

O "Sistema Acusatório" do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal

The "Accusatorial System" of Brazilian Criminal Procedure: Notes on the Concept of Accusatorialism from the Federal Supreme Court's Decisions

Vinicius Gomes de Vasconcellos*

Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, Brasil

1. Introdução

Diante das inúmeras discussões terminológicas¹ e dos diversos discursos que embasam diferentes interpretações de conceitos essenciais ao direito processual penal², o presente trabalho pretende desenvolver estudo acerca do conteúdo do “sistema acusatório”, conforme as delimitações impostas em recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. Assim, apresentar-se-á pesquisa jurisprudencial referente às decisões do tribunal máximo brasileiro sobre a temática no período entre 2010 e 2014. Após esboçar tais contornos elucidativos, empreender-se-á revisão teórica com a pretensão

* Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2014), bolsista integral CAPES. Pós-graduado em Justiça Penal pela Universidade Castilla-La Mancha (UCLM - Espanha) (2013). Bacharel em Direito pela PUCRS (2012), com pesquisas como bolsista de iniciação científica CNPq/PIBIC (2009/2012). Professor das Faculdades Integradas Campos Salles (SP).

1 Sobre isso, ver: LANGER, 2005, pp. 103-104.

2 “Entretanto, o conteúdo perceptivo da disposição citada, do modo como vem formulada, resulta inevitavelmente impreciso, devido à utilização de uma definição (sistema acusatório) que não possui um significado unívoco e universalmente aceitado. O verdadeiro problema, de fato, reside em individualizar os caracteres distintivos que identificam o modelo processual acusatório, caracteres sobre os quais nem sempre existe unanimidade entre os juristas, dependendo de quais sejam suas opções ideológicas em relação à hierarquia de valores implicada na justiça penal.” (ILLUMINATI, 2008, p. 136, tradução livre).

de descrever as principais divergências doutrinárias que permeiam a análise do tema proposto, expondo suas limitações e clarificando a necessidade do aprofundamento crítico do estudo, visando à definição dos contornos indissociáveis da acusatoriedade no processo penal democrático.

Assim, pensa-se que o presente estudo se justifica na importância da definição do conteúdo da acusatoriedade a partir de posicionamentos da corte suprema do ordenamento pátrio. Tendo-se ciência da paulatina e hodierna utilização das terminologias “processo acusatório” e “modelo acusatório”, o intento de elucidar seu conteúdo e de questionar seus reflexos no ordenamento jurídico é imprescindível na construção doutrinária e jurisprudencial do processo penal brasileiro³.

2. O conteúdo do “sistema acusatório” conforme posicionamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro

Conforme descrito, neste tópico serão analisadas decisões recentes que abordaram direta ou indiretamente a temática da acusatoriedade no processo penal, almejando-se elucidar, ainda que parcialmente, a concepção desenvolvida pelo tribunal supremo do ordenamento jurídico brasileiro. Cumpre alertar a ciência do fato de que o enfrentamento da temática pode se tornar nebuloso em razão da variação ocasionada pela discussão das questões centrais das decisões estudadas, as quais podem desfocar as premissas do debate acerca do conceito de “sistema acusatório”. Para tanto, selecionaram-se julgados a partir de pesquisa jurisprudencial na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal (STF), restringidos pelo termo “acusatório” no campo de pesquisa, coletados individualmente em razão da aderência à temática, sendo, portanto, excluídos aqueles destoantes. Assim, foram separadas nove decisões que oferecem contribuições ao estudo, compreendidas entre os anos 2010 e 2014.

O primeiro caso se trata do Habeas Corpus n.º 88.875, julgado em 07 de dezembro de 2010 pela Segunda Turma do STF, relatado pelo ministro Celso de Melo. Versa-se sobre a inépcia de denúncia formulada pelo acusador público, em razão da ausência de atribuição específica e individualizada de comportamento delituoso ao acusado, diante da inexistência de lastro

3 “(...) não vamos superar a dualidade sem demarca-la. Sem os modelos de referência, corremos o risco de não compreender adequadamente a nova inquisitorialidade.” (MARINHO MARQUES, 2013, p. 16).

probatório mínimo em suposto crime de descaminho tentado. Conforme a decisão, o sistema jurídico vigente no Brasil é de natureza acusatória em sua estrutura formal, em razão da imposição democrática e constitucional⁴. Assim, afirma-se a “natureza dialógica” do processo penal acusatório, o que parece consolidar a importância máxima do contraditório para o respeito de direitos fundamentais na persecução penal. Para tanto, impõe-se a obrigação de o Ministério Público formular denúncia juridicamente apta, que exponha de forma precisa e individualizada a participação de cada acusado na suposta prática delituosa, sob pena de aceitação à repudiável responsabilização penal objetiva⁵ e à decorrente inversão do ônus da prova, que deve impreterivelmente recair ao acusador⁶. Portanto, o primeiro posicionamento analisado alça o respeito ao contraditório e à ampla defesa ao patamar primordial do processo penal que se diz acusatório.

