifestar sobre ela, influenciando, dessa forma, no alcance do convencimento do magistrado.

Vê-se, dessa forma, que o contraditório consubstancia-se na possibilidade de a parte aduzir suas razões, em processo judicial ou administrativo, de maneira que possa influir decisivamente para o resultado final do processo, e não meramente uma participação formal na emissão de pareceres, mas fundamentalmente poder acarretar um desfecho diferenciado, incutindo no magistrado um ideal diverso do que a parte contrária pretenda.

Nesse diapasão, são pertinentes os apontamentos de Nery Junior (2000, ps. 131-132):

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.

[...]

O princípio, para o processo penal, significa contraditório *efetivo, real, substancial*. Tanto que se exige defesa técnica substancial do réu, ainda que revel (art. 261, CPP), para que se tenha por obedecido o mandamento constitucional.

Complementando o raciocínio, Moraes (2007, p. 95), dispõe que:

O contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Observa-se, a essa altura, que não só o réu possui a prerrogativa do contraditório. A ambas as partes deve ser assegurada a possibilidade de responder às afirmações da outra. Em uma aplicação prática ao processo penal, tanto ao réu, quanto ao Ministério Público ou querelante, será concedida oportunidade para, em igualdade de condições, rebater os argumentos da parte *ex adversa*.

Nesse sentido, as lições de Tourinho Filho (2011, v. 1, p. 73) podem

aclarar o tema:

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Assim, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, com os mesmos direitos, poderes e ônus, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão “superpartes”, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, “dar a cada um o que é seu”.

Barros (2010, p. 47), ademais, vai além, e afirma que a descoberta da verdade em um processo penal acusatório não pode vir senão por força de um diálogo entre as partes, e é justamente essa somatória de manifestações que revestem o encadeamento de atos que formam o processo é que culminará para a conjugação de um entendimento do magistrado que elucide a questão e aplique justiça.

Não é por outro motivo que Grinover, Gomes Filho, e Fernandes (2011, p. 115), entendem que:

[...] o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se de provas.

Feitas essas anotações, cumpre ressaltar que a análise do contraditório no que se refere à necessidade de defesa do réu é diferenciada. O Código de Processo Civil, em seu art. 319, admite que a imputação feita pelo autor, quando não contestada, será presumivelmente verdadeira, pois como em geral lida-se com direitos patrimoniais, que são disponíveis, é possível que a inércia da parte lhe cause prejuízo. Por outro lado, a existência de defesa técnica para o acusado em processo penal é obrigatória, pois a consequência lógica de uma sentença condenatória é a aplicação de uma sanção. Essa restrição de direitos exige a presença do contraditório como máxima efetivação do mandamento constitucional insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Ademais, sobre o tema, Tourinho Filho (2011, v. 1, p. 73) faz interessante observação complementar sobre o fundamento da necessidade de apresentação de defesa, nos seguintes termos: “o Acusador tem habilitação técnica, e, assim, se o acusado não a tivesse, haveria uma luta desigual entre ambos, e o princípio do contraditório seria provavelmente burlado”.

O acusador, em geral, é o Ministério Público, cujo membro que o representa está habilitado a exercer suas funções. No outro pólo da ação, caso não fosse atribuída a obrigatoriedade de apresentação de defesa técnica, haveria meramente um indivíduo hipossuficiente que, quando fosse carecedor de recursos financeiros, não poderia apresentar suas versões dos fatos, ou, ainda, identificar a existência de eventuais falhas que maculassem o processo e acarretassem sua nulidade. A impossibilidade de custear honorários advocatícios, por óbvio, não pode ser empecilho para apresentação de defesa quando se trata de processo penal.

Por esse motivo é que a preclusão temporal não se opera ao réu, já que mesmo que o prazo para oferecimento de resposta se escoe *in albis*, o juiz determinará a nomeação de defensor ao réu (art. 396-A, do Código de Processo Penal). Somente oportunizando a apresentação de defesa é que haverá verdadeiramente paridade de armas entre as partes. E tal premissa é quase que absoluta, na medida em que a ausência de defesa acarreta a nulidade do processo (art. 564, III, c e e).

De tudo o que fora exposto, resta claro que o réu é sempre a parte mais fraca na relação jurídica que impõe o processo penal. Se por um lado há o Ministério Público, que é um órgão estatal destinado à tutela dos interesses sociais, e extremamente preparado para o exercício de suas atividades, no outro polo da ação sempre haverá o acusado, que individualmente defendendo-se das imputações, é vulnerável, ainda que após a instrução fique demonstrado que os fatos a ele imputados sejam verdadeiros. Não é por outro motivo que se afirma que a defesa deverá ser colocada no mesmo patamar da acusação, em paridade de armas, e qualquer criação legislativa que vise a desequilibrar essa balança deverá ser feita em favor da defesa, e nunca em favor do Estado (PRADO e MALAN, 2009, ps. 401-402).

No entanto, existe uma mitigação do contraditório no que tange ao

inquérito policial.

O Brasil adotou um sistema processual misto, em que existe uma fase preliminar de investigação, revestida de caráter inquisitorial, e uma fase posterior, acusatória, que consiste no processo propriamente dito, em que é assegurada a defesa. Ocorre que durante a fase investigativa não existe contraditório, surgindo a dúvida se haveria violação ou não do preceito constitucional. Moraes (2007, p. 97) elucida a questão, afirmando que:

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

O caráter inquisitorial dos inquéritos policiais justifica-se pelo fato de que a existência de defesa durante a fase preliminar acarretaria prejuízo das investigações, que se protelariam de tal forma que a atuação estatal seria limitada (TOURINHO FILHO, 2011, v. 1, p. 75). Ademais, um dos fundamentos da inquisitorialidade do inquérito policial é, nos dizeres de Jiménez Asenjo (s. d.) *apud* Tourinho Filho (2011, v. 1, p. 75) que o indivíduo infrator possuiu preparação e cautelas necessárias para tentar furtar-se à atuação estatal quando de sua prática delituosa. Não é razoável que o Estado inicie a persecução penal em desvantagem, sendo necessário que a fase que imediatamente antecede ao processo faz-se necessária sem a presença do réu, para que o Estado, pego de surpresa com a prática delitiva, possa auferir certa vantagem e igualar-se processualmente ao criminoso.

Além disso, deve-se atentar para a natureza jurídica do inquérito policial e às expressões que a Constituição da República adota para a correta aplicação do princípio do contraditório. O inquérito não é processo administrativo, como muitos pensam, e muito menos processo judicial, tratando-se, assim, de um procedimento administrativo, daí porque não há violação do contraditório, pois a Constituição Federal exige a presença deste em processos, sejam eles judiciais ou administrativos, e não em procedimentos apuradores de fatos. Nesse sentido, Tourinho Filho (2011, v. 1, p. 254) afirma que o inquérito policial “é mera colheita de provas, mero procedimento informativo sobre o fato infringente da norma e sua

autoria”. O mesmo autor, aliás, continua explicando que:

Se o inquérito policial é eminentemente *não contraditório*, se o inquérito policial, por sua própria natureza, é sigiloso, podemos, então, afirmar ser ele uma investigação inquisitiva por excelência. Durante o inquérito, o indiciado, na verdade, não passa de simples objeto de investigação. [...] mas, quanto a ter o direito de exigir esta ou aquela prova, não. [...] Ora, o que empresta a uma investigação o matiz da inquisitorialidade é, exatamente, o não permitir o contraditório, a imposição da sigilação, a ausência de concatenação dos atos e a não intromissão de pessoas estranhas durante a feitura dos atos persecutórios. (ênfase do autor)

Observa-se que o processo penal possui duas etapas distintas. A primeira, inquisitiva, que busca fundamentar a propositura da ação penal, dando-se início à segunda fase, que é acusatória.

Nota-se, todavia, que o contraditório representa muito mais do que a mera possibilidade de responder à acusação. Na verdade, quando se leva em consideração a produção de provas, esta deve se pautar na participação de ambas as partes, sob a presidência do magistrado.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2011, p. 118), aliás, trazem ensinamentos que merecem transcrição integral:

Inválida é, ainda, a prova produzida sem a presença das partes.

[...]

Esse fundamental princípio é reconhecido como uma das garantias do processo em geral, extraindo-se de sua inobservância a proibição de utilização das provas produzidas.

[...]

Foi salientado, aliás, que a garantia não significa apenas que a parte possa defender-se contra as provas apresentadas contra si, exigindo-se, ainda, que seja colocada em condições de participar, assistindo às que forem colhidas de ofício pelo juiz. É que tudo quanto for utilizado sem prévia intervenção e participação das partes acaba sendo conduzido a conhecimento privado do juiz.

[...]

Conclui-se, enfim, que, quando o juiz introduz a prova de ofício, encontra-se perante a exigência do contraditório, na mesma situação da parte, e que a intervenção e participação dos sujeitos do processo há de ser prévia.

O posicionamento dos autores acima transcrito encontra total tipicidade ao conteúdo em debate no presente trabalho. Com efeito, os poderes instrutórios do

magistrado serão debatidos a seguir, mas o contraditório, como máxima exigência constitucional, deve sempre ser observado, ainda que a prova advenha por iniciativa do magistrado, uma vez que a ausência de manifestação das partes acerca dela acarretará sua nulidade. A questão ainda ganha relevância muito maior quando se leva em consideração que o magistrado pode, pela atual redação do art. 156, I, do Código de Processo Penal, determinar a produção antecipada de provas e utilizá-las no curso do processo, em total desacordo com o contraditório, visto que as partes não participaram de sua produção. Não é por outra razão que parte da doutrina vem afirmando, ao que parece acertadamente, à luz da Constituição da República, que não pode prevalecer no processo uma prova que não foi filtrada pelo contraditório. Não se nega, dessa forma, a necessidade eventual de se determinar sejam algumas provas produzidas antecipadamente, mas essa urgência não pode atropelar os direitos constitucionais previstos no rol da Carta Magna. Assim, entende-se que quando da abertura de incidente de produção antecipada de provas, seria razoável atribuir tanto ao Ministério Público, quanto à defesa, a possibilidade de se manifestar sobre as provas produzidas, haja vista que não serão repetidas durante a fase processual. Nesse sentido, Távora e Alencar (2011, p. 41) possuem o seguinte entendimento:

[...] essa regra de ser o inquérito puramente inquisitivo deve ser ampliada com cautela, máxime quando se está diante de produção de provas que não seja passível de repetição em juízo.

Deveras, em casos como tais, impende que a autoridade policial, mediante ato fundamentado, assegure a participação do indiciado – quando possível – na produção probatória, conferindo efetividade a direitos fundamentais constitucionais no âmbito do inquérito policial.

O contraditório é tão importante que recentes alterações do Código de Processo Penal, trazidas pela Lei nº 11.690/08 reforçaram a ideia de que o juiz deve decidir com base em prova produzida durante o curso do processo, sob o crivo do contraditório. A propósito, assim ficou a redação do art. 155, do Estatuto Processual Penal:

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

Contudo, parcela da doutrina, acertadamente, afirma que parte desse dispositivo é inconstitucional, haja vista que o magistrado poderia fundamentar sua decisão com base no inquérito, desde que de maneira não exclusiva. Nesse sentido, Prado e Malan (2009, p.53):

Na medida em que a **prova** insuficiente do processo contraditório é complementada com as **informações** do inquérito (não contraditório), formando a convicção condenatória do julgador, temos que os elementos inquisitivamente colhidos são decisivos para a condenação, o que viola o princípio constitucional do contraditório, bem como o da presunção de inocência. (ênfases do autor)

Vê-se, dessa forma, que a atuação jurisdicional é diretamente limitada pelo contraditório. O magistrado não pode fundamentar sua decisão com base em informações não contraditadas, ainda que as determine de ofício, caso em que deverá submeter a sua atuação à apreciação de ambas as partes para validar o conteúdo trazido aos autos, caso contrário as peças deverão ser rechaçadas por padecerem de nulidade. Ressalta-se, por fim, que há exceção quanto às provas produzidas antecipadamente ou as não-repetíveis. Quanto a estas, o contraditório será diferido.

Por fim, restam algumas considerações acerca da ampla defesa, que decorre logicamente da existência do contraditório. Quanto a ela, consiste basicamente em assegurar aos litigantes todos os meios possíveis na demonstração de suas alegações, seja por meio das provas ou de recursos cabíveis contra os mais variados tipos de decisões. Subdividi-se ela em defesa técnica (exercida por defensor) e autodefesa (exercitada pelo próprio acusado), sendo aquela obrigatória e esta facultativa, de acordo com a conveniência do caso concreto, assegurando-se, além disso, o direito do silêncio como forma de expressão da autodefesa (TÁVORA e ALENCAR, 2011, p. 56).

3.2 Dos Princípios da Independência e Imparcialidade do Juiz

Ambos os princípios estão diretamente ligados e dependem um do

outro para se sustentar.

O processo exige um juiz imparcial, isto é, um juiz que esteja desvinculado de qualquer ligação interna com as partes. Segundo Lopes Jr. (2005, p. 85):

A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzietà*¹⁴, um estar alheio aos interesses das partes na causa (...). (original não grifado)

Para garantir essa imparcialidade, o legislador assegura ao julgador uma série de prerrogativas para que o exercício da magistratura possa ser efetivado de maneira independente. Nesse diapasão, emerge o princípio da independência funcional do juiz, que nada mais é do que o livre exercício da atividade jurisdicional, dêis que dentro dos limites constitucionais e infraconstitucionais. Nas palavras de Feitoza (2008, p. 286), “o princípio da independência significa que a jurisdição não pode sofrer interferência de fatores externos a ela, nem mesmo de outros órgãos superiores do próprio Poder Judiciário”. Contudo, quanto a este último aspecto, o próprio autor ainda faz uma ressalva no que tange às súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, que possuem observância obrigatória dos juízes, na medida em que não são meramente diretrizes a serem seguidas, demonstrando o entendimento que determinado tribunal tem sobre a matéria, mas tratam de um tema de tamanha importância que o entendimento do tribunal deve ser respeitado.

Anote-se, além disso, que a exigência de um juiz ou tribunal independente e imparcial decorre também da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu art. 8º, §1º, *in verbis*:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza

¹⁴ *Imparcialidade*, em italiano.

Têm-se, portanto, o princípio da independência como a não interferência de fatores externos que possam pressionar o magistrado, e o princípio da imparcialidade, como a alheabilidade do juiz à causa debatida pelas partes, estando conexa a sua capacidade subjetiva, isto é, o fator interno.

3.2.1 Princípio da independência

O princípio da independência decorre como uma consequência lógica da própria função do processo. A existência desse seria inútil se o magistrado fosse influenciado por quaisquer fatores externos que comprometessem seu julgamento, uma vez que o resultado da lide estaria vinculado, seja antes mesmo de sua formação, ou no próprio transcorrer processual.

Anotem-se os ensinamentos de ZILLI (2003, p. 139):

(...) a independência do juiz, na verdade, é fator que se posiciona anteriormente [à imparcialidade], atuando, inclusive, como um dos fatores condicionantes daquela. Assim, o estabelecimento de garantias que visem resguardar o juiz, no desempenho de sua atividade jurisdicional, contra pressões externas, sobretudo aquelas de índole política, é indubitavelmente a medida necessária e exata para o resguardo da independência. Dessa forma, onde a independência não for resguardada, estará o juiz subordinado a toda sorte de pressões que desvirtuarão e contaminarão não só o objetivo de uma iniciativa instrutória, mas toda a marcha processual.

Dessa forma, o juiz deve ser protegido contra toda ameaça que possa macular seu entendimento ou, ainda que suas convicções sejam mantidas, seu julgamento não pode ocorrer senão de acordo com o que determina sua ideologia, é claro, que dê dentro dos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais. Ademais, para que a própria imparcialidade do juiz seja garantida, deve exercer seu labor de maneira independente.

Complementando a linha de raciocínio, Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 112) afirma que:

Para termos um juiz natural, imparcial e que verdadeiramente desempenhe sua função (de garantidor) no processo penal, deve estar acima de

quaisquer espécies de pressão ou manipulação política. [...] Esta liberdade é em relação a fatores externos, ou seja, não está obrigado a decidir conforme queira a maioria ou tampouco deve ceder a pressões políticas.

Nesse sentido, o magistrado deve estar consciente de sua função, que não se restringe tão somente ao deslinde da causa que lhe é posta em juízo, mas também garantir ao acusado todas as prerrogativas que o protejam de arbitrariedades e, somente quando verificados todos os pressupostos e um conjunto probatório que admitam uma eventual condenação, aplicar a lei nos moldes pré-determinados pelo legislador. Isto quer dizer que o juiz, como um membro do Poder Judiciário, não necessariamente deva proferir um julgamento de acordo com o clamor público, pois sua função não é política, diferentemente do que geralmente impera entre os Poderes Executivo e Legislativo, cujos membros praticam atos e diálogos dirigidos em favor da maioria que os elege.

Ainda que o magistrado verifique que suas atitudes dentro do processo andam em desacordo com o entendimento público, sua atividade deve proteger as minorias, garantindo ao réu um julgamento nos moldes constitucionais, sem se deixar levar por insinuações e provocações que visem a forçar uma decisão diversa da pretendida pelo juiz.

Dessa forma, o legislador encasula o juiz, para que este possa, tranquilamente, aplicar a legislação ao caso que lhe é submetido.

Essa proteção conferida ao magistrado é um fator que condiciona a imparcialidade. Somente um juiz que possua independência é que poderá realmente conduzir o processo regularmente. Ademais, colham-se os ensinamentos de Tourinho Filho (2011, v. 1, p. 63):

Não se pode admitir Juiz parcial. Se o Estado chamou a si a tarefa de dar a cada um o que é seu, essa missão não seria cumprida se, no processo, quer civil, quer penal, não houvesse imparcialidade do juiz.

E essa imparcialidade exige, antes de mais nada, independência. Nenhum Juiz poderia ser efetivamente imparcial se não estivesse livre de coações, de influências constrangedoras, enfim, de ameaças que pudessem fazê-lo temer a perda do cargo. Daí as garantias conferidas à Magistratura pela Lei Maior: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

A primeira prerrogativa, insculpida no art. 95, I, da Carta Magna, dispõe

que os juízes são vitalícios, isto é, uma vez que são investidos do cargo, não podem ser depostos. Tal garantia é de extrema importância para o magistrado, uma vez que poderá exercer todas as suas atividades jurisdicionais sem o temor de que a qualquer momento possa ser destituído de seu cargo por questões políticas ou quando suas decisões não agradem determinado setor da sociedade.

Após dois anos de exercício no cargo, período durante o qual atuarão como juízes substitutos – momento em que podem perder o cargo administrativamente –, somente será possível a destituição do cargo por sentença com trânsito em julgado. Até lá, a fim de evitar preocupações que possam surgir e que vinculem as decisões do julgador, nada pode ser feito de modo a interferir na ocupação de seu cargo. Já para os membros dos tribunais superiores e àqueles que ingressam na magistratura pelo quinto constitucional há aquisição imediata da vitaliciedade (MORAES, 2007, p. 483).

A segunda prerrogativa, insculpida no art. 95, II, da Lei Maior, está relacionada à impossibilidade de se retirar o magistrado do juízo onde regularmente exerce suas atividades jurisdicionais. Isso implica que não cabe a terceiros determinar a remoção de um julgador de seu local habitual por motivos políticos ou por questões relacionadas a atos judiciais que sejam contrários aos interesses da maioria ou, eventualmente, até interesses pessoais. O magistrado deve ser livre em sua atividade, de modo a nunca temer sequer a possibilidade de alguém intervir em seu labor e, entendendo que as atitudes do juiz estejam em desacordo com interesses particulares, determinar sua remoção para localidade diversa. Caso contrário fosse, o juiz sempre julgaria em descompasso com sua convicção pessoal, pois sempre haveria o temor de que a qualquer momento pudesse ele ser enviado a outro juízo, estando sempre impedido de aplicar a lei ao caso concreto, uma vez que aqueles que detivessem poder político interfeririam constantemente na busca de soluções de conflitos em que estejam envolvidos (MORAES, 2007, p. 484).

A única possibilidade de se proceder à remoção de um magistrado de onde exerce suas atividades é mediante o interesse público, desde que haja deliberação do tribunal ao qual estiver vinculado o magistrado (art. 93, VIII, da Constituição da República).

Como terceira e última garantia constitucional, prevista no art. 95, III,

da Constituição da República, tem-se a irredutibilidade de subsídios, que consiste na impossibilidade de redução do salário dos magistrados como forma de exercício de pressão. Novamente, tem-se uma garantia essencial à proteção da atividade jurisdicional, que não pode estar sujeita a interferências de outras autoridades que tenham interesse nas decisões proferidas pelos juízes (MORAES, 2007, p. 484).

Concluindo, resta claro que a independência funcional dos magistrados, ainda que não influa diretamente no presente trabalho, é essencial à manutenção da imparcialidade do julgador, e é justamente no princípio da imparcialidade que surge a maior discussão, se a atividade *ex officio* do magistrado conduz ou não a sua parcialidade, o que será objeto de discussão posterior.

3.2.2 Princípio da imparcialidade

Trata-se de outro princípio de extrema relevância para o processo penal, e em especial para este trabalho.

O juiz que conduz o processo deve manter-se o mais distante possível das partes, e não ter qualquer relação de índole subjetiva que possa de alguma maneira influenciar em sua decisão.

Por esse motivo, o legislador constituinte estabeleceu restrições à atividade jurisdicional, no art. 95, da Carta Magna. Além disso, para manter a imparcialidade do julgador, a lei permite que seja ele recusado pela parte, pois a capacidade do órgão jurisdicional deve ser entendida em dois aspectos: o primeiro, de ordem objetiva, em que se estabelece previamente a competência do juízo; e um segundo, de índole subjetiva, que é justamente a ausência de vínculo com as partes (TOURINHO FILHO, 2011, v. 1, p. 64).

O princípio da imparcialidade remonta a uma necessidade de se garantir um resultado justo ao final do processo. Quando o juiz possuir certa conexão subjetiva com qualquer das partes, essa atividade se manifestar como uma inclinação favorável ou contrária a qualquer delas, o magistrado não proferirá um julgamento com o discernimento necessário que usualmente dele se esperaria.

Este estado de alheabilidade faz-se necessário para a máxima efetivação dos princípios constitucionais que regem o tema. Não é por outra razão que “o juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valorar essa prova. A figura do *juiz espectador* em oposição à figura inquisitória do *juiz ator* é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório” (LOPES JR., 2008, v. 1, p. 125) (grifo do autor).

Portanto, conclui-se que a atividade jurisdicional deve desenvolver-se de forma reta e moral. Quando o juiz atua com funções atípicas ou quando toma partido de uma das partes antes do momento adequado, tem-se inequivocamente um julgador que não está apto subjetivamente à resolução do caso posto em análise.

3.3 Princípio da Paridade de Armas

Um processo penal justo não pode se desenvolver quando as partes não estejam em posição de igualdade.

A ambas deve ser concedida oportunidade para se manifestar sobre os fatos do processo em igualdade de condições e, para tanto, devem possuir os mesmos meios para invocar a tutela jurisdicional ou, caso os meios sejam diversos, a sua eficácia na obtenção do provimento jurisdicional deve ser equiparada.

Assim Prado e Malan (2009, p. 401) manifestam-se da seguinte maneira:

A garantia do contraditório e conseqüente reconhecimento do direito do réu à mais ampla defesa levam à conclusão lógica de que é preciso existir um equilíbrio entre as partes em conflito no processo penal, de forma a garantir à Defesa, no mínimo, as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos postos à disposição da Acusação.

Para que o juiz possa decidir com imparcialidade, confrontando, comparando o que cada lado alega, as oportunidades de se manifestar, de produzir provas, de expor argumentos têm de ser equivalentes para os dois lados. A igualdade de oportunidades e de utilização de iguais instrumentos constitui o que se chama de paridade de armas.

Quando se fala em processo penal, resta claro que as partes inicialmente estão em posição de desencontro. Não é certo que garantir a defesa técnica ao acusado seja suficiente para elevá-lo ao mesmo nível do Ministério Público. Daí que a máxima de que para se alcançar a igualdade real deve-se tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente é plenamente aplicável ao processo penal brasileiro. Não resta sombra de dúvidas que, sendo o acusado nitidamente inferior à acusação, deve ele ter alguns privilégios que aquela não tenha, sem que isso, obviamente, constitua prejuízo à acusação, já que isto também acarretaria uma forma inversa de violação ao princípio da paridade de armas.

Dessa forma, são asseguradas ao réu algumas medidas, como impetração de *Habeas Corpus*, visando a beneficiá-lo de maneira tal que fique no mesmo plano da acusação e possa respondê-la de maneira igualitária com a qual foi ela apresentada. Isso evidentemente não viola o princípio da paridade de armas, pelo contrário, a fortalece, na medida em que o órgão público estatal destinado à acusação já possui uma estrutura muito bem definida e consolidada. Obviamente que a atuação isolada do réu deve ser compensada pela concessão de certos privilégios, sem o exagero acabe por causar desequilíbrio na relação em favor do réu.

3.4 Princípio da Presunção de Inocência

Trata-se de um dos princípios primordiais que regem o atual processo penal brasileiro. Se por um lado protege o acusado, assegurando-lhe que não será tido por culpado até que haja trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Esse preceito foi insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, dispondo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Além do mais, o princípio da presunção de inocência também vem insculpido na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu art. 8º, § 2º, primeira parte, nos seguintes termos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a

que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

A presunção de inocência, ou de não culpabilidade como preferem alguns, garante a proteção dos cidadãos frente ao arbítrio estatal. E essa presunção só será encerrada no momento em que a sentença transitar em julgado.

Contudo, não se trata apenas de um meio político de proteção social. Na verdade, sempre que houver dúvida em relação a determinado ponto fático do processo, será ela interpretada favoravelmente ao réu. “A ‘presunção de inocência’ também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo” (BADARÓ, 2003, ps. 284-285).

No aludido entendimento, é visível que somente após o devido processo legal com a conseqüente prolação de sentença é que cessará essa presunção. Além disso, caso reste dúvida sobre a materialidade, autoria ou quaisquer outras circunstâncias atinentes aos fatos, seja de maneira parcial ou integral, o ponto duvidoso beneficiará o réu.

Além disso, a presunção de inocência figura como uma regra de tratamento. O acusado em momento algum pode ser tratado ao longo do processo como culpado (BADARÓ, 2003, ps. 285-286). No mesmo sentido, Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 182), entende que o dever de tratamento de inocente que deve ser dado ao réu abrange tanto a questão do dever de conduta do juiz perante o acusado, que deve ser tratado dignamente, bem como em relação a fatores externos, como a publicização dos fatos violando a dignidade moral do ser humano.

O princípio da presunção de inocência, como se verá nos próximos tópicos, é essencial para a estruturação do processo penal, bem como em relação a institutos como ônus da prova e dos próprios poderes conferidos ao magistrado (ou ausência deles).

4 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para uma análise mais profunda sobre a possibilidade de o magistrado ser ou não investido de poderes há que se atentar para a existência de espécies diferentes de processos penais, uns mais rigorosos e que concedem ao juiz mais poderes para a realização da instrução, em substituição à atividade das partes, e outros mais maleáveis, que reduzem os poderes do magistrado e prestigiam a atividade das partes que se sujeitam ao contraditório.

A verificação de outro sistema varia de acordo com a opção política do Estado em que se situa. Em geral, predomina o sistema acusatório em nações democráticas, que guarnecem os princípios que tutelam a liberdade de seus cidadãos. Por outro lado, a inquisitorialidade predomina em países monárquicos, em que a centralização do poder nas mãos do soberano reflete diretamente na rigidez da persecução penal (MITTERMAIER, 2008, p. 47).

Basicamente, há a divisão em três sistemas processuais: o inquisitório; o acusatório; e o misto. Todos serão analisados pormenorizadamente e se verificará qual o modelo adotado o Brasil e se o atual processo penal brasileiro está em consonância com os ditames da Constituição Federal de 1988.

4.1 Sistema Acusatório

O sistema processual penal acusatório teve altas e baixas no decorrer de sua evolução. Como se trata de um processo com efetiva atuação das partes, sendo a ambas concedidas diversas garantias e prerrogativas na tentativa de demonstrarem suas posições conflitantes e apresentarem as provas que corroborem suas teses, sempre foi muito criticado por suprimir os poderes do juiz na condução da lide e atribuir exclusivamente às partes a descoberta da verdade.

Este legítimo processo de partes sempre esteve presente em nações em que o Estado possui mínima intervenção na vida dos cidadãos a ele

subordinados. Trata-se de uma redução do poder estatal e maximização dos poderes e atribuições das partes envolvidas no litígio.

As raízes do sistema acusatório remontam à época da Grécia Antiga, e difere significativamente do modelo atual. Também foi experimentado pelos romanos durante a fase da República, e em ambos a característica marcante era a presença dos cidadãos como acusadores e julgadores. É nítida a presença democrática em tal sistema, conferindo-se não só a imparcialidade adequada a quem julga, dada a cisão entre as funções acusatória e judicante, como também a publicidade dos atos processuais e participação do acusado como parte, e não objeto do processo (LOPES JR., 2008, v. 1, ps. 56-57).

Assim, verifica-se que o processo penal acusatório embrionário não tinha como regra a participação de um órgão estatal especificamente destinado à acusação. Sem entrar no mérito da questão se é seria mais benéfico à sociedade que a acusação seja feita por uma entidade representativa do Estado ou pelo próprio particular ofendido, certo é que primitivamente incumbia ao ofendido, como regra, proceder à acusação (TOURINHO FILHO, 2011, v. 1, ps. 120-121).

Como principais características desse sistema em sua origem, Aragoes Alonso (1984) *apud* Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 57) elenca:

- a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele se mantinha afastado da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes;
- b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas;
- c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo;
- d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não podia proceder contra réu ausente(até porque as penas são corporais);
- e) acusação era por escrito e indicava as provas;
- f) havia contraditório e direito de defesa;
- g) o procedimento era oral;
- h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.

Contudo, como já fora delineado nos aspectos históricos, tal sistema não vigorou senão até quando se passou a verificar que atribuir ao ofendido a persecução penal nem sempre garantia a aplicação de justiça, já que os interesses

personais ou a disparidade econômica e política entre acusador e réu acabava por desvirtuar a finalidade do processo. Não é por outro motivo que foi substituído pelo sistema inquisitorial.

Hodiernamente, pode-se caracterizar o sistema acusatório de acordo com o rol que se segue (LOPES JR, 2008, v. 1, p. 58):

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes;
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

No processo penal por vias de acusação, uma das características mais marcantes é, sem sobra de dúvidas, a divisão distinta entre as atividades dos sujeitos processuais. Dessa forma, Zilli (2003, p. 38) assevera que:

[...] se de um lado, figura o acusador que, no exercício de um poder postulatório, aponta e persegue o provável autor ou participe da infração penal, do outro, figura o imputado, que exerce o direito de defesa, resistindo, processualmente, à acusação. Intermediando ambos, posiciona-se, de forma imparcial, o juiz, detentor do poder decisório. Como decorrência lógica do equilíbrio e divisão de poderes processuais penais, não há coincidência subjetiva entre o órgão acusador e julgador, fator essencial para distingui-lo do sistema marcadamente inquisitório.

No mesmo sentido, Ferrajoli (2000, p. 564) defende que:

Precisamente, se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre

convicción.¹⁵

Essa é a característica que parece ser a mais marcante do processo penal acusatório. A partir do momento em que é suprimida a legitimidade do inquiridor para a função simultânea de acusar e julgar, distribuindo-as a entes diversos, e ainda abrindo a oportunidade para que o acusado se manifeste, somente assim é que realmente haveria um processo justo e igualitário, pois acusador e réu demonstrariam seus posicionamentos ao julgador que, sopesando-os, aplicaria a lei ao caso concreto.

Assim, não é por demais rememorar os ensinamentos de Mittermaier (2008, p. 50):

É da essência do processo de acusação que seja toda à sua discussão feita perante o juiz que tem e julgar definitivamente; porque é principalmente sobre seu espírito que querem influir o acusador e o acusado por todos os meios de convicção, de que são senhores. (original não grifado)

Há claramente uma intenção em elevar a posição do acusado à de parte no processo e, da mesma forma, aumentar os poderes do Ministério Público na condução instrutória, crescimento este que ocorre inversamente proporcional à atribuição dos poderes do juiz.

No entanto, muito embora se tenha elaborado esse sistema ideal, ele sofre severas críticas da doutrina, porquanto são significativamente subtraídos os poderes do magistrado como forma de manter sua imparcialidade. Dessa maneira, a atuação imperfeita das partes deveria ser acolhida pelo juiz sem hesitação, e o julgamento nada mais seria do que a homologação do que fora trazido aos autos pelas partes, ainda que a atividade destas fosse superficial (LOPES JR., 2008, v. 1, ps. 58-59).

A análise tem por fundamento exatamente a busca da verdade real e a prevalência da justiça. Em geral, a crítica é feita por aqueles que defendem uma posição mais ativa do julgador e, para tanto, afirmam que inexiste violação à

¹⁵ Em uma tradução livre, quer dizer “precisamente, pode-se chamar de acusatório todo o sistema processual que concebe um juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e um julgamento com uma disputa igualitária iniciada pela acusação, à qual compete a carga probatória, enfrentada pela defesa em um julgamento contraditório, oral e público e resolvido por um juiz de acordo com sua livre convicção.

imparcialidade, até porque o juiz que não atua ativamente é que se tornaria parcial, por deixar prevalecer uma situação que possivelmente não condiz com a realidade. Se não existe essa violação, não há porque atribuir exclusivamente às partes a atividade probatória.

Não é por outro motivo que Zilli (2003, p. 144) leciona que:

[...] a iniciativa instrutória de que aqui se trata é informada pela necessidade de melhor acerto possível do fato posto em julgamento em virtude do dever imposto ao juiz de aplicar, eficazmente, o direito penal. E nesses precisos termos, trata-se de situação excepcional, concretizável, apenas e tão somente, quando as partes processuais não tiverem sido suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes. [...] Deve aproximar-se, destarte, de uma atuação supletiva àquela a cargo dos sujeitos parciais.

Inobstante haja críticas, ao sistema acusatório puro, entendendo-se que o magistrado deve assumir uma postura excepcional de inquisitorialidade, o que será debatido mais adiante, a interpretação sistemática da Constituição da República, a despeito dos princípios da presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, atribuição exclusiva do Ministério Público na propositura da ação penal pública etc., leva a crer que o processo penal brasileiro é acusatório – ou ao menos deveria ser (LOPES JR., 2008, v. 1, p. 176).

Não bastasse a existência de um processo acusatório, a doutrina ainda traz à tona a concretização de outro sistema, que pode ser considerado como uma afirmação mais concreta dos princípios informadores do sistema acusatório. Trata-se do sistema adversarial, em que os debates afirmados pelas partes consubstanciam-se em um verdadeiro duelo, e ao juiz é vedada qualquer atuação ativa seja para qual das partes fosse dirigir sua atividade. Esse sistema prevalece no direito estadunidense¹⁶, e, de acordo com William Burnham (1999) *apud* Zilli (2003, p. 44) tem por escopo algumas características que o tornam distinto, dentre as quais: “a) controle das partes sobre a marcha processual penal; b) presença de um julgador imparcial e passivo; c) permanente sustentação de uma disputa bilateral; e d) igualdade de oportunidades e limitações”.

¹⁶ Mesmo nos Estados Unidos da América, não prevalece mais o sistema adversarial puro, muito embora a atuação dos juizes neste Estado seja estritamente reduzida. Isso se verifica na possibilidade de se determinar algumas medidas de ofício que se atribui ao magistrado (BADARÓ, 2003, p. 133).

Tal sistema impõe a necessidade de criação de um estímulo à atuação ativa das partes para que seja assegurada a imparcialidade do julgador. A posição ativa deste acarretaria inequivocamente à constituição de um pré-julgamento sobre a matéria que lhe foi apresentada, de modo que seu agir enérgico nada mais seria do que a exteriorização de um posicionamento visando à obtenção de elementos justificadores de sua convicção já pré-formulada. Ademais, afirma-se que somente atribuindo a igualdade de partes entre acusador e réu, sob a presidência de um juiz alheio subjetivamente às afirmações das partes, e que então decidisse somente com base no que lhe foi apresentado é que realmente estaria seguro e teria a imparcialidade necessária para proferir o julgamento que mais fosse justo. Além disso, como justificativa plausível para a materialização deste sistema, tem-se frequentemente afirmado a qualidade das decisões e o alto índice de acertos, até porque quando é atribuída somente às partes a direção da instrução processual e concedida a ambas o debate aberto, seriam trazidos aos autos todos os elementos e informações necessários ao melhor sopeso das assertivas e posterior prolação de uma decisão. Todavia, novamente este sistema sofre as mesmas críticas do sistema acusatório, afirmando-se que a verdade obtida no processo nem sempre é a que corresponde à realidade, mas meramente o resultado de uma batalha verbal travada entre as partes, e a que se saísse melhor teria um provimento jurisdicional que lhe fosse favorável. Além disso, o abuso do controle processual que as partes eventualmente poderiam produzir, aliada ao excesso de debates, que acabam por delongar o procedimento, tornam o sistema adversarial incapaz de obter uma solução justa ao caso posto em análise (ZILLI, 2003, ps. 44-51).

Concluindo, a fim de evitar que seja extrapolado o assunto proposto nesse tópico, as considerações até aqui feitas sobre o sistema acusatório bastarão para a posterior análise da adequação ou não da atividade instrutória do juiz no processo penal, o que será feito no item de número 6.5 deste trabalho.

4.2 Sistema Inquisitório

O sistema inquisitório, como já demonstrado, teve seus altos e baixos

ao longo da história, mas é certo que o período em que fundou suas raízes foi aquele durante a Idade Média, mormente durante a Inquisição da Igreja Católica.

O sistema acusatório fora gradativamente substituído por este sistema inquisitório, que nada mais representa do que o agigantamento estatal na persecução penal, reduzindo-se consideravelmente a atuação do acusado como parte, e atribuindo ao magistrado simultaneamente atividades típicas da acusação.

Nestes termos, Zilli (2003, p. 39) dispõe que:

[O sistema inquisitório] caracteriza-se pela concentração dos poderes processuais penais nas mãos de um único órgão. Perseguir, acusar e decidir são atividades exercidas por uma pessoa que normalmente é referida por inquisidor. Justamente pela centralização de poderes é que o sistema inquisitório, historicamente, esteve associado a estruturas políticas, igualmente centralizadas, como, por exemplo, nos diversos Estados absolutistas.

Vê-se que nesse sistema o julgador é aquele que colhe provas e ao final julga. Sua imparcialidade acaba por ser totalmente maculada, pois uma vez que o réu não participa do próprio processo que em face dele transcorre, nunca será efetivamente obtida justiça, pois a insegurança que o Estado acaba impondo a seus cidadãos viola completamente os direitos mais básicos inerentes ao homem.

Sobre as transformações que o sistema inquisitorial trouxe à Europa, seguem-se as lições de Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 61):

O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

E o autor do trecho acima transcrito discorre dessa maneira porque durante certo tempo da República Romana predominou o sistema acusatório, dando-se igualdade de partes dentro do processo e mantendo-se um juiz equidistante. Com a gradativa implementação de maiores poderes aos magistrados, o sistema acusatório foi convertendo-se em inquisitório, suprimindo-se as conquistas até então obtidas no processo penal. Como forma de representação desse

retrocesso que o sistema inquisitório representou, Tourinho Filho (2011, v. 1, p. 121) explica que:

[No sistema inquisitório] Não há o contraditório, e por isso mesmo inexistem as regras da igualdade e liberdade processuais. [...] o processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito.

O juiz possuía a liberdade absoluta de conduzir o processo a seu alvedrio, além do que podia produzir toda e qualquer prova sem a observância de qualquer manifestação do acusado. Contudo, é possível estabelecer algumas características desse sistema, como elenca Mittermaier (2008, p. 47):

A forma de inquirição [...] adquire todo o seu desenvolvimento nos Estados em que o movimento das ideias políticas é refreado por um poder ativo, central, e que leva ao infinito o impulso a agentes subordinados que em todos os sentidos distribui. Este poder supremo ordena a investigação dos crimes no interesse da segurança e da ordem pública; por instruções, que são leis, guia os passos do juiz; e, conquanto submeta os fatos a um exame, talvez demorado, porém profundo, conquanto obrigue o magistrado a seguir sempre os meios legais; todavia a seus olhos o processo criminal não passa de um simples negócio administrativo.

Complementando o raciocínio acima transcrito, em respeito ao procedimento inquisitorial, Tourinho Filho (2011, v. 1, p. 123) arrola três fases do processo inquisitorial: a primeira, de investigação preliminar; a segunda, de instrução; e, por último, o pronunciamento judicial. O autor anota ainda que todas as fases eram escritas, secretas e não prestigiavam o princípio do contraditório.

No entanto, o sistema inquisitório foi perdendo o prestígio ao longo do tempo, principalmente pela escassez de garantias e abuso de poderes dos quais se utilizavam os inquiridores. Cedeu-se espaço ao dito sistema misto, que hoje predomina nos processos penais em geral. Na verdade, hodiernamente, “o sistema inquisitório, na sua pureza, é um modelo histórico” (LOPES JR., 2008, v. 1, p. 60). Não há mais um sistema inquisitório originário em sua essência.

Na verdade, o estudo do sistema inquisitório persiste como forma de se atribuírem mais poderes ao juiz durante a instrução como medida de busca da verdade real. Assim, como será visto, hoje há resquícios de inquisitorialidade nos

poderes que se atribuem aos julgadores, muito embora o sistema inquisitório primitivo distinga-se profundamente da atribuição inquisitória que se dá hoje ao magistrado.

Uma vez superado o sistema inquisitivo, mas ainda subsistindo alguns de seus elementos nos atuais processos penais, em justificação à busca da verdade real, passemos à análise do sistema processual misto.

4.3 Sistema Processual Penal Misto

Feitas as considerações acerca dos dois tipos de processo penal existentes, deve-se atentar que não há como encontrá-los hoje em sua forma pura. Há que se verificar que ora prevalece o sistema inquisitório com algumas características acusatórias, ora um processo acusatório com atribuições inquisitoriais aos juízes.

Trata-se de um instituto criado como forma de repúdio ao antigo modelo inquisitório. As novas mudanças sociais que surgiam com as ideias iluministas e a observação do sistema adversarial inglês reinante à época acabaram por culminar na criação de um processo penal misto, que mais se aproxima de um sistema acusatório travestido de caracteres inquisitoriais (ZILLI, 2003, p. 41).

E o sistema surgiu senão como uma forma de instauração de processos criminais somente quando o material probatório fosse suficiente para embasar eventual sentença absolutória. Se por um lado beneficiava-se o acusado que não poderia ter em face dele um processo instaurado sem justa causa, por outro a própria sociedade foi contemplada com a proteção contra ações penais temerárias. Aos cidadãos seria assegurado que não lhes haveria imputação criminal sem que as circunstâncias casuais justificassem tal medida.

E desde a implementação do sistema misto, difundido pelo Código Napoleônico, ao início do século XIX, parte da doutrina entendia que a conciliação entre os sistemas acusatório e inquisitório era perfeitamente possível, embora fossem sistemas tão antagônicos, mas que impossibilidade lógica sempre houve a

introdução de características de um ou outro sobre o sistema oposto. Mittermaier (2008, p. 58), àquela época, já manifestava sua opinião, no sentido de que:

[...] a instrução preliminar [...] tem por objeto reunir todos os materiais úteis para bem julgar-se o fundamento da acusação, e empregá-los proveitosamente para a manifestação da verdade dos fatos; operação esta toda imparcial, em que o espírito investigador do magistrado pesa ao mesmo tempo as provas que estabelecem a culpabilidade do acusado e as que lhe são favoráveis [...]

No Brasil, convencionou-se dizer que a persecução penal é bifásica: a primeira fase, consubstanciada no inquérito policial, que é inquisitivo; e a segunda fase, que se materializa no processo penal propriamente dito, ao qual se atribui caráter acusatório. Para melhor elucidação do tema, Tourinho Filho (2011, v. 1, ps. 124-125) explica que:

A fase processual propriamente dita é precedida de uma fase preparatória, em que a Autoridade Policial procede a uma investigação não contraditória, colhendo, à maneira do Juiz instrutor, as primeiras informações a respeito do fato infringente da norma e da respectiva autoria. Com base nessa investigação preparatória, o acusador [...] instaura o processo [...]. Já agora, em juízo, nascida a relação processual, o processo torna-se eminentemente contraditório, público e escrito.

Vê-se claramente que a intenção do sistema bifásico é delimitar, na primeira fase, todos os elementos necessários para que a acusação possua substrato para prosseguir com a ação penal. Não se trata, *a priori*, de prova de autoria e materialidade, mas a formação de elementos de convicção mínimos que justifiquem a instauração do processo penal, sendo que nesta fase é que haverá o contraditório e as provas serão realmente produzidas.

Pelo sistema misto brasileiro, na visão de parte da doutrina, firma-se uma posição de acusatoriedade em que são atribuídos ao magistrado poderes, sejam eles instrutórios ou destinados à decretação de outras medidas *ex officio*. Na verdade, trata-se de um sistema acusatório não ortodoxo (TOURINHO FILHO, 2011, v. 1, p. 124).

Com o devido respeito ao posicionamento acima mencionado, não se pode compactuar com tal assertiva quando se analisa a atual sistemática do processo penal brasileiro. Seja favorável ou contrariamente à existência de poderes

instrutórios dos juízes, parte da doutrina entende que o sistema brasileiro é, na essência, inquisitivo, e dizem isto porque a mera atribuição de dialeticidade não conduz à prevalência do sistema acusatório sobre o inquisitório.

Dessa forma, Tucci (2009, ps. 40-41), que se mostra absolutamente favorável a uma maior inquisitorialidade do processo penal, dispõe que:

Parece-nos facilmente perceptível, ante o expendido, que o *processo penal* ostenta *inquisitividade* em ambas as espécies – de conhecimento e de execução. E, outrossim, que ela se faz ínsita à *persecução*, na sua totalidade.

[...]

Constituindo a *apuração da verdade material*, ou *atingível*, o dado mais relevante do precípua escopo do processo penal, torna-se inequívoco que tal finalidade só pode ser atingida mediante a atribuição de *inquisitividade* à atuação dos agentes estatais da persecução penal e ao poder de direção conferido ao órgão jurisdicional na *instrução criminal*, subsequente à *informatio delicti*. (ênfases do autor)

O autor acima mencionado é defensor veemente da inquisitorialidade do processo penal e, como se vê, afirma que a busca de uma verdade estritamente adequada à realidade fática, associada ao interesse público que o processo representa, seria motivo mais que suficiente para a implementação da atividade do magistrado.

No entanto, o mesmo autor não ignora a necessidade do contraditório na relação processual, dado o expresso mandamento constitucional (TUCCI, 2009, ps. 45-46). Todavia, ainda complementa que:

E assim conjugadas, e, até, identificadas, distinguem-se elas, na realidade, apenas no tocante ao *modus procedendi*; vale dizer, no aspecto puramente formal – um (o órgão ministerial), *requerendo*, e outro (o órgão jurisdicional), *decidindo*.