Também nesse sentido, abordando temática semelhante, o segundo julgado, Habeas Corpus n.º 102.650, de 02 de agosto de 2011, analisado pela Segunda Turma do STF, relatoria do ministro Ayres Brito, trata do trancamento de ação penal⁷ em razão da inépcia da denúncia. Conforme tal posicionamento, reafirmou-se o mandamento constitucional no sentido da consagração do modelo acusatório, referindo-se, como fundamento, o artigo 129, inciso I da Constituição Federal (CF)⁸. Assim, o Ministério Público é encarregado de oferecer a denúncia para a persecução penal, a qual deve atender a requisitos determinados no Código de Processo Penal (CPP), como a exposição do fato criminoso e a qualificação suficiente do

4 “O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático – impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado “*reato societario*”, a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa.”

5 “A mera invocação da condição de sócio ou de administrador de sociedade empresária, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório.”

6 “Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (“*essentialia delicti*”) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente.”

7 Cumpre apontar, respeitosamente, que, conforme afirmado em diversos trabalhos, pensa-se que a expressão adequada é “trancamento do processo”, posto que o direito de ação se implementa no momento do oferecimento da denúncia, sem a possibilidade de um “trancamento posterior”. Sobre isso, ver: LOPES JR., 2012, pp. 357-360.

8 “Dito isso, consigno que, no modelo acusatório definido pelo inciso I do art. 129 da Constituição Federal (“*São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”), a imputação do fato-crime, como regra, compete ao Ministério Público.”

acusado. Contudo, no caso concreto, assentou-se que a denúncia era adequada, visto que descrevia suficientemente os fatos aparentemente ilícitos, permitindo, assim, o exercício da ampla defesa aos acusados. De qualquer modo, novamente relacionou-se diretamente o modelo acusatório ao respeito do contraditório e da ampla defesa.

Posteriormente, no Agravo Regimental no Inquérito n.º 2.913, relatado em plenário pelo Ministro Dias Toffoli em 01 de março de 2012, com voto redigido pelo Ministro Luiz Fux, analisou-se acusação de crime de peculato em foro por prerrogativa de função parlamentar, cuja investigação preliminar foi trancada por membro do Judiciário de ofício, sem a prévia manifestação do órgão acusador. Embora apresentada divergência pelo relator⁹, o voto predominante assentou que o sistema acusatório, especialmente durante a investigação preliminar, se caracteriza pela posição inerte do julgador, sendo respeitada a formação da convicção do Ministério Público, encarregado da acusação no processo penal¹⁰. Assim, o trancamento do inquérito policial se justifica somente em situações excepcionais, em que não exista qualquer possibilidade da ocorrência em tese de um delito nos fatos descritos¹¹, o que não se caracterizou no caso em tela, de modo que foi determinado o prosseguimento da investigação preliminar. Portanto, tal julgado determinou a necessidade da separação das funções de acusar e julgar como decorrência do processo penal acusatório, afirmando a importância de respeito à formação da convicção do acusador público, especialmente na fase pré-processual de investigação preliminar.

9 “Como é curial, o fato de ser o Ministério Público o titular da persecução penal não impede o controle jurisdicional da instauração de procedimento formal de investigação por atipicidade do fato objeto do inquérito. São inúmeros os casos em que o Supremo Tribunal Federal não apenas reconhece a possibilidade de trancamento de inquérito por atipicidade do fato, mas também o determina, até mesmo, de ofício (v.g., HC n.º 83.166/MG, Segunda Turma, da relatoria do Ministro Nelson Jobim, DJ 12/3/04; HC n.º 71.466/DF, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Celso de Mello, DJ de 19/12/94; HC n.º 83.233/RJ, Segunda Turma, da relatoria do Ministro Nelson Jobim, DJ de 19/3/04; RE n.º 467.923/DF, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, DJ de 4/8/06; e RE n.º 459.024/PR, decisão monocrática, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 15/2/07).”

10 “O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público.”

11 “O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionalíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados. Precedentes (RHC n.º 96.713, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010; HC n.º 103.725, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010; HC n.º 106.314, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011; RHC n.º 100.961, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010).”

Igualmente nesse diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.414, julgada em 31 de maio de 2012, relatada em plenário pelo Ministro Luiz Fux, trata do questionamento acerca da constitucionalidade de Lei estadual de Alagoas que criou varas especializadas em delitos praticados por organizações criminosas. Em que pese os diversos pontos analisados pelo STF, atenta-se aqui aos apontamentos acerca do tema do presente estudo. Conforme o julgado, o conceito da acusatoriedade é “equivoco na doutrina brasileira”, mas seus contornos são imposição constitucional com base no artigo 129, inciso I e da norma do *due process of law* (art. 5º, LIV)¹². Assim, a decisão afirma que “a separação entre as funções de acusar, defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal”, utilizando-se, para tanto, da doutrina de Luigi Ferrajoli¹³. A referida legislação impugnada determina que “as atividades jurisdicionais desempenhadas pela 17ª Vara Criminal da Capital compreendem aquelas que sejam anteriores ou concomitantes à instrução prévia, as da instrução processual e as de julgamento dos acusados por crime organizado”. Ou seja, autoriza-se o Judiciário a atuar durante e, inclusive, antes da investigação preliminar. Aqui, o STF se posicionou por dar interpretação ao texto conforme à Constituição, assentando que a referida vara “tem legitimidade para exercer jurisdição durante ou mesmo anteriormente à instrução preliminar, desde que sua atuação se justifique para salvaguardar os direitos daqueles afetados pelos atos de investigação”¹⁴.