[...]

Daí, a verificação, já aventada, de que moderno processo penal delineia-se *inquisitório*, *substancialmente*, na sua essencialidade; e, *formalmente*, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, *acusatório*.

No entendimento acima esposado, o direcionamento da atuação estatal é distribuído a dois órgãos distintos, mas a atuação e separação de funções seria

mera formalidade processual, mantendo-se, essencialmente, a inquisitorialidade do sistema. A acusatorialidade poderia ser verificada somente de maneira abstrata, pois um dos órgãos estatais direcionados à persecução penal realizaria a acusação, com vistas à apresentação de defesa, mas que isso não seria suficiente para dirimir a necessidade do rigorismo processual penal.

De outra banda, há na doutrina quem diga ser o processo penal inquisitório, mas aponte sua completa inadequação com a atual sistemática constitucional. Assim, não haveria a necessidade de inquisição no processo penal, justificada como meio de descoberta da verdade real e dada à repercussão social que o crime provoca no meio social, mas esse sistema deveria ser refutado integralmente, devendo-se, para tanto, identificar nas mãos de quem está a atribuição e controle probatórios. Quando estiverem com o magistrado, certamente haverá inquisitorialidade. Como defensor desse entendimento, Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 70) aponta que:

[...] no que se refere aos sistemas, o ponto nevrálgico é a identificação de seu *núcleo*, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório, e não os elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação de atividades etc.). (ênfases do autor)

Esse núcleo afirmado pelo autor é o cerne da incumbência probatória. Na medida em que se atribui poderes aos juízes, estar-se-ia diante de um processo inquisitório, que de maneira alguma teria essa característica desnaturada pelo fato da implementação de algumas atribuições tipicamente acusatórias.

A opinião dos autores parece procedente quando afirmam que o processo penal brasileiro é, em sua essência, inquisitório. Não resta dúvida que o sistema processual pátrio adotado é aparentemente misto e bifásico, possuindo uma fase pré-processual inquisitória e outra aparentemente acusatória.

O inquérito policial brasileiro é eminentemente inquisitório, e isso é plenamente justificável, haja vista a necessidade da busca eficaz da verdade dos fatos e sua função existencial, que é embasar a acusação com elementos mínimos que justifiquem a ação penal. Isto não quer dizer, todavia, que o inquérito se preste à apuração dos fatos de modo que o que nele esteja contido fundamentará eventual sentença penal condenatória. Na verdade, o próprio Código de Processo Penal veda

essa possibilidade em seu art. 155. E a melhor orientação é justamente essa, atribuindo-se à fase preliminar o caráter inquisitivo. Nestes termos, Távora e Alencar (2011, p. 96) manifestam-se da seguinte maneira:

O inquérito é inquisitivo: as atividades persecutórias ficam concentradas nas mãos de uma única autoridade e não há oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa. Na fase pré-processual não existem partes, apenas uma autoridade investigando e o suposto autor da infração normalmente na condição de indiciado.

A inquisitorialidade permite agilidade nas investigações, otimizando a atuação da autoridade policial. Contudo, como não houve a participação do indiciado ou suspeito no transcorrer do procedimento, defendendo-se e exercendo contraditório, não poderá o magistrado, na fase processual, valer-se apenas do inquérito para proferir a sentença condenatória, pois incorreria em clara violação ao texto constitucional.

Vê-se que é estritamente necessário conferir poderes investigativos à autoridade policial para se garantir a máxima eficiência da persecução penal. No entanto, justamente pelo caráter inquisitorial, que não concede aos envolvidos o direito ao contraditório¹⁷, a validade das provas produzidas no inquérito é mitigada, em uma clara evidência de que o instrumento inquisitorial só pode ser usado como formação superficial do convencimento do acusador na oferta da ação penal, mas é imprestável para a formação da convicção do magistrado, que só se utiliza da prova produzida em contraditório judicial. Daí decorre logicamente a existência da segunda fase do processo, que é acusatória, garantindo-se o direito do réu em se manifestar acerca da imputação acusatória e de influenciar no resultado do julgamento.

Todavia, a acusatorialidade da segunda fase do processo penal não se faz de maneira plena, na medida em que, quando se atribui ao juiz um poder inquisitivo que lhe permita não somente determinar a produção de provas de ofício, mas também decretar prisões processuais, condenar quando a acusação requer a

¹⁷ Embora a doutrina majoritária entenda que não haja no inquérito policial a possibilidade de contraditório e ampla defesa, Lopes Jr. (2008, p. 301-306) discorda de tal posicionamento, na medida em que afirma que o contraditório consubstancia-se no binômio da ciência da imputação e possibilidade de se manifestar. Mesmo durante o transcorrer do inquérito policial, o indiciado deve ser cientificado dos atos que contra ele são praticados. Isso decorre da possibilidade que há de ter informações a respeito dos autos de inquérito policial, o que representa a prática, ainda que mitigada, da efetivação do contraditório. Quanto à possibilidade de defesa, restaria claro que também ela se faz presente, mas também de forma refreada. Ora, é impensável que exista a defesa técnica durante a fase de inquérito policial, mas o imputado pode perfeitamente valer-se da autodefesa, manifestando o silêncio (forma negativa), ou negando a imputação e apresentando justificações (forma positiva), por exemplo.

absolvição etc., teremos unicamente um processo inquisitivo mascarado de acusatório. Ora, se o Ministério Público foi justamente criado para que fossem retiradas do juiz as funções de acusador. Seria inócuo, nestes termos, instituir a um órgão estatal a titularidade da ação penal, se ao outro órgão jurisdicional a quem foram suprimidas tais atividades, ainda sejam mantidas tais atribuições. Assim sendo, a separação de funções seria meramente formal, e não real (LOPES JR., 2008, v. 1, p. 69-70).

Do que foi exposto, muito embora se afirme que o sistema processual brasileiro seja misto, a assertiva que mais condiz com a realidade é caracterizá-lo como inquisitório na essência, e formalmente como acusatório.

5 AS “VERDADES” E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

5.1 O Conceito de Verdade e Sua Aplicação ao Processo

Muito embora a palavra “verdade” tenha um significado simples, podendo ser conceituado de maneira simplória como os fatos que realmente ocorrem no mundo fenomênico, sua aceção pode não ser tão simples quanto parece, principalmente quando aplicada ao processo, mais especificamente ao processo penal.

Semanticamente, a definição dicionarizada da palavra verdade é “o que corresponde à realidade; o que é certo, verdadeiro” ou a “identidade de uma representação com a realidade representada; autenticidade, exatidão, veracidade”. Conquanto seja esse o significado do verbete, é por demais usual, e não tem aplicação integral ao processo.

Também de maneira simplista, porém não menos importante, o conceito de verdade foi formulado por Santo Agostinho como “a verdade é o que é” (SANTO AGOSTINHO *apud* BARROS, 2010, p. 26). Ora, a verdade é una, e será verdadeiro o que realmente ocorreu, independentemente do que mostrariam eventuais provas de determinado fato. O conceito formulado pelo estudioso pode soar ingênuo, de certa forma até lúdico, mas reflete exatamente o sentido que a palavra emprega. Não se pode admitir, a princípio, seja a verdade distorcida a ponto de ser considerada algo diferente do que realmente é.

A verdade, portanto, não poderia ser desmembrada, a ponto de existirem várias verdades aplicáveis a um mesmo evento, inexistindo qualquer ponderação de verdades. O que existe são pontos de vista e formulação de ideais a respeito de determinada situação, devendo esses elementos convergir para a formulação de um convencimento jurisdicional adequado à realidade.

Contudo, sua aplicação prática ao processo não é tão fácil quanto possa parecer, posto que a lei, mormente no Direito Processual Civil, permite que a verdade seja relativizada, com a criação de institutos como a revelia, nos termos do

art. 319, do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.

Salvo as exceções do art. 320, do mesmo diploma legal, ainda que o réu possua argumentos que possam contra-atacar as arguições do autor, nada poderá fazer se deixar escoar o prazo legal para ofertar sua resposta. Dessa maneira, a verdade buscada pelo processo civil pode não ser a verdade fática, mas o juiz deverá contentar-se com a verdade meramente processual, na medida em que a máxima de que “o Direito não socorre os inertes” é plenamente válida como forma de refutar o que realmente ocorreu em detrimento do que o réu fez presumir com sua inércia.

Ainda é pertinente, apenas como nota informativa que, filosoficamente, também se atribuem vários conceitos à verdade, correlacionando-a com eventuais fundamentos axiológicos e ontológicos. Sem prejuízo desses entendimentos, não são adequados, com a devida vênia, a uma formulação conceitual da verdade perante o âmbito jurídico processual penal.

Interessa sim, ao processo penal, um conceito de verdade que atinja um objetivo relacionado com o próprio deslinde da causa, resultando em uma absolvição ou condenação do réu, mediante os fatos apreendidos pelo juiz e com a consequente aplicação prática dos instrumentos adequados postos à disposição do julgador.

De acordo com Barros (2010, p. 28), juridicamente há a subdivisão da verdade em duas linhas, a “verdade de fato” e a “verdade de direito” – isto não quer dizer, contudo, que a verdade seja divisível por natureza, posto ser una, mas para efeitos de estudo é cindida. A primeira está diretamente ligada ao entendimento formulado pelo magistrado quando do momento da apreciação probatória. Seu convencimento estará de acordo com a produção de provas que lhe foram apresentadas, formulando, a partir desses dados, a verdade que entende cabível do que apreendeu.

A verdade de direito, por outro lado, resultaria da própria aplicação das regras previamente estabelecidas pelo legislador, em consonância com o que o juiz entendeu pelos fatos que lhe foram apresentados.

Dessa maneira, primeiramente o juiz analisaria o que lhe foi posto

pelas partes, formulando uma concepção jurídica das narrativas, para só então encontrar o fundamento legal que possa ser aplicado ao caso concreto. Ressalte-se, todavia, que embora as partes formulem seu entendimento, este não resulta da existência de mais de uma verdade. Como já fora mencionado, ela é única e indivisível.

O que pode eventualmente ocorrer, e com certa frequência, diga-se, é a existência de mais de um entendimento acerca de determinada situação, pois as partes formulam uma interpretação subjetiva, maculada pelos seus ideais e paixões. São justamente esses pontos de vista da “verdade” que serão analisados pelo magistrado, que os convergirá para a “verdade do juiz” (BARROS, 2010, p. 30).

Não obstante, o mesmo autor afirma que a verdade formulada pelo julgador não é absoluta, mas deve ser corroborada pelo ordenamento jurídico. Muito embora a “verdade jurisdicional” seja subjetiva, posto ser o juiz um ser humano falível, seu entendimento deve ser pautado na legalidade, isto é, seu juízo – e a expressão “juízo” aqui se encontra empregada no sentido de compreensão ou convencimento, e não como o órgão dotado de jurisdição – deve encontrar harmonia com o devido processo legal, cujos requisitos tenham sido previamente elaborados pelo legislador, de modo que são esses elementos objetivos de observância obrigatória do julgador que confirmam a subjetividade da “verdade do juiz”.

No mesmo sentido entende Marcos Alexandre Coelho Zilli¹⁸ (2003, p. 113), ao afirmar que “não pode o juiz valer-se de todo e qualquer meio para accertamento fático estando vinculado, na realidade, àquele procedimento sobre o qual a lei reconhecer eficácia probatória”. Dessa forma, mesmo o juiz deve basear-se no procedimento que a lei estabelece, para só então alcançar a tão almejada verdade que desvendará a o caso, permitindo a aplicação da medida que a desfaça.

Destarte, a verdade e o Direito caminham juntos, na medida em que este delimita as formas de apuração e revelação daquela. Assim, a lei determina as

¹⁸ O autor ainda realiza uma comparação interessante entre a atividade do juiz e a de um historiador. Ambos têm de analisar fatos pretéritos e, mediante as provas e evidências que lhe forem postas a análise, são incumbidos de atingir a verdade, e o modo como os acontecimentos se deslindaram, ainda que o historiador possa abster-se de descobri-la, caso não encontre elementos suficientes, o que não ocorre com o juiz, que obrigatoriamente deve dar uma resposta ao caso, ainda que esta seja a absolvição do réu ante a inexistência ou insuficiência de provas que pautem uma pretensão condenatória estatal. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. (2008, p. 523) afirma que “o juiz assemelha-se ao historiador, de modo que após um raciocínio indutivo chegará a uma conclusão que tem o valor de hipótese provável (probabilidade)”.

regras a que o Estado deve se submeter não só no encaixe da conduta criminosa ao modelo tipificado, mas no próprio procedimento que orienta os meios de verificação da verdade.

Mas é de se notar que apesar do grande esforço e empenho da atividade jurisdicional, o magistrado nunca alcançará a plenitude da razão. Assim, “deve-se ter a consciência de que o que se descobre é uma ‘verdade obtida pelas vias formalizada’, ou seja, uma verdade processual” (ZILLI, 2003, p. 113), isto é, o processo nada mais seria do que uma reconstrução fática de todos os acontecimentos que constam nos autos, almejando, sobretudo, ao alcance da verdade, sem, entretanto, obter total adequação do que se apreende através do processo à realidade, daí se dizer que há uma “verdade processual”.

Corroborando esse entendimento, com a clareza que lhe é peculiar, colham-se os ensinamentos de Tourinho Filho (2009, p. 17):

[...] não se tem a presunção de chegar à verdade verdadeira, como se costuma dizer, ou, se quiserem, à verdade na sua essência [...], mas tão-somente salientar que o ordenamento confere ao Juiz penal, mais que ao Juiz não penal, poderes para coletar dados que lhe possibilitem, numa análise histórica-crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado. É certo, ademais, que, mesmo na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso, melhor seria falar de “verdade processual”, ou “verdade forense”, até porque, por mais que o Juiz procure fazer a reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale [...] poderá conduzi-lo a uma “falsa verdade real”.

Vê-se, dessa forma, que mesmo a verdade que esteja presente em um processo penal não é absolutamente realista, mas é válida na medida em que mais se aproxime das minúcias do caso concreto.

5.2 A Verdade e a Certeza no Processo Penal

Por último, cumpre anotar a distinção entre a verdade e a certeza. A primeira está muito mais ligada à conexão entre o convencimento do magistrado com a realidade, em conformismo com o lastro probatório que lhe foi

apresentado, sendo formulada a “verdade do juiz”. Por outro lado, a certeza é externa à verdade, consubstanciando-se na segurança do julgador na formulação de sua verdade subjetiva. A propósito, anatem-se os ensinamentos de Malatesta (1996, p. 21):

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que é objetivamente falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros.

Apesar de aparentemente o conceito criado pelo doutrinador acima referido seja de difícil compreensão, sua pretensão é por demasiado simplista. Primeiramente, afirma ser a verdade a correspondência do que o ser humano suponha mediante seu intelecto aos elementos fáticos da realidade. Contudo, a certeza, por outro lado, é a convicção de que essa formulação subjetiva esteja correta. Em outras palavras, aplicando-se o conceito ao processo, o juiz deveria possuir a convicção ou segurança de que a “verdade” que lhe foi apresentada nos autos realmente ocorreu no mundo fenomênico.

Caso o juiz não possua essa segurança, estará ausente sua certeza e, conseqüentemente, haverá a mera probabilidade do ocorrido, o que não lhe é suficiente para embasar uma sentença penal condenatória, de modo que ao réu deve ser concedido o benefício da dúvida, ante o princípio da presunção de inocência que vige no processo penal, consagrado no art. 5º, LVII, da Carta Magna.

5.3 As Verdades Formal e Real

Conceituada a verdade e demonstrada sua relação com o processo, cumpre apresentar uma distinção entre a verdade formal e a verdade real.

Em muitas situações, apesar de já evidenciado que a verdade do juiz não é absoluta, mas é aquela que foi produzida com base no que lhe foi trazido aos

autos pelas partes, diz-se que a verdade buscada pelo juiz no processo penal é a verdade real, isto é, o que realmente ocorreu, sem a existência, em regra, de presunções, transações ou artificialismos. Da mesma forma, o processo civil também busca a verdade real, mas como os direitos tutelados são, no mais das vezes, disponíveis ou transacionáveis, por terem relação quase que prevalente sobre o patrimônio, a lei autoriza diversas situações em que prevalecem essas situações sobre a verdade fática, dizendo-se haver nesse caso a verdade formal, dada a passividade e contentamento jurisdicionais plenamente legalizados.

5.3.1 Verdade formal

Durante muito tempo a doutrina tratou de dizer que a verdade formal era inerente ao processo civil, ao passo de que a verdade real cabia ao processo penal. A característica mais marcante em sua diferenciação reside no fato de que a busca da verdade formal permitiria ao juiz ser, de certa forma, mais leviano – e a expressão aqui fora empregada sem qualquer sentido pejorativo – em relação às provas, e se contentar unicamente com o que as partes trouxeram aos autos, independentemente de isto ter sido ou não suficiente à demonstração da realidade.

De maneira objetiva, Guilherme Nucci (1999, p. 64) conceitua a verdade formal como sendo aquela:

Que surge no processo de acordo com os argumentos e as provas trazidas pelas partes. Trata-se de uma verdade que pode não corresponder à realidade, nem é imprescindível que assim seja, vale dizer, contenta-se o juiz, ao decidir a causa, com a verdade que as partes conseguiram demonstrar e não com o que efetivamente ocorreu.

O ponto crucial dessa diferenciação está na possibilidade – ou, ainda, na necessidade – de o juiz, *ex officio*, diligenciar no sentido de descobrir a verdade, no caso de inércia ou inabilidade das partes. Dessa maneira, o juiz não estaria obrigado, no processo civil, a ser ativista, mas poderia se distanciar de autor e réu, apenas conduzindo o processo e impulsionando-o sem nele interferir de modo a influenciar em seu resultado, que caberia exclusivamente à atuação dos litigantes.

Para aclarar o exposto, observem-se os preceitos de Barros (2010, p. 39-40):

Cuida-se de uma opção de política criminal mediante a qual se acolhe o princípio da verdade formal como forma de favorecer o encerramento de litígios e abreviar o restabelecimento da paz social. [...]. Por isso o magistrado não se dispõe a empreender toda a sua energia no sentido de apurar *ex officio* a veracidade do fato, sem retoques.

Logo, a verdade formal também é produto da inteligência humana, que podendo não ser totalmente coincidente com a realidade, produz os efeitos jurídicos essenciais da chamada “verdade judicial”. Isto não corrompe a decisão que encerra o processo, pois a providência jurisdicional assim declarada, repousa num conjunto probatório do qual emerge a verdade formal, [...] sem que nisto haja qualquer inconveniente para a atividade jurisdicional.

Dessarte, as provas constantes dos autos bastariam ao juiz para o prosseguimento do processo e a conseqüente prolação de uma sentença ao seu final, de modo a tomar partido de uma ou outra parte. Ainda que o que fora apresentado ao julgador não seja efetivamente a representação da realidade, o resultado contrário a qualquer das partes se justifica não pela inatividade do juiz, mas da inércia da parte que não se desincumbiu de produzir a prova necessária à comprovação de suas alegações, ou o fez de forma insuficiente.

Contudo, os doutrinadores vêm deixando esse pensamento conservacionista de que no processo civil vige a aplicação da verdade formal. Pelo contrário, argumentam que o processo civil moderno também deve buscar pela verdade real, como critério de justiça. O magistrado não é mais aquela “figura de pedra” que vigorava durante a fase autonomista do processo, em que o juiz de maneira nenhuma poderia interferir no resultado do processo, cuja atuação na demonstração da verdade caberia intrinsecamente às partes. Esse pensamento vem sendo superado, e cada vez mais institutos sobrevêm no Código de Processo Civil que possibilitam ao juiz não penal a aplicação de medidas, muitas delas de ofício, que permitem o desvendar da realidade. Como exemplo, cita-se o art. 130, do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Em relação ao artigo supracitado, é mister observar que o legislador não admite mais a regra de que o processo civil deva ser baseado na busca da

verdade formal. De fato, a lei autoriza o juiz cível a buscar provas, determinando às partes que as apresentem, quando o magistrado entender sejam necessárias à instrução processual.

Muito embora ainda seja relativamente passiva a atuação dos magistrados cíveis, a previsão legal de seu ativismo já é há tempos autorizada, mas o velho dogma de que o resultado deva caber às partes é ainda presente em muitos ambientes forenses.

Como outras medidas, o Código de Processo Civil prevê, ainda, o art. 342, do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz a intimar as partes para comparecerem à audiência a fim de serem interrogadas; e o art. 440, em que o julgador pode diligenciar em atos de inspeção judicial, dentre vários outros dispositivos autorizadores da atividade do juiz.

Não se trata de um magistrado que venha a substituir as partes, de maneira alguma. A função primordial do julgador é conduzir o processo para que, a seu fim, sentencie, dando a tutela à parte merecedora da proteção estatal. Contudo, o magistrado não pode ser mero expectador da atividade dos litigantes, sem nada fazer para interferir, principalmente quando verificar que uma deles venha a ser hipossuficiente financeira ou intelectualmente. Dessa forma, a atividade do juiz, a princípio, deve ser subsidiária à das partes, mas dependendo das circunstâncias do caso concreto, a lei lhe outorga poderes para o desvendar dos fatos de maneira dinâmica, além do que as partes trouxeram aos autos.

As situações que o Código de Processo Civil autoriza como presunções de veracidade, como a revelia ou confissão da parte, no caso de seu silêncio, dentre outras, não são presunções levianas e desvalidas, mas possuem uma base probatória mínima, e decorrem de uma dedução lógica de fatos (BARROS, 2010, p. 41-42). À parte faltante, foi dada oportunidade de se manifestar sobre determinado assunto, ao que se quedou inerte e teve seu direito de resposta precluso, seja por ausência de contestação ou pelo não comparecimento injustificado a audiência previamente designada.

Portanto, a atividade do juiz no moderno processo civil não está mais restrita a observar a movimentação das partes e satisfazer-se com o resultado apresentado por elas, mas garantir que a justiça seja feita. Entretanto, permanecem

situações no processo civil que geram presunções em desfavor de uma das partes quando preenchidas determinadas hipóteses legais, sendo a mais clássica delas a revelia, em que há a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, sem que ao juiz seja cabível determinar que o réu apresente resposta, visto que seu direito precluiu com sua inércia.

Essas situações, apesar de tudo, não são aplicadas ao processo penal, que busca primordialmente a verdade real, conforme se segue no próximo tópico deste trabalho. O ponto que admite essa diferenciação está no conteúdo debatido em ambos os processos, já que a liberdade humana é um direito que não admite transição. As lições de Nucci (1999, p. 66) podem aclarar o tema:

Ao argumento de que a verdade real, em última análise, é a meta de todos os ramos do ordenamento jurídico (penal, civil, administrativo, tributário entre outros), pode-se contrapor o seguinte: enquanto no ramo privado do direito lida-se com interesses normalmente disponíveis, na sua maioria ligados ao patrimônio, no ramo público, em especial, na área criminal, maneja o Estado interesses indisponíveis, na sua quase totalidade¹⁹. Essa situação ilustra bem a diferença de postura que pode e deve ter o magistrado ao atuar nesses dois diferentes campos do ordenamento.

Todavia, mesmo o processo penal já tem admitido certas situações em que a verdade formal prevalece sobre a realidade fática.

Verifica-se, portanto, que não há mais extremismos nos posicionamentos quando à aplicação da verdade real e formal exclusivamente ao processo penal e civil, respectivamente, mas uma flexibilização maior como forma de se amoldar o processo à evolução ditada pela sociedade.