12 “O conceito de sistema acusatório é equivoco na doutrina brasileira. Sabe-se que sistema, na clássica definição de Canaris, é um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível que tem por fundamento um princípio ou pequeno conjunto de princípios que impede(m) a dispersão de seus elementos numa multiplicidade de valores singulares desconexos (CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. *passim*). O princípio fundante do sistema ora analisado, a toda evidência, é o princípio acusatório, norma decorrente do *due process of law* (art. 5o, LIV, CRFB) e prevista de forma marcante no art. 129, I, da CRFB, o qual exige que o processo penal seja marcado pela clara divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, considerando-se o réu como sujeito, e não como objeto da persecução penal.”

13 “A separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal (Art. 129, I, CRFB), tornando a atuação do Judiciário na fase pré-processual somente admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados (FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal. 3a ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567).”

14 “Fica claro, diante dessas premissas, que o magistrado só deve atuar na fase pré-processual assumindo a função de “juiz de garantias”, de modo a proteger os direitos fundamentais dos investigados, sob pena de assumir a feição de acusador. Na etapa administrativa da persecução penal, o indivíduo pode se ver manietado em sua locomoção ou sofrer restrição em seu patrimônio, motivo pelo qual não se pode afastar a atividade jurisdicional, que se encarregará de analisar a juridicidade das cautelares pessoais e reais.”

Já no Habeas Corpus n.º109.713, do dia 19 de fevereiro de 2013, julgado pela Primeira Turma do STF, com relatoria da ministra Rosa Weber, discutiu-se a impetração do remédio constitucional em substituição ao Recurso Ordinário Constitucional, assentando sua inadmissibilidade. Sobre a temática aqui em esboço, a decisão afirma, em resposta à tese defensiva de violação às regras do sistema acusatório em razão de oitiva de testemunhas arroladas de ofício pelo julgador, que tal modelo “não pressupõe magistrado como mero expectador estático no curso do processo penal, admitindo-se, ainda que excepcionalmente, a iniciativa probatória *ex officio*”¹⁵. Por certo, trata-se de afirmação problematizável, nos termos dos aportes teóricos que serão analisados neste estudo.

Posteriormente, no Habeas Corpus n.º 108.527, de 14 de maio de 2013, relatado na Segunda Turma do STF pelo ministro Gilmar Mendes, assentou-se que a regra do artigo 456 do CPP – a qual determina o prazo de 10 dias para a análise dos autos do processo pelo advogado constituído em caso de ausência de defensor sem motivo legítimo à julgamento pelo Tribunal do Júri – deve ser analisada com ponderação ao caso concreto, de modo a considerar seus aspectos formal e material, no respeito ao princípio da paridade de armas e à isonomia entre as partes. Conforme o julgado, trata-se de decorrência do respeito à ampla defesa, em harmonia ao sistema processual penal acusatório¹⁶. Na situação descrita, a análise do processo pelo defensor público nomeado se limitou a apenas quatro dos vinte e seis volumes, em razão da impossibilidade física e temporal, já que o prazo imposto foi de doze dias. Assim, reconheceu-se a violação à plenitude de defesa do réu e a nulidade do julgamento. Esse julgado, portanto, além de reafirmar a imposição do respeito ao contraditório e à ampla defesa, eluci-

15 “A possibilidade de o magistrado ouvir outras testemunhas, consoante artigo 209, *caput*, do Código de Processo Penal (“O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”) é, segundo lição de NUCCI, “decorrência do princípio da verdade real, vigente no processo penal, além de ser, ainda, consequência do princípio do impulso oficial” (Código de Processo Penal Comentado. 10a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 495). O sentido conferido à locução, verdade material, neste contexto, não é no sentido de pretender a busca de uma verdade absoluta ou ontológica, e sim com vistas a explicitar a limitação de disponibilidade probatória das partes no processo penal, em face da indisponibilidade da *res judicanda*, a exigir, assim, uma verdade não integralmente dependente da influência que, através de seu comportamento processual, as partes queiram sobre ela exercer (DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 193-195).”

16 “Decorre do princípio da ampla defesa a necessidade de um justo equilíbrio entre as partes envolvidas em processo judicial ou administrativo. Esse equilíbrio (ou princípio da paridade de armas) está devidamente em harmonia com o sistema processual penal acusatório instituído pela Constituição Federal de 1988.”

dou a importância da paridade de armas, do tratamento isonômico entre defesa e acusação como essencial ao sistema acusatório¹⁷.

Já o Habeas Corpus n.º 115.015, julgado pela Segunda Turma do STF em 27 de agosto de 2013, com relatoria do Ministro Teori Zavascki, examinou caso de suposto crime contra a ordem tributária em que houve requisição de indiciamento pelo julgador após o início do processo com o recebimento da denúncia. Conforme a decisão, o ato de indiciamento se trata de formalização da convicção da autoridade policial no decorrer da investigação preliminar, afirmando que os indícios colhidos indicam a autoria do suposto crime¹⁸. Nesse sentido, inclusive, cita-se o parágrafo 6º do artigo 2º da Lei n.º 12.830/2013 (que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia), o qual solidifica como privativo do delegado de polícia o ato de indiciamento, que deve ser necessariamente fundamentado. Assim, além de incompatível ao momento processual em questão¹⁹, a referida requisição é conflitante ao sistema acusatório, que “contemplado em nosso ordenamento jurídico, impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura tipicamente inerente à função investigatória”²⁰. Em 21 de maio de 2014, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.104/DF, o plenário do STF deferiu por maioria, sob relatoria do Ministro Roberto Barroso, a suspensão do art. 8º da Resolução n.º 23.396 de 17 de dezembro de 2013 do Tribunal Superior Eleitoral, que definia: “o inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante”. Conforme a

17 “A isonomia entre as partes deve ser vista tanto pelo aspecto formal, como pelo material, já que não basta a mera aplicação das regras inseridas na legislação processual penal sem sua ponderação com o caso concreto. Deve o magistrado conduzir o julgamento de modo que as partes, sempre, disponham de idênticas “armas” para acusar e/ou defender.”

18 “Não obstante a legislação processual penal seja silente a respeito, a doutrina penal define o indiciamento como sendo o ato de formalização da convicção, por parte da autoridade policial, que os elementos indiciários até então colhidos na investigação indiquem ser uma pessoa autora do crime.”

19 “Ressalte-se, ainda, que a decisão de recebimento da denúncia faz com que o então suspeito deixe de ser objeto das investigações e passe a figurar como réu na ação penal, o que demonstra a incompatibilidade entre o ato de recebimento da denúncia, que já pressupõe a existência de indícios mínimos de autoria, e a posterior determinação de indiciamento, ato que atribui a alguém no curso do inquérito a suposta autoria delitiva e que visa a subsidiar o oferecimento da peça acusatória.”

20 “Ao impor à autoridade responsável pelas investigações quem ela deve considerar como autor do crime, o órgão Judiciário se sobrepe, em tese, as suas conclusões, sendo essa, a toda evidência, atribuição estranha à atividade jurisdicional e que não se coaduna com o sistema acusatório imposto pela Constituição de 1988.”

decisão, tal dispositivo implementava um indevido controle judicial prévio sobre a condução das investigações, o que acarretaria violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. Ao reconhecer que “a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório”, o Tribunal afirmou que se impõe uma separação rígida entre as tarefas de investigar/acusar e a função de julgar²¹. Importantes premissas foram assentadas nos itens 8 a 12 do voto relator, o qual, a partir de tal núcleo central do sistema acusatório, afirmou duas consequências “de especial significado constitucional”: 1) o juiz não pode exercer um papel ativo na fase de investigação e acusação; e, 2) em prol da paridade de armas entre acusação e defesa, “cabe às partes o ônus de desenvolverem seus argumentos à luz do material probatório disponível”. Assim, conclui: “ainda que o legislador disponha de alguma liberdade de conformação na matéria, inclusive para tratar de contextos específicos como o da Justiça Eleitoral, não é válido que esvazie a opção do constituinte e crie para o juiz um poder genérico de direção dessa fase pré-processual”.

Por fim, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 120.379, julgado pela primeira turma do STF em 16 de agosto de 2014, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, assentou por maioria que, em discutida matéria sobre o tema da correlação entre acusação e sentença, o julgador determina o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes no relatório policial após a manifestação do órgão acusador. Conforme o julgado, “o sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação do *opinio delicti*, separando a função de acusar daquela de julgar”²².

21 “A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.”

22 Conforme o voto do relator: “Houve flagrante violação do princípio acusatório, pelo qual o Ministério Público é o autor da ação penal e detentor da *opinio delicti*. Ao determinar o aditamento da denúncia o Juízo adentrou na esfera própria e exclusiva da acusação. É dever do Ministério Público, diante da conclusão de investigação criminal, emitir a *opinio delicti*, seja oferecendo denúncia, determinando a continuidade das diligências ou manifestando-se sobre o arquivamento formal ou material dos autos.”

3. Aprofundamentos acerca da acusatoriedade no processo penal democrático: o desvelamento do núcleo fundante diferenciador na dicotomia dos sistemas processuais

Após a exposição dos julgados acerca do “sistema acusatório” no processo penal conforme a visão adotada pelo Supremo Tribunal Federal no período entre 2010 e 2014, este tópico desenvolverá o arcabouço teórico apto a estruturar estudo crítico de tal posicionamento. Para tanto, inicialmente apresentar-se-á breve revisão histórica sobre os sistemas processuais, a qual assentará as bases comumente utilizadas pela doutrina pátria no exame do tema. Posteriormente, aprofundar-se-á a análise a partir das discussões e controvérsias expostas pela doutrina brasileira, o que fomentará a solidificação das críticas apontadas.

3.1. Breve introdução histórica: a descrição clássica da dicotomia acusatório/inquisitivo

Geralmente, o estudo dos sistemas processuais penais inicia-se a partir de análises de cunho histórico, descrevendo-se as características dos modelos de justiça criminal da antiguidade até os tempos atuais. Aqui, contudo, não se pretende empreender retrospectiva histórica pseudo-linear, a qual caracteriza motivo de acertada crítica doutrinária²³. Portanto, desde já importante frisar a inexistência de linearidade no desenvolvimento dos modelos descritos: realizar-se-á breve revisão bibliográfica acerca das considerações históricas avaliadas pertinentes dentre aquelas comumente apontadas pela doutrina, almejando posteriormente problematizar os conceitos “acusatório” e “inquisitivo”²⁴. Nesse diapasão, com o objetivo de traçar as características dos sistemas processuais penais como “arquétipi-

23 “O fenômeno dos sistemas processuais, é de bom alvitre frisar, não pode se resumir a uma compilação de textos históricos, investigados no presente, tentando-se atribuir um fio de sentido a perpassa-los. De forma amíúde os juristas procuram enfrentar uma ‘evolução’ histórica, oferecendo uma pretensa continuidade justamente onde esta não pode ser encontrada.” (GLOECKNER, 2013, p. 133).