¹⁹ O direito indisponível aqui mencionado pelo autor é quase sempre a liberdade humana. Alexandre de Moraes (2007, p. 116-117) a trata como relacionada à própria dignidade da pessoa humana, de forma que são cabíveis diversas situações por ela abrangidas, tais como o direito de ingressar, sair, permanecer ou deslocar-se pelo território nacional, de modo que é inerente à natureza humana desejo de se manter livre, somente podendo ser esta liberdade restringida em determinadas hipóteses previstas pelo legislador

5.3.2 Verdade real

Como já afirmado, o entendimento da doutrina e jurisprudência firmou-se no sentido de atribuir ao processo penal a busca da verdade real, e a principal razão disto é que a liberdade humana é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, só podendo ser suprimido em hipóteses restritas admitidas pelo legislador.

Sempre foi atribuída ao processo penal a busca da investigação da verdade plena. É necessário que qualquer sentença penal condenatória esteja baseada em um lastro probatório suficiente para a confirmação da verdade.

O juiz deverá ter a certeza do que ocorreu no plano fático, e não formular um mero juízo de probabilidade. A prova deve ser absolutamente eficaz na demonstração da verdade.

Não é demais apresentar os ensinamentos que Guilherme Nucci (2007, p. 97) traz à tona a respeito da verdade real:

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente. [...]

Contrariamente à verdade formal, inspiradora do processo civil, onde o juiz não está obrigado a buscar provas, mormente em ações de conteúdo exclusivamente patrimoniais, que constitui interesse disponível, contentando-se com a trazida pelas partes e extraíndo sua conclusão com o que se descortina nos autos, a verdade real vai além: quer que o magistrado seja co-autor na produção de provas.

Nessa mesma direção, a verdade real deve ser orientada no sentido de “catalisar elementos probatórios (*sic*) aptos a demonstrar com segurança imutável quem realmente praticou o crime e o modo e meio como ele foi na realidade executado” (MOSSIN, 1998, v. 2, p. 202).

O processo é o meio adequado para reprodução e reconstituição dos fatos, de modo que a base verídica nele contida deva ser satisfatória à formação da

convicção do juiz em relação à culpa *lato sensu* do acusado. A dúvida ou a incerteza em relação a certos aspectos deve ser entendida favoravelmente ao réu²⁰.

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, Malatesta (1996, p. 102) afirma, com precisão, que:

Ao chamarmos objetiva essa verdade [real], com isso determinamos sua natureza: não se trata de uma verdade formal, que resulta do estado das provas, suficientes ou insuficientes que sejam, mas de uma verdade substancial, extra-subjetiva, da qual se chega à verificação por meio de provas suficientes. [...]; para nós, que partimos da premissa de não poder condenar sem a certeza de culpa, para nós, no crime, não é possível o equívoco; quando se fala da verdade do delito, trata-se sempre daquela verdade que se apresenta ao espírito como realidade certa e indubitável, não daquela que se apresenta como provável, embora com máxima probabilidade e, por isso, suscetível de dúvida.

O mesmo autor ainda afirma, embora seu pensamento já não se adéque mais na totalidade à busca da verdade no processo civil, que:

Pela própria natureza da verdade ocorrente em direito criminal, não bastando a probabilidade, mas devendo ter-se certeza para poder infligir condenação, segue-se que não é lícito deduzir alguma convicção de criminalidade, do estado das provas, se elas não são suficientes para refletir no espírito a verdade substancial. Não é isso que acontece em matéria civil, onde se procura aquela verdade formal derivada do estado das provas, suficientes ou insuficientes que sejam. Decorre de tudo isso que, em matéria de provas, é preciso ser mais exigente em penal, que no cível; e, por isso, o campo das provas penais é mais restrito que o das civis.

Dessa forma, apesar de o moderno processo civil também admitir a busca da verdade pelo magistrado, o juiz penal deve ser mais rigoroso e exigente com o que lhe posto em mãos. As probabilidades não podem estar presentes isoladamente em matéria penal, ainda que as presunções sejam fortes. Devem levar à total convicção do magistrado, devendo este ser mais rigoroso na análise das provas do que o juiz cível.

Contudo, é importante observar que há posicionamentos mais radicais na doutrina que tendem a abolir do processo penal a busca da verdade real. Aury Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 521-532) leciona que é impossível obter a verdade plena

²⁰ Nicola Framarino dei Malatesta (1996, p. 84), contudo, afirma que as probabilidades não estão excluídas do processo penal, mas, por si só, não são suficientes para embasar uma sentença penal condenatória, de modo que a ausência de provas, ou sua incapacidade de produzir a certeza do magistrado deverão levar à inequívoca absolvição do réu.

dentro de um processo, por ser ela complexa e de inaplicável reconstrução integral²¹. O autor ainda afirma que o presente é experimentável, ao passo que o passado deixa rastros por meio dos quais o juiz fará uma reconstrução histórica até ser convencido de como se procederam aos acontecimentos. Inaceitável, portanto, seria equiparar a experiência prática dos fatos à sua mera formulação dentro de um processo.

5.4 A Verdade Formal e a Verdade Real no Moderno Processo Brasileiro

A doutrina afirmou por muitas décadas que o processo civil brasileiro ia à busca da verdade formal, enquanto o processo penal buscava a verdade real. No entanto, tal premissa já não é mais válida na atual análise do processo.

Não é mais absoluta a afirmação de que a busca da verdade real é integral em matéria penal, da mesma forma que o processo civil não a repudia. Não é incompatível a prevalência da verdade formal sobre a verdade real em determinadas circunstâncias, mesmo se tratando de matéria que, em regra, trata da restrição da liberdade.

Em que pesem certos posicionamentos extremados, certo é que não há mais se falar em verdade real. Trata-se de um conceito epistemológico inatingível na íntegra, já que a reconstrução histórica contida nos autos do processo é insuficiente para atingir as minúcias fáticas da procedência delitiva. Hodiernamente, a verdade real deve ser considerada como a aproximação da certeza que o juiz tem

²¹ A origem da recusa do autor em aceitar a afirmação de que o processo penal busca a verdade real consiste na falácia ideológica de justificação dos atos estatais. O início da busca da substancialidade reside na Idade Média, quando o sistema inquisitório, determinado pela Igreja Católica, substituiu o sistema acusatório, justificando toda forma de atos destinados à elucidação dos ocorridos, inclusive com a utilização da tortura. Destarte, o único propósito da existência da verdade real é justificar a arbitrariedade dos órgãos de persecução penal, aparentemente legitimados pela política de que “os fins justificam os meios” (LOPES JR, 2008, p. 521-522). Com a devida vênia, o posicionamento aparenta ser exacerbado. O Estado deve sim buscar se aproximar ao máximo da verdade, ainda que se diga a verdade real é impossível de ser obtida dentro de um processo. Contudo, a legislação pode criar mecanismos que limitem a atuação estatal, devendo o juiz se pautar pelo devido processo legal. Aliás, a própria publicidade dos atos processuais já é fator que limita a atuação do Estado na persecução penal, ao contrário dos tempos que o autor utiliza como fundamentos para o surgimento da ideia da busca da verdade real, já há muito superada no ordenamento jurídico brasileiro.

no momento decisório, e não mais com o descobrimento absoluto e irrestrito da realidade (BARROS, 2010, p. 43-45).

Ademais, colha-se o posicionamento de Nucci (1999, p. 65), que menciona ser a verdade real:

[...] a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, [...], o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes.

Não é demais lembrar que o Direito Processual Penal admite determinadas situações em que prevalece a verdade formal. Dentre elas estão o perdão do ofendido, nas ações penais privadas, e a transação penal, admitida pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Contudo, um exemplo clássico é o da revisão criminal, que não admite uma alteração em desfavor do réu. Assim, ainda que posteriormente se descubram elementos que possam incriminar determinado indivíduo, se já foi absolvido pelo mesmo fato anteriormente, e já se fez coisa julgada, é impossível rever-se a decisão, devendo todo o sistema jurídico acatar uma presunção de inocência, ainda que se esteja diante de provas cabais da culpa. Nesse sentido, Barros (2010, p. 346):

Do ponto de vista da verdade e da própria prevalência desta no processo penal, a impossibilidade de se rever decisão judicial anterior constitui causa que interfere na apuração da verdade.

Retrata-se aqui mais um abalo ao predomínio da verdade.

O legislador preferiu adotar esse sistema como forma de evitar a insegurança jurídica que as revisões em desfavor do réu poderiam causar. Por outro lado, não admitiu que prevalecesse uma condenação errônea ou injusta sobre inocente, de modo que em determinadas hipóteses autoriza-se a correção da decisão condenatória anterior.

Modernamente, tem-se entendido que a verdade é indivisível, e sua

aplicação não pode se dar sob a modalidade da verdade real ou formal. A verdade é única, sendo o processo o meio adequado à sua busca. Disso se extrai uma diferenciação observada por Feitoza (2008, p. 622-623), que prefere distinguir a “verdade real” da “busca da verdade real”, afirmando se tratar de dois princípios completamente diferentes:

O princípio da verdade tem sua fonte (ou fundamento jurídico) nos princípios do estado de direito e da dignidade da pessoa humana. No Brasil, portanto, é princípio de “natureza” constitucional, ou seja, constitui-se de norma constitucional, com suas funções fundamentadora (eficácia diretiva e revocatória), interpretativa e supletiva. O princípio da verdade tem por fim a proteção dos direitos fundamentais do acusado, especialmente quanto ao direito fundamental à liberdade. Por esse princípio, a verdade *processual* é fundamento e critério de validade das decisões e julgamentos que acarretem restrição de direitos fundamentais. Desse modo, o juiz não necessita da verdade para absolver, mas sim, para condenar.

O princípio da busca da verdade, por sua vez, significa que o juiz deve buscar a verdade. O princípio da busca da verdade surgiu como uma das principais características do sistema inquisitivo, significando, em outras palavras, a averiguação judicial da verdade histórica como meta do procedimento penal, com base na qual se deve fundar a decisão final. (ênfases do autor)

A questão posta pelo autor parece ter muito mais relevância doutrinária, porque realiza apenas a distinção entre o objeto (verdade) e a orientação da atividade jurisdicional (busca da verdade), mas traz uma visão norteadora de como se procede a atuação do magistrado, no sentido de que, mediante o instrumento posto à sua disposição, que é o processo, diligencie no sentido de buscar o esclarecimento da verdade como forma de aplicação da medida legalmente justa ao caso posto em análise.

Destarte, o moderno processo pugna pela diminuição de extremismos e a aplicação mais moderada e comedida dos institutos. A verdade formal não é exclusiva do processo civil, e nem nele há a sua busca, como outrora se afirmou. Ora, o magistrado não deve trilhar seus passos na busca de um conhecimento superficial e que não se adéque à realidade. O juiz deve ter uma posição direcionada à efetiva elucidação dos fatos, observando-se sempre, é claro, o devido processo legal. O que ocorre apenas é uma cisão entre os dois tipos de processo pela matéria de que tratam. O processo civil admite certa relativização da verdade em decorrência da própria atividade – ou inatividade, diga-se – das partes,

mormente quando se tratam de ações que versem exclusivamente sobre direitos patrimoniais.

Já no processo penal, também não é mais adequada a afirmação de que há a busca pela verdade real. Como já foi exposto, a verdade real é nada mais do que uma utopia doutrinária impossível de ser atingida na íntegra dentro de uma reconstrução histórica que ocorre dentro de um processo. O entendimento mais correto é o de que o magistrado que milite na área penal deva ser mais criterioso na análise probatória e que tente aproximar a verdade processual ao máximo da realidade, ao contrário do juiz cível que está dispensado de tentar buscar essa proximidade mais afundo pelo próprio ônus que a lei impõe às partes na demonstração da verdade.

6 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

6.1 Conceito de Ônus

A questão do ônus probatório é, infelizmente, pouco debatida em matéria de processo penal. Muito mais se dá importância ao estudo do ônus da prova no processo civil, uma vez que as questões que o cercam geram consequências graves à parte que não provou, ou o tenha feito intempestivamente, os fatos que sejam objeto de debate no processo.

A doutrina conceitua o ônus da prova não como um dever, mas como um encargo que é atribuído a ambas as partes, de modo que não é obrigatória a produção de prova, mas uma mera faculdade. Essa faculdade, contudo, implica consequências quando a parte se abstém.

Nesse sentido, Mirabete (2006, p. 258), define ônus da prova como:

[...] a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal. [...]. O princípio decorre não só de uma razão de oportunidade e na regra de experiência fundada no interesse à afirmação, mas na equidade, na paridade de tratamento das partes.

Contudo, o juiz somente deve observar as regras referentes ao ônus da prova no momento de proferir uma decisão. Antes disso, os regramentos de distribuição de quem deve provar determinado fato não geram efeitos, posto que é somente no instante de proferir a sentença que, em caso de inércia na produção probatória acerca de determinado fato, o magistrado deverá observar a quem incumbia tal atribuição, para só então aplicar as consequências que a legislação impõe (DIDIER JR.; OLIVEIRA; e BRAGA, 2007, v. 2, p. 55).

A doutrina, dessa forma, afirma que o *onus probandi* perde a característica de regra relacionada a quem incumbe ou não a prova de determinado fato, para dar lugar a um conceito mais próximo do risco e consequência a quem quedar-se inerte. Nestes termos, lecionam Didier Jr., Oliveira e Braga (2007, v. 2, p.

56):

As regras de ônus da prova não são regras de procedimento (não há um momento em que o juiz deva determiná-lo ou determinar a sua inversão, se for o caso). O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir um julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.

O sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza. As regras de distribuição dos ônus da prova são regras de juízo: orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato e constituem, também, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória

Assim, o ônus da prova não tem efeito inicial, mas a parte, ao propor a demanda, ou ao contestá-la, já sabe a quem incumbe o ônus da prova e, conseqüentemente, estará ciente de que a inércia acarretará possível prejuízo, e a pretensão que inicialmente fora resistida, poderá não ser satisfeita em sua integralidade ao final do procedimento.

Tem-se, portanto, que o ônus probatório não é uma imposição legal, mas uma faculdade cuja abstenção implica na não obtenção de determinada vantagem. O não exercício da produção probatória por quem foi incumbido de tal gravame não é ato ilícito, mas seu exercício torna-se imprescindível para a satisfação da pretensão debatida no processo. Destarte, muito embora a parte não seja punida de maneira extraprocessual, sofrerá prejuízo decorrente de não ter seu direito atendido pelo Poder Judiciário nos limites dos fatos debatidos dentro do processo (BADARÓ, 2003, 171-173).

No mesmo sentido, Tourinho Filho (2011, v. 3, ps. 267-268) afirma que o ônus é um imperativo legal ligado ao interesse da parte a quem o encargo foi atribuído. Contudo, seu não-exercício pode acarretar prejuízo, situação mais clara no processo civil, com relação aos fatos alegados e não provados que, ao final, serão desconsiderados ou, em caso de não serem contestados, serão tidos como presumidamente verdadeiros. As partes, dessa forma, muito embora não estejam obrigadas a se desincumbir desse ônus probatório, devem esforçar-se a provar suas teses, de modo a obter um resultado satisfatório em relação à pretensão que possuem, caso contrário somente lhes restará a frustração de um litígio mal resolvido.

Da mesma forma, Mougenot (2011, p. 373) afirma que:

As regras do ônus da prova visam determinar, em cada situação, a quem incumbe a produção de provas acerca de cada fato.

[...] O ônus probatório, portanto, representa um encargo que tem a parte de provar as suas alegações, buscando criar no juiz a convicção acerca de sua veracidade. [...] A esse respeito, é relevante que se diga que a incumbência não constitui um dever: não há sanção, propriamente dita, a ameaçar aquele que não prova o quanto alega. A consequência jurídica da falta de prova acerca daquilo que se alega é o não acatamento da alegação. O autor que não prova o que alega assume, na pior das hipóteses, o risco de ver desatendida sua pretensão. Daí se falar em ônus da prova, em vez de dever de prova ou direito de prova.

Destarte, há uma clara diferenciação entre o que seja uma obrigação e uma faculdade. A primeira está diretamente ligada a uma vinculação que uma parte tem à outra, de modo que a inatividade de uma delas acarretará prejuízo à parte *ex adversa*. Em caso de inadimplemento de uma obrigação, tem-se a prática de um ato ilícito, com consequente sanção à parte que descumpriu com a imposição. De outra banda, quando se fala em ônus, há uma faculdade, uma vez que o interesse em jogo pertence à própria parte a quem o encargo recai, de maneira que sua inércia acarretará prejuízo a ela mesma, e benefício à parte contrária que, de certo modo, vê na desídia da parte contrária uma oportunidade para a satisfação da própria pretensão ou, de modo diverso, a não satisfação do intuito da parte adversa. O âmago da questão, assim, encontra-se na titularidade do interesse que as partes tenham em relação ao objeto que seja disputado no processo, pois uma vez que o interesse pertença a outrem haverá uma obrigação, ao passo que se o interesse for próprio, tem-se ônus (BADARÓ, 2003, p. 176-178).

Da mesma forma, ensina Barros (2002, p.111) que:

Tratando-se, porém, de incumbência, ônus, ou encargo atribuído às partes, a estas cabe primariamente proceder a demonstração da verdade. Nunca é demais alertar que não se trata de um dever, porque quem alegar e não comprovar a veracidade de sua alegação não será punido por essa omissão, embora corra o risco de ter de suportar o prejuízo que dela decorre. Portanto, ônus não pode ser confundido com obrigação.

Assim, entende-se o ônus da prova como uma faculdade que a legislação atribui às partes de provar os fatos debatidos no processo, de modo que a

inércia do encarregado não acarretará qualquer consequência de caráter sancionador, mas haverá prejuízo de ordem material, questão esta a ser analisada pelo magistrado não quando da fase inicial do procedimento, mas no momento decisório, ocasião em que serão verificadas todas as alegações e impugnações e, mediante o conjunto probatório apresentado, as consequências da negligência do litigante encarregado serão postas em prática.

6.2 Ônus da Prova no Processo Civil

Entendido o sentido do ônus no processo em geral, são necessários breves comentários acerca do ônus da prova em sede de processo civil.

Quando se trata de direitos disponíveis, a inércia da parte quando da demonstração de seu direito, ou quando da resistência da pretensão da outra parte, pode acarretar-lhe prejuízo, sem que disso decorra que seja o ônus uma obrigação. Longe disso, trata-se de uma faculdade atribuída às partes, que assumem o risco da produção de um resultado danoso quando não se desincumbirem do encargo que lhes foi imposto.

No caso do processo civil, há uma clara distribuição do ônus da prova entre autor e réu. Mas a questão é mais abrangente e complexa, o que leva Didier, Braga e Oliveira (2010, p. 79) a indicarem três fatores que levaram o legislador a distribuir o ônus da prova, quais sejam, o pólo da ação em que se encontra a parte; a natureza dos fatos; e o interesse na prova.

Caberá ao autor da ação a prova dos fatos constitutivos de seu direito, vale dizer, o requerente deverá provar toda a matéria que alegar em sua petição inicial. Isso decorre logicamente do fato de que quem alega em juízo a existência de um direito deverá proceder à sua prova. Assim, quando o autor ingressa em juízo com uma demanda, deverá provar o que alegar.

Por outro lado, caberá ao réu a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do autor. Essas situações só ocorrerão quando o requerido apresentar uma defesa positiva, alegando causas que se certa forma alterarão a

forma de satisfação da pretensão do autor. Seja por fato que extinga o direito do autor, retirando-lhe a eficácia; por fato que modifique ou altere o direito pretendido pelo autor; ou quanto ao fato impeditivo, que obstará o recebimento da pretensão do autor, certo é que em todas essas situações, como houve inovação da matéria trazida aos autos, o réu é que deverá provar tais fatos, não cabendo ao autor prová-los negativamente.

Essa igualdade na distribuição do ônus da prova, como se verá a seguir, não tem plena aplicabilidade ao processo penal, e como exemplo cita-se o princípio da presunção de inocência. Se em processo civil, ao réu que não prova é aplicada a pena de confissão, em processo penal essa situação não se repete, haja vista que ainda que o acusado não prove os fatos, em nada lhe trará de prejuízo se não provar o que alegar, enquanto a acusação não provar os fatos contidos na exordial acusatória.

Essas questões serão debatidas conforme se segue.

6.3 Ônus da Prova no Processo Penal

6.3.1 Ônus da prova da acusação

Diante das circunstâncias em que se funda o processo penal, não restam dúvidas de que há claramente uma distinção entre o ônus da prova da acusação e da defesa.

Contudo, antes de adentrar propriamente no tema, são necessárias algumas considerações acerca da compatibilidade do ônus da prova com o processo penal.

Primeiramente, há que se atentar para a existência do princípio da demanda, na propositura da ação, em uma decorrência lógica do princípio dispositivo. Pelo princípio da demanda, a parte é quem deve dar iniciativa à ação, não cabendo ao juiz iniciar o processo de ofício. E essa regra se aplica tanto ao

processo civil, quanto ao processo penal.

Baptista da Silva (2011, p. 43) traz uma distinção fundamental aos princípios dispositivo e da demanda. O primeiro, segundo o autor, significa que são as partes que delimitam quais serão os fatos debatidos em juízo, devendo o magistrado ater-se tão somente ao que lhe foi trazido pelas partes, não lhe incumbindo abranger fatos que não foram delineados pelas partes.

Em geral cabe ao autor definir o que será levado à discussão, mas não se nega que o réu também acaba por inovar quando, por exemplo, afirma terem os fatos ocorridos em legítima defesa. Assim, Badaró (2003, p. 75) leciona que:

O juiz criminal não fica impedido de considerar na sentença um determinado fato pela simples razão de que o mesmo não foi alegado pelo acusado. Assim, por exemplo, é possível o reconhecimento da legítima defesa, da coação irresistível e até mesmo da negativa de autoria, independentemente de alegação do acusado. De se observar, porém, que em tais casos, em respeito ao princípio do contraditório e para evitar surpresas, principalmente para o Ministério Público ou para o querelante, o juiz deverá determinar que as partes se manifestem previamente sobre os fatos não alegados.

Contudo, tal afirmação esbarra no conteúdo do próprio provimento jurisdicional. Ora, embora o juiz possa conhecer de ofício determinadas matérias não alegadas pela defesa, a sentença condenatória não poderá conter elementos que não constem da acusação, embora o julgador possa aplicar a regra jurídica que melhor se adéque à situação fática apresentada (BADARÓ, 2003, p. 76).

Inobstante, Baptista da Silva (2011, p. 44) afirma que:

Ao princípio dispositivo costuma-se contrapor o chamado princípio inquisitório, segundo o qual compete ao juiz o poder de iniciativa probatória para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento da demanda. Esses princípios não ocorrem de modo exclusivo em nenhum sistema processual, sendo normal que o legislador de ambos se utilize, dando prevalência ora a um deles, ora a outro. Mesmo naqueles sistemas mais comprometidos com o princípio dispositivo, onde o juiz tenha limitados poderes de iniciativa probatória, encontram-se exemplos de aplicação do princípio inquisitório.

Vê-se, assim, que muito embora as legislações atribuam às partes a iniciativa probatória, muitos sistemas mitigam o princípio dispositivo atribuindo poderes aos juízes para que estes mesmos busquem a verdade dos fatos,

mormente quando o direito em debate seja indisponível.

Por outro lado, o princípio da demanda consiste em que caberá à parte titular do direito a opção de colocar ou não o objeto de sua pretensão em juízo. Trata-se, pois, de uma limitação do alcance da atividade jurisdicional, ao passo que o princípio dispositivo relaciona-se à atividade das partes em juízo (BAPTISTA DA SILVA, 2011, p. 45).