24 Importante esclarecer que os termos “inquisitivo”, “inquisitório” e “inquisitorial” serão utilizados indistintamente durante este trabalho. Embora parte da doutrina realize distinção entre inquisitório (ao acusatório e ao misto) e inquisitorial (em oposição ao adversarial), discorda-se da suposta dicotomização da classificação dos sistemas processuais. Ilustrativamente, já que não sustentada neste trabalho, ver para uma tentativa de distinção entre tais denominações: ZILLI, 2003, p. 36, nota 07.

pos históricos”²⁵, costuma-se descrever espaços temporais de surgimento e prevalência de cada modelo, algumas vezes notando-se a possibilidade de coexistência simultânea, mas, geralmente, apontando-se características opostas em seus contornos²⁶.

A doutrina processual penal majoritária afirma que, na antiguidade²⁷, teria surgido o *sistema acusatório*, o qual figurou como predominante nos cenários jurídicos grego e romano²⁸. Em regra, são apontadas as seguintes características: separação de funções entre acusador e julgador, oralidade, publicidade, presunção de inocência, prisão cautelar como exceção, juiz passivo e contraditório²⁹. Também se afirma que, em geral, o julgamento se realizava em tribunais populares, a partir do sistema de valoração de provas com base na íntima convicção, sem a necessidade de motivação³⁰.

Posteriormente, com a ascensão do regramento adotado pelo direito canônico e a necessidade de fortalecimento do poder estatal na fase de decadência do império romano³¹, aponta-se a disseminação do *sistema inquisitivo*³², inicialmente em casos excepcionais³³, com seu triunfo e popularização no período da Idade Média em meio à Inquisição Católica³⁴. Tal

25 FAIREN GUILLEN, 1970, p. 230, tradução livre.

26 PACELLI, 2012, pp. 9-13; FERRAJOLI, 2014, pp. 519-520.

27 Em análise mais detalhada dos sistemas processuais na antiguidade, ver: PRADO, 2006, pp. 69-78.

28 “O sistema acusatório, com essas características históricas, vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. Somente no século XII entrou em declínio, passando a vigorar o processo inquisitivo.” (BADARÓ, 2013, p. 27). Assim, também: CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 93; FERRAJOLI, 2014, p. 520. De modo diferente, conforme Clara Roman Borges, o sistema acusatório foi “concebido também na Idade Média com a criação do Tribunal do Juri na Inglaterra”. (BORGES, 2013, p. 149).

29 Nesses termos, em geral: BADARÓ, 2013, p. 26; ARMENTA DEU, 2012, p. 22; LOPES JR., 2012, pp. 117-118; PRADO, 2006, p. 75; ILLUMINATI, 2008, pp. 138-139; GLOECKNER, 2013, pp. 147-148.

30 BADARÓ, 2013, p. 27.

31 “Resumindo, o processo inquisitivo se desenvolveu juntamente à aparição do Estado e da necessidade de fortalecer a segurança jurídica e a eficácia da justiça penal, em que a pena não satisfará interesses particulares de vingança, mas sim dissuasórios ou em caso de reabilitação, resultando determinante em qualquer caso não deixar à discricionariedade privada o exercício da ação e com ela a persecução dos delitos.” (ARMENTA DEU, 2012, p. 24, tradução livre). Assim, também: BACHMAIER WINTER, 2008, p. 16.

32 Sobre suas características detalhadas e percurso histórico de afirmação, ver: SILVEIRA FILHO, 2013, pp. 28-52.

33 CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 93; ILLUMINATI, 2008, p. 140; FERRAJOLI, 2014, p. 521.

34 “Esta evolução veio a culminar, por influência do estabelecimento da Inquisição em Portugal (1536) e da sua forma própria de processo, nas Ordenações Filipinas, que, relativamente aos crimes mais graves, mandavam seguir a ‘ordem natural do juízo’, sem outra preocupação que não fosse a de alcançar a certeza do delito, a identificação do agente e a sua confissão.” (DIAS, 2004, p. 64). Sobre a origem da Inquisição e sua delimitação temporal, ver: BOFF, 1993, pp. 13-14; THUMS, 2006, pp. 201-230.

cenário é descrito por Nicolau Eymerich em seu Manual dos Inquisidores, que relata o processo canônico de combate à heresia³⁵, ressaltando o poder do juiz inquisidor ao atuar como parte, investigador, diretor, acusador e julgador³⁶. Assim, majoritariamente sustenta-se que suas características são: concentração das funções de acusar e julgar, juiz ativo e inquisidor, inexistência de contraditório, segredo, escrito, prisão do acusado durante o processo, que era tido como objeto das investigações, e a busca da verdade real³⁷. Desse modo, desenvolveu-se um sistema estruturado de imposição do poder punitivo estatal³⁸, que, por meio de uma pretensa racionalização da valoração probatória³⁹, consolidou a confissão obtida por meio de tortura como rainha das provas⁴⁰.

Conforme a descrição apresentada pela doutrina processual penal, a suposta superação de tal modelo se deu a partir do surgimento do Código de Processo Penal francês de 1808⁴¹, que inaugurou o intitulado *sistema misto*⁴². Trata-se do Código Napoleônico, que “se traduzia numa mescla entre os sistemas inquisitório e acusatório”⁴³, prevendo uma fase anterior de caráter inquisitivo – que ocorre sem a mediação dos sujeitos processuais e almeja a busca de elementos para informar o Estado e embasar a futura acusação – e, posteriormente, uma etapa processual acusatória⁴⁴, com a devida repartição das funções, publicidade, oralidade e efetivação do contraditório⁴⁵.

35 EYMERICH, 1993, pp. 113-209.

36 KHALED JR., 2010, p. 295.

37 Assim, em termos gerais: BADARÓ, 2013, p. 28; LOPES JR., 2012, pp. 121-122; DIAS, 2004, p. 62.

38 “Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece.” (COUTINHO, 2001, p. 18).

39 BACHMAIER WINTER, 2008, p. 19.

40 Em profunda análise histórica acerca da tortura empreendida na justiça criminal no período entre os séculos XVI e XVIII, ver: SABADELL, 2006. Sustentando que a tortura também ocorria no processo acusatório inglês: VOGLER, 2008, p. 183. Contudo, Jacinto Coutinho esclarece: “A inquisição, enfim, não inventou a tortura, mas o meio quase perfeito para justifica-la: os mecanismos do sistema inquisitório” (COUTINHO, 2001, p. 30). Em análises históricas acerca da tortura no processo penal, ver: LANGBEIN, 1977; DAMAŠKA, 1978.

41 Antes disso, aponta-se que com a Revolução Francesa houve uma opção pelo retorno ao modelo acusatório, especialmente a partir da valorização do julgamento popular pelo Tribunal do Júri, o que, entretanto, não prolongou por muito tempo. Ver: CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 94; FERRAJOLI, 2014, p. 521.

42 BADARÓ, 2013, p. 29; ARMENTA DEU, 2012, p. 25; SILVEIRA FILHO, 2013, pp. 52-60.

43 BORGES, 2013, p. 149.

44 FERRAJOLI, 2014, pp. 521-522; FAIREN GUILLEN, 1970, p. 237.

45 CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 85.

3.2. O sistema acusatório imposto pela Constituição brasileira de 1988 e as controvérsias acerca de suas consequências

Embora a imposição normativa prevista na Constituição brasileira – a qual estrutura um modelo com feições quase que pacificamente descritas pela doutrina como aderentes a um sistema acusatório⁴⁶ –, os contornos das consequências dessa opção são conflitantes nos estudos pátrios. Majoritariamente, sustenta-se que a acusatoriedade se caracteriza pela separação formal entre as funções de acusar, julgar e defender, que devem ser atribuídas a órgãos distintos⁴⁷. Conforme Ada Grinover, três são os corolários de tal afirmação: 1) em regra, os atos praticados em investigação preliminar não podem ser considerados provas; 2) a jurisdição não pode ser iniciada de ofício; e, 3) o processo deve transcorrer em contraditório pleno diante de juiz natural⁴⁸. Entretanto, tal corrente doutrinária afasta a proibição de iniciativa probatória ao julgador, aceitando tal atuação subsidiariamente, sem acarretar qualquer violação à imparcialidade do juiz⁴⁹. Em âmbito estrangeiro, posição semelhante é descrita por Figueiredo Dias ao denominar a estrutura do processo português como “basicamente acusatória, integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial”⁵⁰, pois, conforme o autor, embora caracterize-se pela inexistência de partes, afasta-se por completo a rotulação total ou parcialmente inquisitória⁵¹.

Por outro lado, intensos são os questionamentos a essa construção clássica, os quais partem da necessidade de busca de um princípio reitor do sistema processual, inviabilizando a descrição de um modelo misto em

46 MARINHO MARQUES, 2009, p. 148; RANGEL, 2008, p. 51; BADARÓ, 2013, p. 30.

47 BADARÓ, 2003, pp. 102-109; GRINOVER, 2000, p. 78.

48 GRINOVER, 2000, p. 78.

49 BADARÓ, 2008, pp. 38-39; GRINOVER, 2000, pp. 78-81.

50 DIAS, 2011, p. 14; DIAS, 2004, p. 71. De modo semelhante, se referindo ao processo penal brasileiro como “acusatório com laivos de inquisitivo”: TOURINHO FILHO, 2012, p. 118.

51 “Tudo quanto fica apontado servirá para convencer que a estrutura fundamental do processo penal português é, tipicamente e em princípio, a de um processo sem partes. Do nosso ponto de vista porém, e como já atrás pusemos suficientemente em relevo, grave erro cometeria quem se servisse dessa conclusão para aparentar o nosso processo penal com as notas constitutivas de um modelo inquisitório, ou mesmo com as de um modelo misto que comungasse de notas acusatórias e inquisitórias. O nosso processo penal é basicamente acusatório e simplesmente integrado por um princípio de investigação; tanto a conformação dinâmica que possui como a dialéctica própria que nele vive o afastam por completo de uma estrutura processual total ou parcialmente inquisitória.” (DIAS, 2004, p. 254).

sua essência⁵². A partir da percepção de que, em verdade, tratam-se de produtos culturais, e não fenômenos da natureza, configura-se a imprescindibilidade da determinação de um núcleo fundante como opção teórica para o enfrentamento do tema⁵³. Contudo, não se trata de um regresso à pretensão de esquematização de modelos puros⁵⁴, mas o desvelamento da falácia do denominado sistema misto, que, em seus termos, oculta sua real propensão inquisitiva, a qual resta clarificada com a determinação do seu núcleo⁵⁵.