Contudo, engana-se quem afirma que é estritamente a disponibilidade sobre o direito material em disputa que acarreta a liberdade iniciativa da parte na propositura da ação. Em geral, os direitos disponíveis que são discutidos em sede de processos cíveis admitem a liberdade das partes, não cabendo ao juiz iniciar o processo de ofício. No entanto, a relação de disponibilidade entre o direito material e a iniciativa das partes não é absoluta, posto que em determinadas situações, ainda que haja direitos disponíveis, o juiz pode determinar a abertura de inventário, por exemplo (BADARÓ, 2003, ps. 67-70).

Complementando o raciocínio, Baptista da Silva (2011, p. 45):

Pelo denominado princípio da demanda, o juiz fica limitado aos pedidos formulados pelas partes, ao passo que pelo princípio dispositivo o juiz depende da iniciativa das partes quanto ao modo de condução da causa e quanto aos meios de obtenção dos fatos pertinentes a essa determinada lide.

[...]

Ao contrário do que acontece com o princípio dispositivo, que jamais se apresenta num determinado sistema processual como pressuposto exclusivo de todo o ordenamento jurídico, o princípio da demanda só muito raramente admite exceções ou algum abrandamento. Em nosso sistema, como de resto também nos demais a que o brasileiro se lida a quebra do princípio é raríssima.

O princípio da demanda, ademais, possui total compatibilidade com o processo penal. Tourinho Filho (2011, v. 1, p. 77) arremata que:

Segundo esse princípio, cabe à parte provocar a prestação jurisdicional. Tal princípio vem cristalizado no velho aforismo *nemo iudex sine actore* ou *ne procedat iudex ex officio*: não há Juiz sem autor, ou: o Juiz não pode proceder, não pode dar início ao processo, sem a provocação da parte.

A figura do julgador é incompatível com a iniciativa de ofício, pois a

convicção deste estaria maculada se pudesse, além de iniciar o processo, proferir decisão sobre ele. A função jurisdicional compreende a apreensão dos debates das partes envolvidas, para só então emitir um pronunciamento. Não compete ao juiz, assim, dar início à atividade que primordialmente incumbe às partes.

Em processo penal, que trata de direitos indisponíveis, igualmente não pode o julgador atuar de ofício, instaurando o processo. A Constituição Federal, de 1988, em seu art. 129, I, atribuiu exclusividade ao Ministério Público na propositura da ação. Ao juiz, cabe aguardar a provocação para emitir o pronunciamento.

E isso se impõe logicamente porque se o direito de demandar consiste em provocar a atuação do Estado para se manifestar sobre os fatos apresentados, seria inadmissível que esse mesmo Estado desse início ao processo em que ele mesmo fosse decidir. Cabe, portanto, Ministério Público, como legítimo representante do Estado, invocar a tutela jurisdicional.

Feitas essas anotações, cabe discutir a quem incumbe a propositura da ação penal e, por conseguinte, a quem é atribuído o dever de provas os fatos alegados.

Não se nega que é exclusividade do Ministério Público propor a ação penal pública, sendo que a própria Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe tal legitimidade, *in verbis*: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei [...]”.

Nesse sentido, Távora e Alencar (2011, p. 152) dispõem que:

A Constituição tem no ministério Público o órgão acusador oficial do Estado e, na esmagadora maioria das infrações, atuará o promotor incondicionadamente, *ex officio*, sem a necessidade de autorização ou manifestação de vontade de quem quer que seja.

Salvo as poucas exceções em que a lei concede ao ofendido a titularidade da ação penal, o princípio da demanda possui plena aplicabilidade ao processo penal, na medida em que é do ministério Público que se extrai a legitimidade na propositura da ação. Não se discute aqui a subordinação a condição prévia de procedibilidade, mas meramente acerca da iniciativa do *Parquet*.

Apresentadas as considerações sobre o princípio da demanda, verifica-

se que é ao autor da ação que incumbe delimitar os fatos que serão levados a juízo, também lhe inculcando o ônus de provar sua acusação.

O Ministério Público, portanto, deve requerer todas as diligências necessárias na busca da verdade dos fatos. Ademais, o art. 156, do Código de Processo Penal, atribui o ônus da prova à parte que alegar o fato. Ora, se é o titular da ação penal quem faz a acusação, não cabe a outrem, senão somente ao acusador, a prova dos fatos por ele delineados. Além disso, a análise do princípio da presunção de inocência leva a crer que o que não restar provado será em benefício da defesa. E se assim ocorreu é porque o acusador não foi diligente ou simplesmente porque as circunstâncias do caso concreto impediram a obtenção de provas que embasassem a acusação (TÁVORA e ALENCAR, 2011, p. 374).

Badaró (2003, ps. 225-229), na mesma linha, afirma que ao Ministério público deve haver uma distinção quanto aos deveres e ônus. Pelo princípio da obrigatoriedade, há o dever de trazer aos autos tudo aquilo que caracteriza o crime, mas, por outro lado, quando se fala de provas, o Ministério Público possui o ônus de provar, sem que sua inércia ou mesmo impossibilidade real de provar os fatos lhe traga qualquer sanção, de modo que o réu será privilegiado quanto a tudo o que contra ele não for demonstrado.

Contudo, questão interessante é levantada por Malatesta (1996, ps. 134-135) no que tange ao ônus da acusação. Não resta dúvida de que a ela cabe a prova dos fatos, mas essa assertiva é feita desde antes de instaurada a ação, existindo apenas no plano abstrato. Mas quando a acusação demonstra piamente a verdade do que alegou, não resta dúvida que ao acusado caberá fazer prova contrária à da acusação. Se de início a defesa não tem quaisquer ônus probatórios, senão em casos excepcionais (seguindo-se a doutrina majoritária), caberá ao acusado apresentar a contraprova, pois óbvio está que muito maior relevância será dada à alegação provada da acusação, do que à alegação dada pela defesa, mas que não possua suporte que a justifique.

Contudo, a partir dessa análise, não bastará afirmar que o Ministério Público deve provar suas alegações sem que se saiba quais os fatos especificamente que deverão ser provados e o que efetivamente constitui relevância para o processo penal. É por esse motivo que Mittermaier (2008, ps. 164-165)

especifica quais os pontos específicos deverão ser provados pela acusação, no seguinte rol:

1º A verificação do ponto de fato, isto é, da existência de todos os fatos, de que resulta a materialidade do ato criminado, a morte, por exemplo, em caso de homicídio; a verificação das características de um crime (a propinação do veneno, por exemplo); a da existência dos fatos, que se ligam ao crime especial que se trata de punir (por exemplo, a escalada em caso de roubo);

2º A demonstração de haver o acusado culpadamente participado do crime;

3º O exame do estado mental do acusado, e de sua vontade na ocasião do crime, a fim de que seja possível apreciar se houve dolo ou simplesmente negligência;

4º A manifestação da premeditação quando for elemento constitutivo;

5º A indagação da direção intencional, quando puder influir no ato criminado;

6º A demonstração da concordância perfeita entre a intenção s e os fatos criminosos, que como consequências lhe são atribuídos; ou da imputabilidade que, em razão destas mesmas consequências, se pode fazer pesar sobre a cabeça do agente.

Por fim, cabem algumas considerações acerca da compatibilidade do conceito de ônus para o Ministério Público. A doutrina majoritária afirma que o órgão ministerial é parte imparcial no processo penal. E de outra forma não poderia ser. Com efeito, Badaró (2003, ps. 207-225) afirma que se se considera o Ministério Público como parte imparcial, primeiramente há que se cingir a expressão: parte e imparcialidade. O *Parquet* é parte porque formula pretensões em juízo e porque participa do contraditório. Sua existência deve-se à representação do Estado na defesa dos interesses sociais, sempre buscando a solução justa para a causa. Por outro lado, a imparcialidade faz-se presente na medida em que não há a presença de interesses pessoais em litígio. O Ministério Público tem unicamente o interesse da correta aplicação da lei, e se isto representar a absolvição do acusado, assim deverá requerer, porque sua intenção em condenar só ocorrerá quando o conjunto probatório lhe levar a crer que determinado indivíduo seja culpado. Dessa forma, far-se-ia presente a função institucional de *custus legis* e perseguidor da justiça. Essa parece ser a interpretação mais adequada, embora o autor supracitado entenda que quando o juiz se faz presente em um processo penal acusatório inexistente imparcialidade, senão porque as partes contrapõem suas pretensões e esse debate incorreria em parcialidade. Afirmar que o Ministério público seja imparcial

impossibilitaria, desse modo, a prevalência do caráter dialético do processo.

Essa distinção se faz importante na medida em que há uma parte imparcial, desinteressada, inexistiriam meios que estimulasse o Ministério Público a provar os fatos que alegue. Daí que não cabe afirmar propriamente que o *Parquet* é incumbido de ônus da prova (BADARÓ, 2003, ps. 225-226). Há, pois, um dever institucional não necessariamente de provar, mas de demonstrar a verdade em juízo, por todos os meios lícitos possíveis.

6.3.2 Ônus da prova da defesa

Feitas as considerações sobre quais matérias deve o Ministério Público provar ao longo da instrução criminal, cumpre verificar se há, em processo penal, ônus probatório do acusado.

A doutrina majoritária afirma que ao réu cabe a prova dos fatos novos que alegar, como excludentes de ilicitude e culpabilidade, álibis etc. Como as alegações foram feitas pelo próprio acusado, não seria razoável que houvesse a inversão do ônus da prova, atribuindo ao acusador apresentar prova negativa do fato narrado pelo réu. Um dos defensores deste posicionamento é Tourinho Filho (2011, v. 3, p. 268), que assim discorre:

Se, por acaso, a Defesa arguir em seu prol uma causa excludente de ilicitude, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et reus in excipiendo fit actor...* Diga-se, o mesmo se a Defesa alegar a extinção da punibilidade.

No entanto, parte da doutrina entende que o ônus deve ser exclusivamente atribuído à acusação. Ao réu é meramente atribuída a faculdade de provar os fatos que alega e contrapor-se à acusação, de modo que a prova robusta apresentada pelo Ministério Público, que acabe por tornar o fato indiscutível, resultaria por expurgar qualquer tese defensiva acerca daquele ponto específico. Por outro lado, vigendo o princípio da presunção de inocência, qualquer ponto que gere dúvida levará à inequívoca absolvição do réu, ou ao menos o afastamento da

circunstância suscitada que lhe seja prejudicial (TÁVORA e ALENCAR, 2011, ps. 374-375).

Da mesma forma, procede Mittermaier (2008, p. 168), nos seguintes termos:

O favor, que se concede à prova de defesa, deve ser restringido a limites razoáveis. Tudo o que se pode dizer, é que o juiz, para admitir a acusação como fundada, deve exigir que seja demonstrada a sua veracidade; e não pode decidir que é culpado o acusado, enquanto restar alguma dúvida, bastando somente tal dúvida para constituir verossimilhança em proveito deste.

Não é de outro modo que Badaró (2003, ps. 230-233) afirma que o acusado não possui qualquer ônus da prova em processo penal. O interesse do réu não é outro senão tentar obter a posição de vantagem que mais lhe favoreça. E daí surge o ônus da prova como estímulo à realização da defesa e da busca da inocência. Mas este ônus não é perfeito, porquanto o não exercício da atividade probatória defensiva não acarreta necessariamente prejuízo ao réu, uma vez que seja pela inércia do órgão acusador ou pela atividade suplementar jurisdicional, o acusado pode ainda assim ser absolvido. Por outro lado, o princípio *in dubio pro reo* refuta a obrigatoriedade de provar a presença de excludentes de ilicitude e dirimentes de culpabilidade.

Complementando o raciocínio acima esposado, Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 504) interpreta, com propriedade, que:

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador **provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.** (ênfase do autor)

E isso se confirma porque ainda que o réu alegue a dita excludente, nada lhe trará de prejuízo quando não a provar, se o Ministério Público não demonstrar de maneira eficaz a materialidade e autoria delitivas. No entanto, o posicionamento do autor acima transcrito parece, com a devida vênia, exagerado no

que tange à exigibilidade de prova que deva ser feita pelo *Parquet* quanto à inexistência de excludentes. Ora, essa prova negativa não pode em nenhum momento ser atribuída ao acusador, ou esta inversão do ônus poderia acarretar grave prejuízo à acusação em detrimento da busca da justiça. O Ministério Público também é parte no processo penal e, como tal, também deve possuir garantias que assegurem o regular desenvolvimento de suas funções. Daí que também deve ser aplicado aqui o princípio da igualdade ou paridade de armas. Exigir que o acusador prove negativamente a alegação do acusado violaria este princípio constitucional, pois a prova da acusação restaria prejudicada.

Contudo, aparentemente somente naquele ponto parece ter o autor se equivocado, mantendo-se o restante integralmente. O princípio da presunção de inocência, mais uma vez, é o substrato para a concretização do entendimento de que não há ônus para o acusado no processo penal, já que a insuficiência probatória da acusação levará à absolvição. Ademais, a análise de que o art. 156, do Código de Processo Penal estabelece que quem alega deve provar necessita ser feita à luz da Constituição Federal. Ainda que o réu alegue excludentes, mas sua culpabilidade não esteja devidamente provada, não poderá ele ser condenado porque não provou sua inocência, pois a primeira alegação, que partiu do Ministério Público ou do querelante, antecede logicamente a resposta do acusado, e não pode ser ignorada pelas afirmações posteriores realizadas pelo réu (LOPES JR., 2008, v. 1, ps. 502-504).

Esse posicionamento parece ser o mais adequado na dogmática do processual penal constitucional. Não se pode, evidentemente, atribuir um ônus ao acusado de fazer prova de sua inocência. De outra banda, nesse contexto, são pertinentes os ensinamentos de Malatesta (1996, ps. 134-135):

Mas o princípio ontológico coloca o ônus da prova a cargo da acusação, quanto considera as duas asserções contrárias, do acusador e do acusado, antes da produção das provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite uma simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma *asserção não provada* a uma *provada* e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não provada, sendo a presunção de verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado. (ênfases do autor)

Note-se, nesse sentido, que quando o acusador se desincumbe de seu ônus de maneira ideal, ao acusado é afastada a presunção de inocência que antes lhe protegia, e passa-se a presumir sua culpabilidade. O magistrado, ao sentenciar, verificará que existem nos autos duas assertivas: de um lado a acusação provada, com grande propensão ao reconhecimento e conseqüente condenação do acusado; de outro lado, a resistência defensiva não provada, à qual não se pode atribuir crédito. Somente nessa hipótese seria viável afirmar que o acusado possui o *onus probandi* de sua inocência, pois a presunção que antes existia em seu favor fora rechaçada pela atividade positiva e eficiente do acusador.

6.4 A Prova Advinda da Iniciativa do Magistrado

Eis o ponto crucial desta obra, analisar a compatibilidade dos poderes instrutórios do magistrado em face do sistema acusatório e dos princípios constitucionais que regem o processo penal.

Já foi demonstrado alhures que, embora o processo penal brasileiro seja substancialmente inquisitivo, a interpretação sistemática da Constituição Federal leva a crer que o modelo idealizado é o acusatório. A prevalência deste sistema, ademais, é compatível com a fase preliminar inquisitiva. Dessa forma, realizado o inquérito policial com vistas ao embasamento da acusação, e dando-se início ao processo propriamente dito, este deveria guiar-se pela acusatoriedade, cabendo somente às partes demonstrar a verdade.

No entanto, a doutrina majoritária afirma que a existência de poderes conferidos ao juiz para determinar provas de ofício é plenamente compatível com o sistema acusatório, na medida em que o juiz não poderia formular um juízo de cognição superficial, cabendo-lhe o aprofundamento da matéria e a descoberta plena da verdade.

Como um dos grandes defensores da atribuição de poderes aos julgadores, Tucci (2009, p. 41) afirma que:

Constituindo a *apuração da verdade material*, ou *atingível*, o dado mais relevante do precípua escopo do processo penal, torna-se inequívoco que tal finalidade só pode ser atingida mediante a atribuição de *inquisitividade* à atuação dos agentes estatais da persecução penal e ao poder de direção conferido ao órgão jurisdicional na *instrução criminal*, subseqüente à *informatio delicti*. (ênfases do autor)

Na visão do referido autor, a essência do processo penal não é outra senão a descoberta da verdade fática. A atuação efetiva do juiz na produção probatória seria a manifestação dessa finalidade.

Da mesma forma, Badaró (2003, p. 113) afirma que a iniciativa probatória pertence às partes, a partir do momento em que houve a cisão das atividades de acusar, defender e julgar. Contudo, a evolução histórica ditou mudanças nesse cenário, de modo que o juiz não deva tornar-se absolutamente inerte, mas compartilhe da capacidade das partes de trazer as provas dos fatos aos autos. E isso em nada acarretaria de violação ao sistema acusatório, eis que a função primordial do processo penal é atingir a verdade material. Desse modo, no sistema acusatório ter-se-ia somente a ampliação dos poderes e participação das partes, o que não quer dizer supressão dos poderes do juiz.

E o autor supracitado ainda complementa seu raciocínio, afirmando que:

Para que a prestação jurisdicional ocorra com justiça, no âmbito das alegações de fato que devem ser provadas, o juiz, penal ou civil, deve dispor de meios para a (*sic*) verificar a verdade. O processo deve ser um meio efetivo de realização da justiça, seja o direito debatido disponível ou indisponível. Para tanto, é necessário que o regime probatório preveja meios realmente efetivos para a descoberta da verdade.

O mesmo entendimento era compartilhado por Mittermaier (2008, p. 157), que, vivendo no período compreendido pelos séculos XVIII e XIX, sob um processo penal alemão inquisitivo, manifestou seu entendimento da seguinte maneira:

[...] como seja a verdade o fim de suas indagações, deve o inquiridor esforçar-se por esclarecer todas as dúvidas. E, ainda quando lhe pareçam irrecusáveis as provas de acusação, procurar, quando for possível, ao mesmo tempo que não deve desprezar alguma prova de defesa, algum meio favorável ao acusado. No fim das contas é preciso sempre ir à teoria, que vê na certeza o resultado de um exame consciencioso, e desse estado de espírito em que os motivos afirmativos atingem um tal grau de

preponderância, que fazem desaparecer a dúvida e os motivos de acreditar na possibilidade da negativa.

No mesmo sentido, Zilli (2003, p. 124) dispõe que:

[...] a função jurisdicional em um Estado de Direito supõe que a aplicação do ordenamento seja efetuada de forma correta e apropriada, o que exige, quando necessário (vale dizer quando as partes processuais fracassam na tarefa) uma iniciativa instrutória deflagrada pelo julgador a ser devidamente acompanhada pelas partes. Nestes estritos limites, não haverá violação às características essenciais do sistema acusatório, tampouco aproximação com o sistema inquisitório.

Observa-se que a maior parte dos autores impõe a necessidade de que ao juiz seja atribuída a possibilidade de, por si só, pesquisar a verdade dos fatos. Para tanto, seria permitido ao magistrado determinar a produção de provas, em substituição à atividade que essencialmente seria de atribuição das partes. O juiz, assim, como perquiridor da justiça, não poderia deixar que prevalecesse uma ou outra verdade que as partes, com sua ineficácia, tenham deixado vir à tona. O magistrado, desse modo, não pode ser um mero indivíduo inerte cuja atuação seja homologar a atuação das partes, seja qual for o resultado por elas obtido.

O que acima foi dito é corroborado por Zilli (2003, ps. 116-117), da seguinte forma:

[...] é elementar seja o julgador munido de um poder que o autorize a trilhar, do início ao fim, o caminho. Caberá a ele, pois, com exclusividade, o exercício do poder jurisdicional [...], consistente na possibilidade, quando permitida e viável, da busca pelo melhor acerto fático.

[...]

[...] o exercício eficaz do poder jurisdicional, desejo natural do Estado, sobretudo quando envolvidos bens jurídicos eleitos por ele próprio como de alta relevância, supõe uma correta aplicação do ordenamento jurídico, o que somente será alcançado com a perfeita delimitação fática sobre a qual incidirá o mandamento normativo.

O juiz inerte, dessa forma, estaria descumprindo com seu dever social de solucionar o litígio, trazendo a verdade à tona para que seja efetivada a justiça.

No entanto, há um problema crucial que deve ser superado, quando se incumbe o julgador da possibilidade de determinar provas de ofício: a violação de

sua imparcialidade.

Muito se discute a respeito, pois parte da doutrina entende que o juiz que atua de ofício na obtenção de provas acaba por tomar partido de qualquer dos litigantes e passa a beneficiá-lo, de modo que o alheamento ou distanciamento que antes lhe era exigível passa a ser rompido. Esta é justamente a posição de Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 177):

A gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim supra-partes e preservando sua imparcialidade. (grifo do autor)

Por outro lado, os defensores da existência de poderes conferidos aos juízes contra-argumentam da seguinte maneira:

Nem se objete que o juiz dotado de poderes para a produção da prova perde a sua imparcialidade. Não existe o tão temido risco da parcialidade [...]

[...] se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquela prova. Juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial. (BADARÓ, 2003, ps. 82-83)

Da mesma forma, Zilli (2003, ps. 143-144) posiciona-se da seguinte maneira:

[...] uma iniciativa instrutória do julgador não pode ser considerada, desde logo e sem qualquer exame mais detido de todas as circunstâncias processuais que a cercaram, como incompatível com a imparcialidade que é exigida deste sujeito processual. [...] a iniciativa instrutória de que aqui se trata é informada pela necessidade do melhor acerto possível do fato posto a julgamento em virtude do dever imposto ao juiz de aplicar, eficazmente, o direito penal. E nesses precisos termos, trata-se de situação excepcional, concretizável apenas e tão somente, quando as partes processuais não tiverem sido suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes.

Mais uma vez, tem-se a imposição lógica da necessidade de o magistrado complementar as informações trazidas aos autos pelas partes, sempre se atentando para os fins a que se destina o processo, que tem como presidente o

próprio magistrado.

Se por um lado há quem refute a iniciativa probatória do juiz, tendo em vista a manutenção da imparcialidade do julgador, e por outro quem garanta que não há esse risco, há aqueles que vêm minimizando o instituto, e dizendo que o juiz possui meramente a faculdade de complementar a atividade das partes, e não o dever. A propósito, Tourinho Filho (2011, v. 3, ps. 268-269) leciona que:

Ademais, o Juiz que desce do seu pedestal de órgão superpartes e destas equidistante, para proceder à pesquisa e colheita do material probatório, compromete, em muito, a sua imparcialidade [...].

[...]

[mas] em casos excepcionais, quando a dúvida assaltar o espírito do Julgador, poderá este procurar dirimi-la determinando a realização de diligências com tal objetivo. [...] a atividade do Juiz, pois, é meramente supletiva e, assim mesmo, não tem ele o dever de determinar tal ou qual diligência. Nem poderia ter, para conservar a sua posição de autêntico órgão jurisdicional, cuja função é dirimir o conflito, após as provas apresentadas pelas partes. Por isso, devem as partes diligenciar a realização das provas, sob pena de sua desídia levá-las a um resultado desfavorável.

Na mesma linha, Távora e Alencar (2011, ps. 376-377) defendem essa tese, cujo legado merece transcrição integral:

Não se deve descuidar, entretanto, que a busca da verdade, processual ou material, assumindo este ponto aproximativo, não pode levar o magistrado a refugar o seu papel constitucional, travestindo-se de um juiz inquisidor e perdendo a necessária imparcialidade para apreciar o feito. O tênue limite entre a busca da verdade e a fronteira de resguardo ao sistema acusatório e a repartição de poderes deve ser reavivado, a fim de evitar arbítrios e impedir que a prova produzida pelo juiz que perdeu os limites da fronteira, venha transmutar-se em prova ilícita.

[...]

Não pode o juiz, advirta-se, substituir-se à atuação das partes na produção probatória. O papel do magistrado é complementar, objetivando esclarecer dúvida sobre ponto essencial à demonstração da verdade. A proatividade do julgador em determinar a produção de provas encontra limites na imparcialidade exigida para o julgamento d feito. O sistema acusatório atribui ao titular da ação a diligência necessária na produção probatória. Se não pode o magistrado fechar os olhos à verdade, também não poderá, sob pena de estar maculado subjetivamente, construir por força própria todo o manancial probatório que é levado aos autos.

Há uma nítida inclinação da doutrina moderna em atribuir poderes aos

juízes, mas se adequando aos ditames constitucionais e a fim de evitar a maculação subjetiva do julgador, mitigam esses poderes, afirmando que a atuação jurisdicional é suplementar à das partes, não se encontrando o magistrado no mesmo nível que aquelas, daí que o juiz excessivamente ativo torna-se um inquiridor e desvirtua sua função primordial, que é apreender os fatos e provas para só então, formulado seu convencimento, aplicar a lei.

Contudo, malgrados os entendimentos acima discorridos, ao que parece, a forma mais correta de adequar a atividade jurisdicional à atual sistemática da Magna Carta é suprimindo os poderes do magistrado. Quando tratamos de processo penal, há que se atentar para o fato de haver nítido desequilíbrio na relação entre Ministério Público e réu. Se por um lado tem-se um órgão estatal cuja função precípua é a propositura da ação penal e a iniciativa probatória de tudo quanto sirva a justificar a imputação formulada, no outro pólo da relação há o acusado, a quem a Constituição Federal atribuiu prerrogativas exclusivas como forma de restaurar o equilíbrio entre as partes. A partir do momento em que o juiz passa a determinar sejam produzidas provas de ofício, ele volta a desequilibrar a relação e torna-se parcial, porquanto tomará partido de uma das partes e, beneficiando-a, prejudicará a outra.

Além disso, o conceito de verdade real e formal já está ultrapassado. É bem verdade que o juiz deve encontrar a verdade, mas sua atuação não pode vir através do atropelo dos preceitos constitucionalmente previstos. Assim, Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 76) explica que:

[...] a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador.

O motivo de se atribuir ao Ministério Público a legitimidade de propositura da ação penal pública foi justamente cingir as atividades de acusar e julgar e, com isso, suprimir do juiz a atividade instrutória como forma de manter sua imparcialidade. Ora, o *Parquet* é um órgão estatal bem estruturado e que se destina à promoção de justiça. Uma vez que sejam concedidos ao juiz poderes para que ele

mesmo colha a prova tornaria inócua a existência do Ministério Público

Além disso, um fator crucial de abalo à imparcialidade é a formação de pré-julgamentos. Quando juiz detém a gestão da prova, sua iniciativa visa unicamente à justificação de seu convencimento, que inobstante já se encontra formulado, ainda não dispõe de subsídios que o fundamentem. Embora Zilli (2003, p. 144) entenda que “o julgador desconhece qual será o resultado da diligência e, por consequência, quem será porventura beneficiado”, compactuar com esse entendimento é fechar os olhos à realidade. Não é por outra razão que Jacinto Coutinho (2001) *apud* Lopes Jr. (2008, v. 1, p. 75) afirma que no momento em que o magistrado determina a realização de uma diligência, já sabe de antemão qual resultado dela vingará. Estando seu convencimento já formulado, busca apenas elementos para justificar sua pré-convicção, já se encontrando, dessa forma, parcial em relação aos debates.

Resta claro que o procedimento inverte-se com a possibilidade de o magistrado produzir provas. E isso ocorre porque em situações normais, primeiro seria apresentadas as provas e depois o convencimento do magistrado se materializaria. Por outro lado, quando se atribuem poderes aos juízes, o convencimento já foi formulado, e o juiz determina a produção de prova unicamente como forma de embasar sua pré-convicção.

Dessa forma, atribuir poderes instrutórios ao magistrado é um atentado à estrutura dialética do processo. “Para a concretização do sistema acusatório, o juiz, no processo penal, não tem atuação de ofício na direção do objeto da persecução penal, ficando inerte e aguardando a provocação das partes” (NUCCI, 2007, p. 106).

Inobstante, é necessário atentar a quem incumbe o dever da prova no processo penal. Já foi dito alhures que a prova cabe à acusação, não se tratando de ônus a realização da prova, mas de dever institucional. O Ministério Público foi criado justamente como forma de suprimir as atividades de acusação que antes incumbiam ao juiz-inquisidor, de modo que a atividade probatória do magistrado acaba por criar uma situação em que o julgador, que deveria manter-se equidistante das partes, acaba por substituir a função da acusação e proceder às investigações, em uma nítida tendência inquisitiva.

Além disso, entendendo-se o sistema processual adotado no Brasil como acusatório, a discussão das provas que norteiam os fatos deve ser adstrita às partes envolvidas, não podendo o juiz determinar sejam produzidas mais provas, incumbindo somente às partes tal prerrogativa. A propósito, Marques (2000, v. 1, p. 66-67) discorre da seguinte forma:

No sistema acusatório, autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz, – f tal como o consagra o direito brasileiro. A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu.

[...]

Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a *função de acusar* e a *função jurisdicional*.

[...]

Ao Ministério Público é que cumpre, de maneira precípua, trazer para os autos os elementos de convicção que demonstrem os fatos articulados na peça acusatória, o mesmo se dando com a defesa no que concerne aos elementos probatórios da inocência do réu.

Resta claro que o juiz não pode ser ativista no processo, mesmo quando tratamos de processo penal, porquanto o Estado confiou a um segundo órgão a legitimidade para não só propor a ação penal, bem como proceder a toda forma de prova e requerer todas as diligências necessárias para a formação da convicção do magistrado, esse sim que deve ser o órgão imparcial e inerte destinatário das provas produzidas pelas partes. Não competirá ao magistrado outra função primordial que não seja a de julgar a lide, aplicando a lei. Não cabe a ele invadir a atividade probatória das partes, sob pena de se tornar parcial e violar uma série de princípios constitucionais²².

Quando tratamos do princípio do contraditório, está claro que a prova que adentre o processo por iniciativa do magistrado se encontrará em desacordo com tal mandamento constitucional. O contraditório garante a efetiva participação da parte quando da prática de um ato processual, além da prévia ciência da prática

²² O posicionamento aqui defendido não se encontra isolado, sem que haja jurisprudência que o confirme. Na verdade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já vem defendendo a tese de que o magistrado não pode ser provido de quaisquer poderes instrutórios, sob pena de violação de sua imparcialidade, conforme apelações criminais de nº 70026105965, 70022266498 e 70006183826, todas acostadas em anexo.

deste ato. Quando o magistrado produz a prova, esta não só será de seu conhecimento privado, como também se sujeitará a um contraditório postergado, que não garante a máxima efetividade dos preceitos constitucionais. Se tomarmos como base o entendimento relacionado ao inquérito policial, já foi demonstrado que tudo o que foi nele produzido não poderá ser utilizado posteriormente como forma de embasar a sentença penal, posto que se trata de prova produzida sem a presença das partes, somente servindo como forma de fundamentar a existência da ação penal. Inobstante, todas as provas nele produzidas deverão ser refeitas novamente em juízo, salvo aquelas não repetíveis, cujo entendimento mais adequado é o de que deve ser aberta a possibilidade de reposta ao réu, ainda que se esteja diante da fase do inquérito policial, como já foi explicado alhures. E mesmo para aqueles que afirmam ser possível a atividade subsidiária do magistrado em complementação à das partes, o procedimento mais adequado a ser adotado é a possibilidade das partes se manifestarem sobre tudo quanto fora produzido, como forma de validar a prova apresentada.

Além disso, o magistrado que determina a produção probatória sem observância das partes viola severamente a imparcialidade que dele se espera. A violação desse alheamento subjetivo à causa acaba por adquirir um juízo de cognição sumária. Como já fora explicitado, o juiz que determina a produção de provas já formula seu convencimento e, com vistas a fundamentar tal posição, produz a prova de ofício. Não é por outra razão que certa doutrina internacional, acertadamente, a nosso ver, entende que em processo penal democrático, as atividades de julgar e acusar devem ser absolutamente cingidas. O ato de trazer aos autos a prova que corrobore as alegações pertence exclusivamente às partes. Como bem ensina Goldschmidt (1936, p. 130), provar são “los actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho”²³. Vê-se, dessa forma, que somente às partes atribui-se a legitimidade de produzir prova, com o fim de convencer o juiz das afirmações apresentadas. Não competirá ao magistrado determinar a produção probatória.

²³ Em uma tradução livre, que dizer “os atos das partes, que tenham por fim convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato”.

A manutenção da imparcialidade do juiz pressupõe a igualdade entre as partes e separação de poderes. Assim, Ferrajoli (2000, ps. 582-583) pronuncia que:

No basta, sin embargo, para asegurar la separación del juez de la acusación, que las funciones del juez sean ejercidas en el proceso por un sujeto distinto del juez. [...] Se necesitan, además, otras específicas garantías procesales como son las relativas a la conducción de la instrucción, a la publicidad del juicio, a las modalidades del interrogatorio y, más en general, a las técnicas de formación y refutación de las pruebas [...]. Es preciso, sobre todo, que la función judicial no resulte en absoluto contaminada por la promiscuidad entre los jueces y los órganos de policía, que sólo deben tener relaciones – de dependencia – con la acusación pública [...]

La paridad de las partes, [...] requiere a su vez dos específicas condiciones orgánicas, relativas a su configuración y colocación institucional. La primera condición se refiere a la acusación. Se es indispensable que el juez no tenga funciones acusatorias, también es esencial que la acusación pública no tenga funciones judiciales [...]

La segunda condición afecta a la defensa, que debe estar dotada de la misma dignidad y tener los mismos poderes de investigación que el ministerio público [...].²⁴

A visão do referido autor resume o pensamento proposto nessa obra. Parece inequívoco que deve haver uma cisão real entre as atividades judicantes e acusatórias. O juiz, a fim de manter o alheamento necessário para o deslinde da causa, não pode se valer de poderes instrutórios que permitam a colheita de provas de ofício, sob pena de se tornar um órgão simultaneamente julgador e acusado, resvalando-se em um juiz inquisidor. A cisão entre as atividades surgiu justamente para se retirar do juiz a capacidade de instruir a causa, mantendo-se como órgão suprapartes, cuja função precípua é julgar.

Não basta, por derradeiro, afirmar-se que formalmente o processo é acusatório, com a devida separação das funções, se na prática sejam atribuídos

²⁴ Em uma tradução livre, quer dizer que “não basta, sem embargos, para assegurar a separação do juiz da acusação, que as funções do juiz sejam exercidas no processo por um sujeito distinto do juiz [...]. São necessárias, além disso, outras garantias processuais específicas, como as relativas à condução da instrução, a publicidade do julgamento, as modalidades de interrogatório e, em geral, as técnicas de formação e refutação das provas [...]. É preciso, sobretudo, que a função judicial não seja contaminada pela aproximação entre juízes e os órgãos de polícia, que só devem ter relações – de dependência – com a acusação pública [...]. A paridade entre as partes [...], requer, por sua vez, duas condições orgânicas específicas, relativas a sua configuração e colocação institucionais. A primeira condição refere-se à acusação. Se é indispensável que o juiz não tenha funções acusatórias, também é essencial que a acusação também não tenha funções jurisdicionais [...]. A segunda condição afeta a defesa, que deve estar dotada da mesma dignidade e ter os mesmos poderes de investigação que o Ministério Público”.

poderes para os juízes. É um grande equívoco que deve ser superado. O magistrado deve manter-se o mais afastado possível das atividades acusatórias, bem como dos atos da polícia judiciária, a fim de se manter o mais imparcial possível quando a causa lhe for posta a análise.

Além do mais, essa imparcialidade depende da atribuição de igualdade entre as partes. Já foi mencionado que a ambas as partes devem ser atribuídas iguais oportunidades e meios necessários para demonstrar sua versão dos fatos. A partir do momento em que ambas as partes encontram-se no mesmo patamar, não existe a necessidade de se atribuírem ao juiz poderes instrutórios. Competirá, assim, somente ao Ministério Público a demonstração dos fatos imputados na acusação e, ao réu, cabe defender-se, sem que a prova lhe represente um ônus. E a justificativa para a inércia do magistrado encontra acolhimento no próprio Código de Processo Penal, pois é possível a absolvição do réu por ausência de provas (art. 386, II, V e VII). Ora, se isto é possível, é porque a acusação não se desincumbiu do seu ônus probatório, não competindo ao magistrado suplementar essa atividade. O Ministério Público é o órgão estatal destinado a tal finalidade, não havendo necessidade de o juiz atuar para complementar a atividade deste órgão cuja atuação é específica. A partir do momento em que o Ministério Público não é capaz de produzir a prova necessária à comprovação da imputação, tem-se inequivocamente a imposição da absolvição por ausência de provas (TÁVORA e ALENCAR, 2011, p. 374).

E é aqui que deve ser tratado um ponto nevrálgico de discussão doutrinária. A partir do momento em que se tem um juiz inerte, muitos dizem que se deixaria, eventualmente, que prevalecesse a injustiça sobre o direito do acusado. “Para que a prestação jurisdicional ocorra com justiça, no âmbito das alegações de fato que devem ser provadas, o juiz penal ou civil, deve dispor de meios para verificar a verdade” (BADARÓ, 2003, p. 81).

Com o devido respeito ao posicionamento do mencionado autor, não parece que haveria injustiças no processo penal em que o juiz não possua atividade instrutória. Certo é que a função do processo é buscar a verdade, mas essa busca deve ocorrer tanto se guiando pelos critérios de justiça, quanto em respeito aos princípios constitucionais. Em delimitação às atividades de cada sujeito processual, verifica-se que a prova da acusação não pode recair sobre outro órgão senão a

Ministério Público. Não é função do juiz buscar a prova que corrobore a acusação, nem a defesa, e diga-se que o juiz também não pode exercer sua atividade em prol do acusado sob pena de se tornar um juiz-defensor, o que também poderia acarretar cerceamento de acusação.

No entanto, não podemos realizar uma interpretação rígida dos dispositivos legais. Embora não se possa atribuir poderes instrutórios ao magistrado, *a priori*, não pode ele, ao ver a atividade inerte da defesa, permanecer estático. A análise sobre a complementaridade da atividade instrutória do juiz deve ser feita, a nosso ver, tendo em vista o equilíbrio das partes no processo. Dessa forma, o acusado sempre será, de certa forma, a parte mais fraca da relação processual, frente ao gigante que é o Ministério Público. Em favor deste, o magistrado não pode determinar a produção de provas *ex officio*, ou teríamos dois órgãos estatais atuando contrariamente ao réu, e o pior, um desses órgãos ainda realizaria o julgamento, utilizando-se de uma prova que ele mesmo tenha determinado. Por outro lado, sendo o réu o mais fraco, não é razoável que, se a atuação da defesa técnica se demonstrar visivelmente falha, tenha o magistrado uma postura absolutamente inerte. Deverá ele, dessa forma, atuar em prol do acusado, de maneira suplementar, a fim de dirimir dúvidas a respeito de eventual absolvição, de acordo com suas alegações na resposta que tenha ofertado. Assim, manifesta-se Prado (1999, ps. 129-130), nos seguintes termos:

Entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção da inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar, de maneira supletiva, provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa.

Do que foi exposto, resta claro que ao juiz não assiste qualquer poder instrutório, cabendo exclusivamente à acusação provar a imputação oferecida. Por outro lado, subsidiariamente, é possível que, vendo a atividade inerte da defesa, o magistrado venha não a substituir, mas complementar a atividade defensiva, determinando a produção de eventual prova em favor do réu. Embora sua imparcialidade ainda assim corra risco, o acusado não pode ser prejudicado por uma atividade falha da defesa técnica. Em sentido contrário, o Ministério Público nunca

poderia ter sua atividade complementada pela do juiz, uma vez que se trata de dois órgãos estatais cujas atividades foram cingidas justamente para evitar que o órgão julgador seja corrompido pelas atividades acusatórias.

7 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que fora exposto, podem ser extraídas algumas conclusões acerca da possibilidade ou não da atribuição de poderes instrutórios ao magistrado no processo penal.

Primeiramente, verifica-se que a evolução da atribuição de poderes aos magistrados na busca da verdade através do processo alterou-se profundamente ao longo dos séculos. Existe uma relação direta entre a sociedade de determinado local e o regime político de governo adotado, conseqüentemente refletindo-se de maneira direta na rigidez ou flexibilidade do processo penal. E isso se mostra claro entre os gregos, fundadores da democracia, que possuíam um sistema acusatório, em que o juiz permanecia inerte, ao passo que durante a Idade Média, em que predominavam os regimes monárquicos, com a concentração de poderes nas mãos de somente um indivíduo, o sistema prevalente é o inquisitivo.

No Brasil, pela atual sistematização constitucional extraem-se algumas características fundamentais: ação penal pública a cargo exclusivo do Ministério Público; princípios do contraditório, ampla defesa e presunção de inocência; garantias aos magistrados para assegurar sua independência funcional, o que refletirá diretamente na manutenção de sua imparcialidade; cisão das atividades de julgar e acusar, dentre outras. Todas essas características, analisadas em conjunto, levam a crer que o sistema processual penal brasileiro deva ser acusatório. Isso em nada impede que exista uma fase preliminar, denominada inquérito policial, com caráter quase que puramente inquisitório, daí se dizer que o processo *lato sensu* seria misto. Mas essa característica de fusão de sistemas deve ser plena. Não pode a segunda fase da persecução penal ser considerada inquisitiva em nenhum aspecto, devendo as atividades de julgar e acusar serem cingidas de maneira absoluta.

Após, resta evidente que os conceitos de verdade real e formal não possuem mais a aplicabilidade que dantes lhes era atribuída. Embora sempre tenha se afirmado que o processo civil busque a verdade formal, ao passo que o processo penal busca a verdade real, tais conceitos não são mais adequados hodiernamente.

Não é plausível afirmar que o processo civil busque uma verdade formal, pois esta é superficial. A assertiva que parece mais correta é a de que ele busca a verdade fática efetiva, contudo, admite presunções diante da inércia das partes, haja vista a disponibilidade dos direitos debatidos no litígio. Por outro lado, não é correto se dizer que o processo penal busca a verdade real, posto que esta é impossível de ser reproduzida em um processo, que nada mais se trata do que uma reconstrução histórica de fatos. Assim, de fato, o processo penal deve se aproximar o máximo possível da verdade real, mas será improvável que a atinja.

Ademais, não se pode mais justificar a atividade instrutória do magistrado com base na dita verdade real. Este conceito fora criado e aperfeiçoado pela Inquisição da Igreja Católica durante a Idade Média, justamente como forma de se justificar a atribuição dos excessos aos juízes. Não é razoável justificar atualmente a incisão do magistrado com vistas à obtenção da verdade plena, haja vista que a estrutura processual foi totalmente modificada, bem como a figura do julgador não é mais a mesma, uma vez que, após a Revolução Francesa, magistrado e acusador passaram a ser entes distintos.

Verifica-se também que a partir do momento em que houve a cisão das atividades de acusar e julgar, confiadas a órgãos estatais distintos, a possibilidade de produção de provas por parte do magistrado fora suprimida. Incumbe apenas à acusação o dever institucional de trazer aos autos toda a demonstração da verdade referente à comprovação de materialidade, autoria e dolo, bem como todas as circunstâncias que de uma maneira ou de outra influenciem nas causas de aumento de pena, ou mesmo qualificadoras.

De outra banda, não se pode falar em ônus da prova da defesa, porquanto o acusado em processo penal, diferentemente do réu no processo civil, ao alegar uma causa modificativa, extintiva ou impeditiva do direito do autor, não sofrerá qualquer prejuízo pela sua inércia. No processo cível, é possível a admissão de presunções em desfavor daquele que não comprova efetivamente o seu direito alegado. Contudo, em processo penal vige o princípio da presunção de inocência. Ainda que o réu alegue causas excludentes de culpabilidade, ilicitude, ou mesmo um alibi, não provando-os, isso não lhe acarretará qualquer sanção ou prejuízo, salvo se o Ministério Público conseguir comprovar veementemente a imputação, daí sim

surgindo a necessidade de apresentação de contraprova. Mas caso a acusação não reste provada, não haverá qualquer prejuízo ao réu do processo penal.

Assim sendo, a partir do momento em que a Constituição Federal selecionou o modelo acusatório como sistema basilar do processo penal brasileiro, não se pode admitir que o juiz possua funções instrutórias, posto que bem delimitadas devem ser as atuações dos sujeitos processuais. O juiz que atua de ofício na determinação de produção de provas fere gravemente sua imparcialidade, pois primeiro formula o convencimento, para depois buscar subsídios que o fundamentem. Da mesma forma, o juiz-instrutor fere aquele caráter de imparcialidade objetiva que possui para com a aparência que deve manter de alheabilidade à causa debatida, bem como aquela imparcialidade interna, pois o magistrado acaba por beneficiar e atuar em prol de uma ou outra parte, violando o caráter de sujeito suprapartes e que não poderia ter qualquer relação subjetiva com as partes, seja autor ou réu. A partir do momento e, que o magistrado desce à categoria de parte, determina a produção de prova, e depois julga com base no resultado da prova que ele mesmo determinou, resta evidente que ele viola gravemente esse estado de espírito neutro que deve prevalecer em sua atuação. No entanto, concordando com a posição esposada alhures, o magistrado pode atuar de maneira subsidiária e excepcional em prol da defesa. E isso decorre logicamente porque a atuação do magistrado poderia ocorrer somente na hipótese de restabelecer o equilíbrio que devem possuir as partes dos debates processuais. E esse caráter favorável ao réu decorre unicamente com vistas a reequilibrar a situação jurídica que possui em relação ao Ministério Público, pois se trata de um órgão estatal atuando contra um particular. É evidente, pois, que o acusado é sensivelmente a parte mais fraca da relação, de modo que ao juiz é facultado determinar a produção de provas *ex officio* em favor da defesa, mas nunca em favor do Ministério Público.

Por fim, conclui-se que ao magistrado é vedada a determinação de provas de ofício, porquanto existente outro órgão estatal destinado exclusivamente a descobrir a verdade no processo penal, o que não quer dizer, por óbvio, que o juiz não possa determinar diligências requeridas pelas partes, desde que fundamente a necessidade de tal medida, bem como abra a possibilidade de contraditório à parte

ex adversa para que se manifieste.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMÉRICA. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acessado em 15 de outubro de 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

_____. **A busca da verdade no processo penal**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ATENTADOS AO PUDOR CONTINUADOS. SISTEMA ACUSATÓRIO. GESTÃO DA PROVA. TESTEMUNHA OUVIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. NULIDADE. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. Apelação criminal n.º 70026105965. Apelante: Juarez Dias da Silva; Apelado: Ministério Público. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 17 de setembro de 2008. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70026105965&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AAiltonn%2520Bueno%2520de%2520Carvalho&as_q=>> Acessado em 23 de outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ROUBO MAJORADO. SISTEMA ACUSATÓRIO. GESTÃO DA PROVA. VÍTIMA OUVIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE. AFASTAMENTO DA PROVA. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. Apelação criminal n.º 70022266498. Apelante: Valter Cruz do Amaral; Apelado: Ministério Público. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 12 de março de 2008. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70022266498&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AAiltonn%2520Bueno%2520de%2520Carvalho&as_q=>> Acessado em 23 de outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. ARTIGO 156, DO CPP. AGRESSÃO AO ART 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AO JUIZ É VEDADO PERSEGUIR A PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO ABSOLUTO. Apelação criminal n.º 70006183826. Apelante: Ministério Público; Apelado: Luiz Carlos Batista Robaina. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 28 de maio de 2003. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70006183826&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amono%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AAilton%2520Bueno%2520de%2520Carvalho&as_q=>> Acessado em 23 de outubro de 2011.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DELMANTO JR., Roberto. **Inatividade no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2000.