Conforme a doutrina que questiona a referida visão clássica, com base no reconhecimento da função do processo penal de buscar a reconstituição de um fato histórico, afirma-se que o princípio reitor do sistema processual é determinado pelo regramento acerca da produção probatória⁵⁶, notadamente pela atuação dos atores do campo jurídico-penal que guiam o desenrolar da instrução a partir da iniciativa para sua formação⁵⁷. Portanto, o núcleo fundante para a diferenciação da dicotomia acusatório/inquisitivo seria a gestão da prova⁵⁸, de um lado restringindo-se tal poder às partes e solidificando-se o papel de espectador do julgador, e de outro depositando nas mãos do juiz (ator/inquisidor) a gestão do lastro probatório, o que autoriza a sua iniciativa para produção dos elementos que fundamentarão sua futura decisão⁵⁹. Desse modo, não existe a possibilidade de um núcleo

52 CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 86.

53 GLOECKNER, 2013, p. 140.

54 "Não se trata de argumentar pela consolidação de um 'sistema puro', mas de fixar um núcleo que permita qualificar um processo penal como democrático, isto é, um sistema penal construído a partir do princípio acusatório, a considerar, como disse Rui Cunha Martins, que a acusatoriedade é o modo instrumental de garantir a democraticidade do sistema." (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 69). Nesse sentido, também: GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 340. Além disso, ver: MARTINS, 2011, pp. 92-96.

55 COUTINHO, 2001a, pp. 17-18.

56 LOPES JR., 2012, p. 134; COUTINHO, 2001a; p. 28.

57 Ressaltando a insuficiência de outros critérios distintivos, Giulio Illuminati aponta: "É preciso destacar neste ponto que a ausência de acusação privada e a consequente iniciativa do processo de ofício pelo juiz já não vão constituir elemento que caracterize o sistema. O exercício da ação vem atribuído a um órgão distinto do juiz – o ministério público – sem que isso por si só exclua que se trate de um processo de tipo inquisitivo. Mais adequadamente começa a surgir o significado mais atual da antítese, representado pelo modo de prática da prova." (ILLUMINATI, 2008, p. 141, tradução livre).

58 COUTINHO, 2001a, p. 28; COUTINHO, 2001b, p. 24; COUTINHO, 2010, p. 27; LOPES JR., 2012, p. 134; SILVEIRA FILHO, 2013, p. 11; GLOECKNER, 2013, p. 177; CARVALHO, 2010, p. 87-88; ROSA, 2014, p. 51; MELCHIOR, 2013, p. 142.

59 "Aqui entra a questão da gestão da prova como expressão estrutural do princípio unificador. A análise da gestão da prova é o que permite identificar um processo penal de partes, tanto do ponto de vista estático/formal quanto do ponto de vista dinâmico/material. A depender de quem exerça a gestão da prova, o

fundante misto⁶⁰; há, na verdade, modelos com traços de ambos sistemas, mas que se regem por um determinado princípio reitor, seja acusatório ou inquisitivo, conforme o critério da gestão da prova⁶¹. Tal hipotético sistema misto seria caracterizado pela existência de duas fases, uma investigatória preliminar inquisitiva e outra processual acusatória, em regra denominada júízo oral⁶². Entretanto, é exatamente aí que reside o ponto ensejador de diversas críticas, ao passo que a primeira etapa determinaria todo o desenvolvimento do processo, ou seja, configura-se um “simulacro de processo acusatório”⁶³, um “monstro de duas cabeças” em que a segunda etapa se torna “mera repetição ou encenação da primeira fase”⁶⁴.

Por certo, a questão de maior controvérsia no debate doutrinário brasileiro acerca dos sistemas processuais penais é a possibilidade de iniciativa probatória do julgador e sua relação com a configuração do sistema acusatório. Conforme o posicionamento aqui intitulado clássico, os poderes instrutórios conferidos ao juiz não se relacionam com a essência do modelo processual⁶⁵, mas com o caráter público e com a função social do processo⁶⁶. Justificada por uma pretensa busca pela verdade que permitiria uma

princípio unificador será inquisitivo (gestão das provas nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão das provas nas mãos das partes).” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 69). Também nesse sentido: LOPES JR., 2012, pp. 134-136; COUTINHO, 2001a, pp. 28-29. Sobre as perspectivas estática e dinâmica, ver: PRADO, 2006, pp. 102-153.

60 “A ausência de um princípio unificador que seja capaz de reger os componentes do sistema permite concluir que o chamado sistema misto é uma falácia do ponto de vista de uma teoria dos sistemas.” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 84). Assim, também: GLOECKNER, 2013, p. 142; THUMS, 2006, p. 213.

61 “O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjunção dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório.” (COUTINHO, 2001b, pp. 17-18). Nesse sentido, ver: GLOECKNER, 2013, pp. 176-177.