GOLDSCHMIDT, James Paul. **Teoría General del Proceso**. Barcelona: Labor, 1936.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia Geral**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, v. 1.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996, v. 1.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª ed.

Campinas: Millenium, 2000, v. 1.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal, ou, exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal, etc., de suas aplicações diversas na Alemanha, França, Inglaterra, etc.** 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação e a divisão dos poderes.** 8ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOSSIN, Heráclito, Antônio. **Curso de processo penal.** São Paulo, Atlas, 1998, v. 2.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme. **Manual de processo penal e execução penal.** 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

PRADO, Geraldo (coord.); MALAN, Diogo (coord.). **Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica.** 2ª ed., atual. São Paulo: Pioneira, 1999.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 5ª ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Processo Penal.** 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.

_____. **Processo Penal.** 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.

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

_____. **Teoria do Direito Processual Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VADE Mecum. 9ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

VERDADE. In: Dicionário Enciclopédico Ilustrado: Veja Larousse. 1ª ed. São Paulo: Abril, 2006, p. 2695, v. 23.

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

ANEXOS

**ANEXO A – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL –
APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70026105965**



ABC
Nº 70026105965
2008/Crime

ATENTADOS AO PUDOR CONTINUADOS. SISTEMA ACUSATÓRIO. GESTÃO DA PROVA. TESTEMUNHA OUVIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. NULIDADE. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO.

1. A oficiosidade do Juiz na produção de prova, mesmo que sob a escusa da pretensa busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e que agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa. Precedentes da Câmara.

2. A condenação só pode emergir da convicção plena do julgador – sua base ética indeclinável. A prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas possíveis enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio *in dubio pro reo*.

Deram provimento ao apelo. UNÂNIME.

APELAÇÃO CRIME

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70026105965

COMARCA DE SÃO JERÔNIMO

JUAREZ DIAS DA SILVA

APELANTE; E

MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo para absolver o acusado da prática dos fatos que lhe foram imputados (seqüência de crimes descrita como fato 01), com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.



ABC
Nº 70026105965
2008/Crime

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA (PRESIDENTE) E DES.^a GENACÉIA DA SILVA ALBERTON.**

Porto Alegre, 17 de setembro de 2008.

DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)

Na Comarca de São Jerônimo, o Ministério Público denunciou **Juarez Dias da Silva** como incurso nas sanções do art. 214, c/c 224, "a", e 71, *caput* (1.º fato); e do art. 218, c/c o art. 71, *caput* (2.º fato); tudo na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Narra a denúncia que:

“1.º FATO:

Aproximadamente a partir do ano de 2000 até a data de 24 de maio de 2003, em diversas datas e locais, no Município de Arroio dos Ratos, o denunciado, por várias vezes, de forma continuada, constrangeu a vítima FABIOLA FREITAS AMARAL, mediante violência presumida (vítima menor de quatorze anos de idade na época), a permitir que com ela se praticassem atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Por ocasião dos fatos, o denunciado (tio e padrinho da vítima), em sua própria residência, na residência da vítima durante viagens a Porto Alegre, e em outros locais, passava as mãos e apertava os seios da vítima, bem como a abraçava e beijava lascivamente.

2.º FATO:

A partir de 24 de maio de 2003 (data em que a vítima completou 14 anos de idade) até aproximadamente o final do ano de 2006, o denunciado, por várias



ABC

Nº 70026105965

2008/Crime

vezes, de forma continuada, corrompeu a vítima FABIOLA FREITAS AMARAL, com ela praticando atos de libidinagem.

Por ocasião dos fatos, o denunciado (tio e padrinho da vítima), em sua própria residência, na residência da vítima, durante viagens a Porto Alegre, e em outros locais, passava as mãos e apertava os seios da vítima, bem como a abraçava e beijava lascivamente.”

Instruído o feito – recebimento da denúncia (07.11.2007, fl. 27), citação, interrogatório (fls. 31/47), defesa prévia (fl. 49), coleta de prova oral (fls. 55/66 e 70/73), requisições de diligências e alegações finais –, sobreveio sentença (fls. 99/104) **absolvendo** o réu da prática do segundo fato denunciado, com fundamento no art. 386, VI, do CPP; e **condenando-o** como incurso nas sanções do art. 214, c/c os arts. 224, “a”, e 71, *caput*, estes do CP.

A pena foi dosada da seguinte forma: a base foi estabelecida em 6 anos de reclusão, sendo elevada em 1/6 pela continuidade delitiva, restando definitiva, assim, em **7 anos de reclusão**, em regime inicial **fechado**.

Inconformada com a decisão do juízo *a quo*, a defesa apelou. Busca a absolvição, aduzindo que a prova produzida é frágil para a sustentação do decreto de condenação, sobretudo porque a ofendida, ao tomar ciência da sentença condenatória, arrependeu-se da versão que prestou em juízo (inclusive manifestou ao defensor o propósito de ser ouvida novamente), devendo ser sopesado, ainda, que os fatos só foram levados a público cinco anos após a sua suposta ocorrência, daí remanescendo a dúvida de que realmente tenham ocorrido na forma descrita na inicial.

Contra-arrazoado o apelo, vieram os autos a esta Corte.



ABC
Nº 70026105965
2008/Crime

Nesta instância, a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. José Pedro M. Keunecke, opina pelo improvimento do apelo.

Finalmente, esclareço que o réu não tem ordem de prisão por este processo (fl. 104).

É o relatório.

VOTOS

DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)

A Câmara, por mais de uma vez, entendeu que o Magistrado não pode produzir provas de ofício, como se parte fosse no processo penal:

“PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE.

- Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos constitucionais sustentadores do Sistema Processual Penal Acusatório.

- A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa.

- Lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

- Ordem concedida, por unanimidade.”

(HC nº 70003938974, 5ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 24/04/2002)

“PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. ARTIGO 156, DO CPP. AGRESSÃO AO ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AO JUIZ É VEDADO PERSEGUIR PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO ABSOLUTO.

- O texto do artigo 156, do CPP, proclamado pela acusação, fere expressamente a norma constitucional, quer genericamente diante da recepção do sistema processual acusatório, quer especificamente em seu artigo 129, I (onde resguarda o princípio da inércia da jurisdição): eis a regra básica do jogo no



ABC

Nº 70026105965

2008/Crime

sistema processual democrático: um acusa (e prova), outro defende e outro julga – não se pode cogitar da inquisitorial relação incestuosa entre acusador e julgador.

- A principiologia constitucional suplantou – desde muito – estratégias como a crença mitológica de busca da “verdade real”. Dela o que se alcança é o resultado das limitações históricas, culturais e ideológicas de cada um, exteriorizado na interpretação dos fenômenos mundanos.

- Não prestar valor absoluto à palavra da vítima e não violar o princípio da inércia da jurisdição para buscar provas afasta a atividade jurisdicional dos dogmas processuais inquisitórios impregnados na legislação infraconstitucional e na atuação jurisdicional pátrias.

- À unanimidade negaram provimento ao apelo.”

(Apel. Crim. nº 70006183826, 5ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 28/05/2003)

O que se quer evitar é a **disparidade de armas** no curso do processo, pois a inquirição de “testemunhas do juízo”, não raras vezes, é mecanismo que se presta a suprir as falhas da acusação com a complacência do Juízo – testemunhas nitidamente acusatórias são transformadas em “testemunhas da verdade real” –, enquanto a defesa – justamente ela, protegida pelo princípio da *ampla defesa* (atente-se que não há previsão de uma “ampla acusação”) – resta solitária na tarefa de bem exercer o seu múnus. Mais ainda: o juiz que pretende **provar** a acusação já há muito abriu mão da sua imparcialidade para tomar partido na causa, pois não existe outra conotação que possa ser dada a quem invade a iniciativa probatória.

Assim, renovada vênua, entendo que o feito restou maculado por nulidade no momento em que a conselheira tutelar Maria de Fátima foi ouvida de ofício pela colega singular, já que as partes não acenaram para a produção desta prova (vide o termo de audiência da fl. 66).

O vício fica superado, contudo, porque o resultado meritório é mais favorável ao acusado – a meu ver, a imputação não restou cabalmente comprovada



ABC

Nº 70026105965

2008/Crime

–, o que torna impertinente a declaração da nulidade, já que ela não pode reverter em favor da acusação (sendo o feito anulado, teria o acusador uma nova chance de bem provar a imputação que articulou).

Pois bem.

O crime não deixou vestígios materiais, seja pelo tipo de abuso imputado (beijo, apertões e apalpadelas raramente deixam vestígios), seja porque os fatos teriam ocorrido desde o ano de 2000 – e a vítima e sua genitora só levaram os fatos ao conhecimento da polícia no ano de 2007.

Assim, a prova da materialidade e da autoria restou concentrada no relato judicial da ofendida. E o que ela diz? Relata que o acusado (seu tio e padrinho) começou a assediá-la, o que ocorria quando saíam juntos para ir no armazém, quando iam viajar de carro ou mesmo quando estavam em casa. Sobre os atos abusivos, relatou: *“Ele passava as mãos nas minhas pernas, passava aqui assim, apertava aqui assim também... junto com a mulher dele, ele botava a mão, ele estava do lado dela, e ele colocava a mão aqui por cima do braço e ficava me apertando aqui assim, apertava a minha perna, a gente saía assim, eu até tinha um tempo depois que eu já nem queria mais ir na casa dele, não tinha comentado nada, a mãe até achava estranho, mas eu comecei a me afastar. J: Tu está falando como se ele te abraçasse pelos ombros, por trás e a mão dele alcançava o teu seio, e apertava o teu seio? T: Isto, isso mesmo.”* (fl. 56v). Num outro episódio, o acusado teria dado um beijo lascivo na ofendida: *“ele passou pra me largar em casa, a mãe tinha deixado um bilhete na porta que ela estava na vó, e a chave estava no lugar que ela costumava deixar, eu falei ‘bom não vou entrar eu vou na vó’ ele disse ‘não tu vai entrar, abre a porta e vai entrar’, no que eu sentei ele bem assim ‘agora tu vai me dar um beijo’, eu falei ‘não’, ele me pegou e me beijou”* (fl. 56v).



ABC
Nº 70026105965
2008/Crime

O episódio do beijo, segundo a ofendida, teria ocorrido uma única vez, quando vítima e acusado estavam a sós. Já os “apertões” e “apalpadelas” nos seios teriam ocorrido diversas vezes, sempre na presença da tia, esposa do réu.

Esses, em síntese, seriam os atos abusivos.

A vítima foi indagada pela colega singular a respeito do motivo de ter ocultado, por tanto tempo, as violações. Veio, então a justificativa: tinha sido reprovada por três anos no colégio e sua mãe tomou-lhe explicações; estava “com aquilo ali na cabeça” e “juntou tudo”, já que sua avó estava no hospital e acabou falecendo; assim, contou para a sua mãe dos constrangimentos que havia passado com o acusado.

Ora, a prova – renovada vênua – não apresenta a segurança necessária para sustentar o veredicto condenatório.

Não consigo compreender como o acusado, querendo ir além de um abraço meramente afetoso, de padrinho, elegeria como ambiente ideal para tais abusos os cenários apontados pela vítima. Chama muita atenção que um desses abraços lascivos teria ocorrido em uma viagem de carro a Porto Alegre, com a presença da esposa do acusado (irmã do pai da ofendida), e outro na própria residência dos padrinhos, mas ainda assim na presença da esposa do réu.

Mais ainda: os abraços e apertões, ao que se recolhe da voz da ofendida, teriam se perpetuado no tempo, alcançando dos onze até os dezesseis



ABC

Nº 70026105965

2008/Crime

anos da ofendida. Ainda que se pudesse ter alguma compreensão quanto à ocultação dos abraços lascivos recebidos aos onze anos, parece certo que uma moça de quatorze, quinze ou dezesseis anos de idade já não mais os aceitaria quedando-se silente.

Não me convence, em absoluto, a possibilidade de que a esposa do réu, com a qual a vítima disse que tinha muito boas relações, não tivesse visto os abraços lascivos. Dentro de um carro isso seria praticamente impossível! Na residência, até seria admissível, não tivesse a vítima insistido que a esposa (sua dinda) estava **ao lado** do réu.

O entrelaçar dos episódios da revelação dos abusos (se começaram a ocorrer no ano de 2000, foram ocultados por nada menos do que sete anos) com as reprovações no colégio e a conseqüente tomada de explicações pela mãe da ofendida levantam uma suspeita fundada de que a vítima pudesse ter pretendido apenas exculpar-se do mau desempenho escolar, diante do trauma psicológico alegadamente sofrido.

Não se ignora a orientação jurisprudencial segundo a qual a palavra da vítima, em delitos da espécie, possui elevado valor. Mas, para sustentar a condenação, exige-se absoluta coerência do seu relato com o contexto dos fatos denunciados, de modo que todas as dúvidas restem superadas de modo convincente. Aqui, contudo, não há uma explicação razoável para o longo retardo na denúncia dos sucessivos abusos, nem mesmo para a ocorrência dos episódios lascivos nos moldes em que a vítima relata – quase sempre na presença de sua dinda, a esposa do réu.



ABC
Nº 70026105965
2008/Crime

Aliás, conquanto certo que o beijo lascivo, pela versão da ofendida, teria sido dado quando ambos estavam a sós, o comprometimento da sua versão em todo o mais fragiliza a sua voz por inteiro, não permitindo a condenação apenas por este episódio.

De tudo, não logrei alcançar a plena convicção da ocorrência dos fatos denunciados, pelo que estou estendendo a absolvição proclamada em primeiro grau (fato 02) também à série de atentados violentos ao pudor que teriam ocorrido antes de a vítima completar os 14 anos de idade. Como se sabe, o Direito Penal não se contenta com conjecturas, nem mesmo com a forte probabilidade – exige a prova contundente, cristalina, escorreita, indubitosa –, donde o caminho que resta a seguir é o absolutório, em homenagem ao festejado *in dubio pro reo*.

Apenas assinalo, em arremate final, que os atos descritos pela vítima – beijo lascivo e apalpadela dos seios por cima das vestes – sequer configurariam o tipo penal do atentado violento ao pudor. Soa-me até como obviedade que o crime ao qual se prescreveu a mesma pena mínima do **homicídio simples** não é compatível com condutas de agressão diminuta, pouco invasivas, como o são o toque superficial e o beijo. Nesse sentido, aliás, a jurisprudência, desde muito, bem resolveu que:

“ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO. ACUSADO DE CONSTRANGER MENINA DE 09 ANOS DE IDADE, CONSISTINDO EM ABRAÇAR E BEIJAR O ROSTO DA VÍTIMA, E PASSAR A MÃO PELO CORPO E ORGÃO GENITAL DA OFENDIDA, MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. TENDO A PROVA DEMONSTRADO QUE A CONDUTA DO ACUSADO NAO PASSOU DE MANIFESTAÇÕES ERÓTICAS, DIVERSAS DO ATO LIBIDINOSO PROPRIAMENTE DITO, PELA SEVERIDADE DA PENA PREVISTA AO DELITO DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, DEVE OCORRER A



ABC
Nº 70026105965
2008/Crime

DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 65 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS, SOB PENA DE FERIR-SE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PENAL. IMPROVIDO O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO”

(Recurso em sentido estrito nº 70004091088, 8ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. em 05.06.02)

“PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR.

O toque superficial e fugaz, por sobre as vestes, nos seios e na região genital da ofendida, ainda que uma menina de apenas nove anos de idade, pelo agente, sem comprovada intenção de manutenção de relações sexuais, não caracteriza atentado violento ao pudor, do art. 214 do CP, mas importunação ofensiva ao pudor, do art. 61 da Lei de Contravenções Penais”

(Apelação crime 70002105344, Câmara Especial Criminal, TJRS, Rel. Des. Vladimir Giacomuzzi, j. em 28.08.01)

“PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR INCONFIGURADO.

Desclassificação do fato - beijar e passar as mãos nas pernas da vítima - para o artigo 65 da Lei das Contravenções Penais. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Decisão por maioria”

(Apelação crime 70007152598, 5ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. em 23.12.03)

“Caracteriza a contravenção de perturbação da tranqüilidade e não crime de atentado violento ao pudor, o beijo tentado e o apalpamento dos seios e do órgão genital da vítima que não levaram senão alguns segundos” (RT 701/305).

“Atentado violento ao pudor. Importunação ofensiva ao pudor. Desclassificação. Caracteriza a contravenção de importunação ofensiva ao pudor e não o crime de atentado violento ao pudor o passar as mãos no órgão genital da vítima sobre suas roupas. Isto porque, para a configuração no crime previsto no art. 214 do CP é necessário que o agente tenha coagido o(a) ofendido(a) a praticar ato libidinoso ou permitido que com ele(a) se praticassem ditos atos. Não é o caso dos autos. Apelo provido parcialmente com a desclassificação da infração penal.”

(TJRS, Apelação Crime n.º 70002695963, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, jul. em 16/08/2001)

“Atentado violento ao pudor. Desclassificação para a contravenção de perturbação da tranqüilidade. Não suficientemente esclarecida a lascívia dos beijos que a menor teria recebido do acusado, o que afasta a figura do atentado violento ao pudor, restando configurada, porém, a contravenção do art. 65 do Decreto-lei 3.688/41, por molestar a tranqüilidade da ofendida. Desclassificado o fato para o art. 65 da Lei das Contravenções Penais. Prova suficiente para um juízo condenatório. Declarada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, em face da pena concretizada. Apelo parcialmente provido, por maioria.”

(TJRS, Apelação Crime n.º 70000561308, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. Alfredo Foerster, julg. em 13/04/2000)



ABC
Nº 70026105965
2008/Crime

“Atentado violento ao pudor. Inocorrência. Desclassificação para contravenção penal de perturbação de tranqüilidade. Mero fato de acariciar as nádegas, sem a ocorrência de outros fatos libidinosos. Recurso defensivo parcialmente provido.”

(TJRS, Apelação Crime n.º 699437786, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, jul. em 29/09/1999)

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR.

- O prazo para interpor recurso, em caso de intimação por precatória, começa a fluir de sua juntada aos autos.

- Não é qualquer toque carnal que enseja crime de atentado violento ao pudor.

- O tipo está a exigir comportamento sexual agressivo, com alguma espécie de penetração – v.g., sexo oral ou anal – pena de agredir o princípio da proporcionalidade entre o crime e o castigo.

- Apelo provido para, rejeitada a preliminar, absolver o acusado” **(Apelação Crime n.º 70008233793, 5ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 07.04.2004)**

Pelo exposto, dá-se provimento ao apelo para absolver o acusado da prática dos fatos que lhe foram imputados (seqüência de crimes descrita como fato 01), com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

DES.^a GENACÉIA DA SILVA ALBERTON (REVISORA)

Não há qualquer nulidade na atuação judicial. Seu proceder tem amparo no art. 156 do CPP que, mesmo com a alteração da Lei 11.690 /2008, permite que o juiz, antes de proferir sentença, determine alguma diligência necessária para dirimir dúvida, aí incluída a inquirição de testemunha de ofício. No caso, se tratou de testemunha referida, o que afasta a hipótese de predisposição do juiz quanto ao mérito.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ABC
Nº 70026105965
2008/Crime

Todavia, pelo conjunto probatório, voto pela insuficiência de elementos para a condenação, motivo pelo qual acompanho o Relator.

DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA (PRESIDENTE) - De acordo com o relator.

DES. LUÍS GONZAGA DA SILVA MOURA - Presidente - Apelação Crime nº 70026105965, Comarca de São Jerônimo: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO APELO PARA ABSOLVER O ACUSADO DA PRÁTICA DOS FATOS QUE LHE FORAM IMPUTADOS (SEQÜÊNCIA DE CRIMES DESCRITA COMO FATO 01), COM FUNDAMENTO NO ART. 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL."

Julgador(a) de 1º Grau: CARLA CRISTINA ORTNAU CIRIO E SANTOS
hmr

**ANEXO B – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL –
APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70022266498**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ABC
Nº 70022266498
2007/Crime

ROUBO MAJORADO. SISTEMA ACUSATÓRIO. GESTÃO DA PROVA. VÍTIMA OUVIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE. AFASTAMENTO DA PROVA. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO.

1. A oficiosidade do Juiz na produção de prova, mesmo que sob a escusa da pretensa busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e que agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa. Precedentes da Câmara.

2. A condenação só pode emergir da convicção plena do julgador – sua base ética indeclinável. A prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas possíveis enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio *in dubio pro reo*.

Deram provimento ao apelo. UNÂNIME.

APELAÇÃO CRIME

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70022266498

COMARCA DE SEBERI

VALTER CRUZ DO AMARAL

APELANTE; E

MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em, anulada a inquirição da fl. 316, dar provimento ao apelo defensivo para absolver o apelante da imputação que lhe foi dirigida, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ABC
Nº 70022266498
2007/Crime

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE) E DES.^a GENACÉIA DA SILVA ALBERTON.**

Porto Alegre, 12 de março de 2008.

DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)

Na Comarca de Seberi, o Ministério Público denunciou **Zanir Ribeiro da Cruz** e **Valter Cruz Amaral** como incurso nas sanções do art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal.

Narra a denúncia que:

“No dia 09 de agosto de 2002, por volta das 21h30min, próximo à ponte do rio guarita, no município de Erval Seco, os denunciados, em conjugação de esforços e unidade de desígnios, juntamente com Adalto Ivanor da Cruz da Silva, já falecido, mediante o uso de violência contra as vítimas Dilson Farias, Sérgio Leiria e Carlos Ivan Leiria, exercida por meio de dois revólveres, facão e adaga (não apreendidos), subtraíram, para si, a importância de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), em moeda corrente da época, um relógio à pilha e um violão, avaliados em R\$ 88,00 (oitenta e oito reais), conforme positiva o auto de avaliação indireto da fl. 22.

Na oportunidade, os denunciados interceptaram as vítimas, com as armas referidas, lesionando a vítima Dilson Farias (auto de corpo de delito da fl. 06), e, desse modo, efetivando a subtração.”

A denúncia foi recebida em 14/07/1998 (fl. 02).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ABC
Nº 70022266498
2007/Crime

Zanir foi citado pessoalmente e compareceu na audiência de interrogatório. Valter, citado por edital, foi declarado revel, prosseguindo o feito mediante a nomeação de defensor dativo a ele (fl. 49).

O feito foi instruído e os dois réus restaram condenados pelo decisório das fls. 90/99.

A defesa de Zanir apelou.

Nesta instância, a colenda Câmara Especial Criminal confirmou a condenação de Zanir, negando provimento ao seu apelo, e, de ofício, **anulou o processo em relação a Valter**, já que, tendo sido citado por edital e não tendo comparecido a juízo, deveria o feito ter sido suspenso, nos termos do art. 366 do CPP, o que restou de logo proclamado em segunda instância, em 18/05/2000 (fls. 126/131).

Certificado o trânsito em julgado da decisão condenatória em relação a Zanir (fl. 134), os autos retornaram à origem.

Foi decretada a prisão preventiva de Valter, permanecendo suspenso o trâmite do processo até 31/05/2004, quando noticiado o seu recolhimento à prisão (fl. 153).



ABC

Nº 70022266498

2007/Crime

Deferida a liberdade (fl. 171), Valter foi citado e interrogado (fls. 188), tendo apresentado defesa prévia à fl. 199. Coletou-se prova oral (fls. 208/209, 222, 231/232, 245/246, 254/254v e 316/318).

Superado o prazo do art. 499 do CPP e colhidas as alegações finais, sobreveio sentença (fls. 354/362) **condenando** o réu VALTER como incurso nas sanções do art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal. A pena foi assim dosada: a base foi estabelecida em 4 anos de reclusão (já valorado o concurso de agentes); pela majorante do emprego de arma, o acréscimo foi de 1/3, restando a pena definitiva em **5 anos e 4 meses de reclusão**, em regime inicial **semi-aberto**, mais pecuniária de 20 dias-multa no piso legal.

A sentença condenatória foi publicada em 03/08/2007 (fl. 362v).

Inconformada, a defesa apela. Busca a absolvição do acusado, aduzindo que as provas produzidas são inseguras e insuficientes à sustentação do veredicto condenatório.

Contra-arrazoado o apelo, subiram os autos.

Nesta instância, a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. Gilberto Thums, opina pelo improvimento do apelo.

Finalmente, esclareço que o apelante não tem ordem de prisão por este processo.



ABC
Nº 70022266498
2007/Crime

É o relatório.

VOTOS

DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR)

Anoto, de início, que estamos tratando de um delito de roubo ocorrido em 09/08/1992. Claro que uma mora tão grande na prestação da Justiça não decorre de um homem só: **a)** a conclusão do inquérito tardou quase seis anos, primeiro porque os autores do fato eram conhecidos apenas pelas suas alcunhas (fl. 15), e segundo porque o feito foi mesmo esquecido nas prateleiras policiais, como se vê da explicação da fl. 37, somada ao confronto das datas do termo de declarações da fl. 13 e do despacho de remessa da fl. 14 (o inquérito ficou parado quatro anos, sem ser acrescido de qualquer peça ou diligência, para que fosse feita simples remessa ao Judiciário); **b)** também o réu deu a sua parcela de contribuição, já que o feito permaneceu suspenso de 18/05/00 (fl. 130) até 31/05/2004 (fl. 153), tudo porque estava ele em local incerto, de modo a inviabilizar a citação pessoal; e **c)** mesmo depois de retomado o curso “normal” do feito, os prazos não foram tratados como mereciam, bastando ver que, na seqüência de despachos do Juiz titular e do Juiz substituto, um mandando os autos conclusos para o outro, para fins de prolação de sentença, o feito aguardou mais de ano (vide os despachos das fls. 348/353).

Faço esse registro não para procurar “culpados”, mas somente para deixar expressa a minha visão de que o Direito, por vezes, tropeça na sua própria burocracia, sem alcançar qualquer resultado social prático. Qual o sentido de discutir, dezesseis anos depois, a autoria de um roubo? O Estado está chegando



ABC
Nº 70022266498
2007/Crime

atrasado, pouco importa se para proclamar a culpa (e a respectiva pena) ou se para declarar a inocência. A vítima, porventura amedrontada com a ação dos agentes, já se sentiu desamparada o tanto quanto é possível imaginar, pelo longo tempo decorrido sem qualquer medida concreta, e, a bem da verdade, talvez até nem tenha mais interesse na punição. O réu a ser “ressocializado” – se é que o Estado consegue fazê-lo –, certamente, já não é mais o mesmo de dezesseis anos atrás: talvez até mesmo não precise mais da “sanção **necessária e suficiente**” à reprovação.

Não se argumente que o interesse da vítima não é preponderante, por se tratar de ação penal pública incondicionada, ou mesmo que não restou consumada a prescrição. Pouco importam tais filigranas da legalidade. O tempo modifica as pessoas envolvidas no processo e também as soluções judiciais devem a ele se adaptar, se não quiserem fazer do Direito uma ciência abstrata e descolada da realidade, sem qualquer utilidade prática.

Não me alongo mais nestes apontamentos, mesmo porque eles têm o único fito de deixar assentado, como algo conhecido e consciente (porém lastimável), o fracasso do Direito Penal para o caso que aqui está em exame, independentemente do teor pronunciamento judicial final. Já não é mais possível bem servir a sociedade com a prestação jurisdicional, cuja utilidade perdeu-se no tempo.

Analiso o caso. E, rogando pela vênica do colega singular, entendo que o feito padece de vício nulificador.



ABC
Nº 70022266498
2007/Crime

Não tenho dúvidas de que a vítima CARLOS IVAN foi ouvida **de ofício** pela autoridade judiciária, exatamente como consta no termo de audiência da fl. 208 e ao contrário do que tentou fazer crer o agente ministerial na manifestação das fls. 264/270.

Digo, primeiro, que a denúncia não arrolou a vítima em questão, pois constou da inicial o pedido de que fossem ouvidas “*as vítimas e a testemunha, abaixo arroladas*”, seguindo-se a isto a indicação de Dilson (vítima), Sérgio (vítima) e Dirceu (testemunha) – vide as fls. 03/04. Ora, pretender incluir Carlos Ivan dentro do rol acusatório, sob a escusa de estar incluído no grupo “vítimas”, é um artifício para escamotear uma falha flagrante da acusação. **Primeiro**, porque não existe arrolamento por categoria (“vítimas”): é dever indeclinável da parte nominar e indicar a localização de quem pretende seja ouvido; **segundo**, porque o explicativo “abaixo arroladas” é evidente **limitador** das categorias antes mencionadas, vale dizer, dentre as vítimas e possíveis testemunhas do fato, requereu-se a oitiva daquelas **abaixo arroladas, e somente destas**. A obviedade: não é dever do Juiz imaginar todas as pessoas que podem ou não estar incluídas na categoria indicada pelo acusador (vítimas, testemunhas, testemunhas presenciais, informantes, etc.).

Arrolamento acusatório, portanto, não houve!

Também a defesa prévia (fls. 199/200) valeu-se da expressão: “*requer a reinquirição das vítimas e oitiva das testemunhas **adiante arroladas***”. E a isto se seguiu a indicação de sete pessoas e seus respectivos endereços, não estando Carlos Ivan entre elas.



ABC
Nº 70022266498
2007/Crime

Aliás, tão evidente assim o é que a promoção ministerial da fl. 68v, integrante da parte do processo que foi anulada através da decisão anterior deste Tribunal, foi vazada nos seguintes termos: “A vítima Carlos Ivan, por um lapso, não foi arrolada como testemunha da denúncia, o que prejudica a busca da verdade real... diante disso, por ser pessoa referida, o Ministério Público requer a designação de audiência para ouvi-la...”. E, também na fase anulada, culminou a vítima Carlos Ivan por ser inquirida como testemunha do juízo (fl. 69).

Data venia, sequer é possível compreender Carlos Ivan como testemunha referida: seu nome já constava do caderno de investigação (fl. 15), não havendo qualquer conotação de inovação no levante de seu nome. Neste particular, aliás, a lição de TOURINHO FILHO é por demais esclarecedora:

“E se o Promotor ou o Advogado deixou de arrolar no momento oportuno suas testemunhas, fazendo-o serodamente, pode o Juiz ouvi-las como se fossem dele? **A nós nos parece que não.** A faculdade que o art. 209 confere ao Juiz é a de ouvir *outras* pessoas além das indicadas. Esse entendimento advém da circunstância de que o art. 397 do CPP não permitir, sequer, a substituição de testemunhas quando arroladas fora do prazo. Assim, não se nos afigura possível o Juiz ouvi-las como se fossem *outras*.”

(TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 563)

O que se quer evitar é a *disparidade de armas* no curso do processo, regra pela qual, não raras vezes, suprem-se as falhas da acusação com a complacência do Juízo – testemunhas nitidamente acusatórias são transformadas em “testemunhas da verdade real” –, enquanto a defesa – justamente ela, protegida pelo princípio da *ampla defesa* (gize-se, não há previsão de uma “ampla acusação”) – resta solitária na tarefa de bem exercer o seu múnus.

Já entendeu esta Câmara que o Magistrado não pode produzir provas de ofício, como se parte fosse no processo penal:



ABC

Nº 70022266498

2007/Crime

“PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE.

- Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos constitucionais sustentadores do Sistema Processual Penal Acusatório.

- A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa.

- Lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

- Ordem concedida, por unanimidade.”

(HC nº 70003938974, 5ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 24/04/2002)

“PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. ARTIGO 156, DO CPP. AGRESSÃO AO ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AO JUIZ É VEDADO PERSEGUIR PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO ABSOLUTO.

- O texto do artigo 156, do CPP, proclamado pela acusação, fere expressamente a norma constitucional, quer genericamente diante da recepção do sistema processual acusatório, quer especificamente em seu artigo 129, I (onde resguarda o princípio da inércia da jurisdição): eis a regra básica do jogo no sistema processual democrático: um acusa (e prova), outro defende e outro julga – não se pode cogitar da inquisitorial relação incestuosa entre acusador e julgador.

- A principiologia constitucional suplantou – desde muito – estratégias como a crença mitológica de busca da “verdade real”. Dela o que se alcança é o resultado das limitações históricas, culturais e ideológicas de cada um, exteriorizado na interpretação dos fenômenos mundanos.

- Não prestar valor absoluto à palavra da vítima e não violar o princípio da inércia da jurisdição para buscar provas afasta a atividade jurisdicional dos dogmas processuais inquisitórios impregnados na legislação infraconstitucional e na atuação jurisdicional pátrias.

- À unanimidade negaram provimento ao apelo.”

(Apel. Crim. nº 70006183826, 5ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 28/05/2003)

Tudo vem mais agravado no caso concreto porque a “testemunha do juízo”, por duas vezes, foi intimada e não compareceu às audiências (fls. 296, 304 e 314), ocasiões em que a defesa exaustivamente pugnou pela dispensa da prova (vide as manifestações das fls. 296 e 311/312), não sendo, contudo, atendida: designou-se mais uma solenidade, quando então a testemunha faltante foi conduzida.



ABC

Nº 70022266498

2007/Crime

Ainda mais: embora a defesa tivesse requerido a dispensa de comparecimento (inclusive do réu) na audiência designada para 17/05/2006 (petitório da fl. 311), o ato foi redesignado **outras duas vezes** (fls. 314/316) em razão do não comparecimento da “testemunha do juízo” e a necessidade de condução, sem que a defesa e o réu fossem sequer notificados da remarcação dos atos. Vale dizer, presumiu-se que a justificativa defensiva – dificuldade de deslocamento – ainda seria aplicável. Mas isto, no máximo, seria o suficiente para acolher a justificativa de ausência no ato – sem que fosse decretada a revelia do réu ou nomeado outro defensor para dar seguimento à defesa –, jamais podendo suprimir as intimações que decorrem da legalidade.

Assim, renovada vênua, entendo que o procedimento adotado maculou a ampla defesa: Carlos Ivan não poderia ter sido ouvido como testemunha do juízo, tanto mais em audiência para a qual o réu e a defesa técnica não foram intimados.

Proclamada a nulidade da inquirição de Carlos Ivan e afastada dos autos dita prova, remanesce o resultado absolutório.

O apelante, quando interrogado (fl. 188), negou a imputação, dizendo que no dia e hora dos fatos estava na residência de seu pai.

A vítima Sérgio Leiria contou (fl. 209) que transitava em via pública na companhia de Dílson e Carlos Ivan quando foram abordados por alguns homens que vinham correndo da direção do “bolicho” da ponte do Rio Guarita; foi calçado com revólver por um dos homens; levaram um violão do depoente; Dílson e Carlos Ivan também foram rendidos, cada qual por um agente; a pessoa que o atacou era



ABC
Nº 70022266498
2007/Crime

parecida com o “Vani do Adalto”; Vani, filho do Adalto, entregou-lhe um violão como forma de reparação, após os fatos.

É de se notar que, embora Sérgio já conhecesse o apelante Valter “de vista”, **não o reconheceu como sendo um dos autores do fato.**

A vítima Dílson (fl. 222), por sua vez, corroborou o relato de Sérgio, esclarecendo que a abordagem foi feita por quatro agentes (Zanir e Adalto eram dois deles). Quando de sua oitiva judicial, **não reconheceu o réu Valter como um dos autores.**

Os demais inquiridos disseram nada saber dos fatos.

Como se vê, o álibi do apelante não foi desbancado pela prova válida, pois não foi reconhecido pelos vitimados como um dos autores.

O máximo que se logrou galgar, no sentido incriminatório, foi o relato do co-réu Zanir (fl. 45/45v), dando conta de que estava em um bolicho com Valter e Adalto, até o momento em que saíram, quando então Adalto, **por sua exclusiva conta,** colocou um revólver na boca da vítima Dílson, dando ordem de assalto; pediu que Adalto parasse com aquilo, o que também foi feito por Valter; foram ameaçados por Adalto, inclusive de morte, para que não contassem nada no Foro.

Ora, a chamada do co-réu – de precário valor, como tenho sustentado (Cf. Apelações-crime 70004049987, 70005289558 e 70003882636) – limita-se a apontar a presença do apelante



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



ABC

Nº 70022266498

2007/Crime

no local, sem aludir a qualquer conduta da qual se pudesse inferir a co-autoria no roubo, ponto que também não foi elucidado pela voz dos ofendidos.

Assim, com a devida vênia, entendo que a hipótese denunciada não restou cabalmente comprovada. Sabe-se que o veredicto condenatório não se harmoniza com conjecturas: exige a certeza processual, sua base ética indeclinável. Se a dúvida tem assento na prova, como aqui ocorre, a controvérsia só pode ser resolvida em favor do apelante, como corolário do *in dubio pro reo*.

Pelo exposto, anulada a inquirição da fl. 316, dá-se provimento ao apelo defensivo para absolver o apelante da imputação que lhe foi dirigida, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

DES.^a GENACÉIA DA SILVA ALBERTON (REVISORA) - De acordo.

DES. ARAMIS NASSIF (PRESIDENTE) - De acordo.

DES. ARAMIS NASSIF - Presidente - Apelação Crime nº 70022266498, Comarca de Seberi: "À UNANIMIDADE, ANULADA A INQUIRIÇÃO DA FL. 316, DERAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO PARA ABSOLVER O APELANTE DA IMPUTAÇÃO QUE LHE FOI DIRIGIDA, COM FUNDAMENTO NO ART. 386, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL."

Julgador(a) de 1º Grau: ILTON BOLKENHAGEN
hmr

**ANEXO C – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL –
APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70006183826**



ABC
nº 70006183826
2003/CRIME

PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. ARTIGO 156, DO CPP. AGRESSÃO AO ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AO JUIZ É VEDADO PERSEGUIR PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO ABSOLUTO.

- *O texto do artigo 156, do CPP, proclamado pela acusação, fere expressamente a norma constitucional, quer genericamente diante da recepção do sistema processual acusatório, quer especificamente em seu artigo 129, I (onde resguarda o princípio da inércia da jurisdição): eis a regra básica do jogo no sistema processual democrático: um acusa (e prova), outro defende e outro julga – não se pode cogitar da inquisitorial relação incestuosa entre acusador e julgador.*

- A principiologia constitucional suplantou – desde muito – estratégias como a crença mitológica de busca da “verdade real”. Dela o que se alcança é o resultado das limitações históricas, culturais e ideológicas de cada um, exteriorizado na interpretação dos fenômenos mundanos.

- Não prestar valor absoluto à palavra da vítima e não violar o princípio da inércia da jurisdição para buscar provas afasta a atividade jurisdicional dos dogmas processuais inquisitórios impregnados na legislação infraconstitucional e na atuação jurisdicional pátrias.

- **À unanimidade negaram provimento ao apelo.**

APELAÇÃO CRIME

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70006183826

BAGÉ

MINISTÉRIO PÚBLICO

APELANTE E

LUIZ CARLOS BATISTA ROBAINA

APELADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



ABC
nº 70006183826
2003/CRIME

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Desembargadores Aramis Nassif e Genacéia da Silva Alberton.

Porto Alegre, 28 de maio de 2003.

AMILTON BUENO DE CARVALHO,
Relator.

RELATÓRIO

AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR) – Na Comarca de Bagé, o Ministério Público denunciou **Luiz Carlos Batista Robaina** como incurso nas sanções do artigo 157, caput, c/c artigo 61, I, ambos do Código Penal.

A imputação foi assim narrada na inicial acusatória:

“No dia 25 de fevereiro de 2002, por volta das 10h45min, na Rua Monsenhor Constáble Hipólito, nas proximidades do Posto Ollé, nesta Cidade, o denunciado subtraiu, para si, mediante violência, consistente em vias de fato, uma (01) carteira, um cartão magnético da Caixa Econômica Federal, um (01) cartão telefônico e um (01) vale-



ABC
nº 70006183826
2003/CRIME

transporte, pertencentes à vítima Idelvina de Oliveira Bueno.

Na ocasião, o denunciado aproximou-se da vítima, a pretexto de pedir-lhe informações, e segurou-a fortemente por um braço, subtraindo-lhe a carteira, que estava no bolso traseiro da calça.

O denunciado é reincidente.”

A denúncia foi recebida em 06.05.02. O réu foi citado e interrogado (fls. 32/3375 e 77). As defesas apresentaram alegações preliminares (fls. 86, 87 e 133). Coletou-se prova oral (fls. 41/42).

Superado o prazo do art. 499, do Código de Processo Penal, em alegações finais, o Ministério Público requereu a condenação do acusado nos termos do pedido inicial. A defesa de Luis Carlos, por sua vez, postulou a absolvição, por insuficiência de provas.

Sobreveio sentença (fls. 55/57) **absolvendo** o réu com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado com a decisão do juízo *a quo*, o Ministério Público apelou.

Arrazoando, sustenta que a necessidade de reforma da decisão absolutória, entendendo suficiente a palavra da vítima como fundamento condenatório, requerendo a condenação do réu como incurso nas sanções do artigo 157, caput, do Código Penal brasileiro, c/c o artigo 61, I, do mesmo diploma legal.



ABC
nº 70006183826
2003/CRIME

Contra-arrazoado o apelo, vieram os autos a esta Corte.

Nesta instância, a Procuradoria de Justiça, pelo Dr. Edgar Luiz de Magalhães Tweedie, manifestou-se pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

AMILTON BUENO DE CARVALHO (RELATOR) – Não vingam o apelo. O caso em tela remete o foco de debate a questões salutaras na evolução democrática do processo penal brasileiro.

Veja outra estou diante de clamor por caminhos probatórios inquisitoriais que – dada a relevância da análise – vão destacados da manifestação ministerial:

*“a vítima e a sociedade não podem pagar a conta do equívoco de todos, inclusive do juiz, que no processo penal, também, é imparcial, mas não inerte; **tem o magistrado o dever de buscar a verdade real, e os meios para tal.** Aliás, **a exposição de motivos do Código de Processo Penal prevê que (...) o projeto abandonou***



ABC
nº 70006183826
2003/CRIME

radicalmente o sistema da certeza real. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença (...). Ademais, não é outra senão a redação do artigo 156 do Código de Processo penal.”

A expectativa ministerial impõe alusão aos postulados processuais penais democráticos fruto do processo de secularização do Direito do qual os traços marcantes – na seara processual penal –, se traduzem nas garantias constitucionais balizadoras do poder punitivo estatal.

A quinada libertária acima enunciada acarretou a recepção da principiologia acusatória, secularizada no sistema processual penal pátrio, que vez mais reproduzo incansável: ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), devido processo legal (art. 5º, LIV), presunção de inocência (art. 5º, LVII), tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX), garantias do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), do juiz natural (art. 5º, LIII), e inércia da jurisdição (arts. 5º, LIX e 129, I).

Neste contexto, o grau de democratização do labor jurisdicional será tanto mais concreto quanto maior for o compromisso dos magistrados no auto controle da atividade – originariamente arbitrária – de julgar.

O texto do artigo 156, do CPP, proclamado pela acusação, fere expressamente a norma constitucional, quer genericamente diante da recepção do sistema processual acusatório, quer especificamente em seu artigo 129, I



ABC
nº 70006183826
2003/CRIME

(onde resguarda o princípio da inércia da jurisdição). Pois, como bem explica Salo de Carvalho:

*“de forma sucinta, podemos caracterizar o modelo acusatório pelo **posicionamento passivo do juiz enquanto sujeito processual, tanto no que concerne à iniciativa da ação quanto à gestão da prova.** Está rigidamente separado das partes (imparcialidade), principalmente do órgão acusador. A peça vestibular compete exclusivamente à acusação, e **a produção probatória cabe tão-somente à acusação e à defesa.**”*

Outrossim, o peso absoluto da prova incriminatória – à revelia do contexto no qual é produzida – é objetivo perseguido, obsessivamente, por juízes inquisidores desde as jurisdições eclesiásticas. O clamor pela valoração irrestrita da palavra da vítima como suficiente à condenação (prova plena), como aqui pretende o agente ministerial, remonta aos valores inquisitórios emprestados à confissão: tida em tal sistema como a “rainha das provas”, no topo da estrutura tarifária do peso probatório.

Vejo a decisão singular como exemplo no caminho emancipatório do exercício da jurisdição. Não prestar valor absoluto à palavra da vítima e não violar o princípio da inércia da jurisdição para buscar provas – como, de forma exemplar, agiu o nobre colega Marcos Danilo Edon Franco – afasta a atividade jurisdicional dos dogmas processuais inquisitórios impregnados na legislação infraconstitucional e na atuação jurisdicional pátrias.



ABC
nº 70006183826
2003/CRIME

Mais, a principiologia constitucional suplantou – desde muito –
estratagemas como a crença mitológica de busca da verdade real: moto
propulsor das arbitrariedades do poder jurisdicional.

Aliás, da verdade o que se tem é o fruto daquilo que podemos
alcançar como tal, ou seja, o resultado das limitações históricas, culturais e
ideológicas de cada um, exteriorizado na interpretação dos fenômenos
mundanos. E em se tratando de história e cultura nada mais oportuno que os
ditados populares, como o do qual me valho aqui: se “cada cabeça uma
sentença” e cada cabeça uma verdade: então, cada sentença uma verdade.

É desta verdade, que nos fala e nos cala, com o brilhantismo
peculiar, o poeta mineiro Carlos Drummond de Andrade no poema Verdade:

*A porta da verdade estava aberta,
Mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.*

*Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.*

*Era dividida em metades
diferentes uma da outra.*



ABC
nº 70006183826
2003/CRIME

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia. (Corpo: novos
poemas. Rio de Janeiro: 5ª ed., Record, 1985. p. 41)*

Logo, o livre convencimento, princípio processual proveniente das conquistas libertárias iluministas, foi aqui devidamente respaldado: com imparcialidade. Vê-se, e com nitidez, que a decisão singular balizou-se – com as cautelas que lhe foram possíveis no sentido de evitar excessos de subjetividades e resquícios de arbitrariedades inquisitórias – pela prova produzida nos autos.

É este o cuidado que se espera: autoconsciência de suas próprias limitações (essencialmente humanas) para que, protegendo-se delas, possa o magistrado julgar consciente de que o faz buscando o maior grau de liberdade que lhe for possível!

E a prova aqui lançada traz única e exclusivamente a palavra da vítima, quando muito mais poderia ter sido demonstrado: inquirição de testemunha presencial (conhecido da vítima) e vizinhos da mesma. Falha do acusador detentor exclusivo do ônus probatório aqui não se desincumbiu a contento – é dele a ambição de reprimir!

Eis a regra do jogo básica do sistema processual democrático: um acusa (e prova), outro defende e outro julga – não se pode cogitar da inquisitorial relação incestuosa entre acusador e julgador.



ABC
nº 70006183826
2003/CRIME

Portanto, mal instruído o processo por aquele que tem o ônus, permanecem dúvidas e a elas só se permite a valoração absolutória.

Absolvição bem posta, portanto!

Com estas considerações nega-se provimento ao apelo.

DES^a. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON (REVISORA) – De acordo.

DES. ARAMIS NASSIF (VOGAL) – De acordo.

Julgador(a) de 1º Grau: Marcos Danilo Edon Franco.

rsbs