62 FERRAJOLI, 2014, p. 521.

63 ILLUMINATI, 2008, p. 145.

64 FERRAJOLI, 2014, pp. 521-522. Nesse sentido, também: BOVINO, 1998, p. 06.

65 “(...) havendo separação de funções, sendo a acusação conferida a uma pessoa distinta do julgador, que terá a missão exclusiva de julgar, sendo-lhe vedado exercer conjuntamente a acusação, ter ou não este juiz poderes instrutórios é algo que não diz respeito com a essência do sistema.” (BADARÓ, 2003, pp. 112-113). Assim também em: BADARÓ, 2008, pp. 38-39. Conforme Marcos Zilli: “(...) não haveria qualquer incompatibilidade no estabelecimento de poderes instrutórios ao juiz em uma forma processual penal que se adequasse ao padrão acusatório, desde que as atividades de acusar e julgar permanecessem em mãos distintas. Em suma: o enfrentamento da questão não passaria pela análise detida das características inerentes ao sistema acusatório.” (ZILLI, 2003, p. 26).

66 GRINOVER, 2000, pp. 79-80.

postura ativa do julgador⁶⁷, tal autorização não violaria a imparcialidade decisória⁶⁸, sendo limitada a casos subsidiários⁶⁹. Entretanto, pensa-se que esses argumentos são problematizáveis⁷⁰: por um lado, o caráter público do processo penal não legitima a atuação instrutória do juiz, ao passo que tal justificativa era adequada em um modelo em que a acusação fosse de iniciativa privada, mas não com um órgão oficial (Ministério Público) encarregado de realizar a persecução penal e legitimado a resguardar os interesses públicos⁷¹, além de que, conforme Alberto Bovino, tal caráter não afasta o interesse acusatório na iniciativa probatória persecutória⁷². Além disso, a pretensa busca pela verdade autorizadora da ação ativa para fundamentação da decisão penal é criticada e restringida em um processo penal democrático, não tendo o condão de corroborar essa usurpação da atividade pelo julgador⁷³.

67 "(...) independentemente de provocação das partes, movido pela necessidade de descobrir a verdade, o juiz pode determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, portanto, durante o andamento da ação penal, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante." (BARROS, 2013, p. 164).

68 GRINOVER, 2000, p. 81; BADARÓ, 2003, p. 119; ARMENTA DEU, 2012, p. 50; ZILLI, 2003, pp. 143-145.

69 "Partindo da distinção entre fontes de provas e meios de prova, percebe-se, facilmente, que perigo para a imparcialidade está no juiz que é um pesquisador, um 'buscador' de fontes de provas. Já o juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova, como a informação de que uma certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova necessário – o testemunho – para incorporar ao processo as informações contidas na fonte de prova, não está comprometido com uma hipótese prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade." (BADARÓ, 2003, pp. 119-120). Sustentando a legitimação do poder instrutório do julgador em uma suposta limitação pelas regras do devido processo penal: ZILLI, 2003, pp. 133-134.

70 "Pela análise que se propõem os defensores de um sistema acusatório (ou inquisitório) reformado, não é difícil perceber que as degenerações permitidas pela amplitude de tais poderes instrutórios têm o mesmo efeito de sedante psíquico da posição assumida pelo inquisidor nos sistemas inquisitivos maximizados." (GLOECKNER, 2013, p. 182).

71 THUMS, 2006, p. 252.

72 "As faculdades inquisitivas reconhecidas aos juízes costumam ser justificadas apelando à existência de interesse público na persecução dos fatos puníveis – e à sua consequência natural, o princípio da legalidade processual –. Entretanto, o caráter público desse interesse não exclui, nem pode excluir, o caráter interessado da persecução penal. O interesse persecutório, por outro lado, se opõe ao interesse do imputado em resistir a persecução, ou seja, em defender-se da imputação formulada contra ele." (BOVINO, 2005, p. 47, tradução livre).

73 "No sistema inquisitório, nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real, em que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação 'detentor da verdade de um crime', e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extrai-la a qualquer custo. Recordemos que a intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter 'absoluto'." (LOPES JR., 2012, p. 136). Sobre isso, ver: KHALED JR., 2013; MOREIRA, 2005, pp. 66-67.

Outro motivo para a referida permissão ao juiz é uma suposta tentativa de equilíbrio entre as partes, visando à igualdade de armas⁷⁴, o que, em regra, une-se à crença de que a prova produzida pode beneficiar o acusado, pois não se saberia o seu resultado no momento da proposição⁷⁵. Por certo, não se pode concordar com esses argumentos: na dúvida, deveria vigorar o *in dubio pro reo*⁷⁶, o que atesta o caráter inevitavelmente prejudicial ao acusado da iniciativa judicial, de modo que o desejo de agir do juiz resta contaminado⁷⁷. Nesse sentido, também não se pode limitar a busca probatória pelo julgador a elementos que somente favoreçam o acusado⁷⁸, pois, conforme Ricardo Gloeckner, aqui também deveria ter se colocado anteriormente a absolvição do acusado em razão da dúvida, ou seja, tal argumento ingenuamente legítima a opção autoritária⁷⁹. Embora não se possa negar a tendência normativa internacional em favor da autorização da postura ativa do julgador⁸⁰ e, até certo ponto, uma preferência contemporânea nesse sentido⁸¹, conclui-se pela imprescindibilidade do afastamento do juiz da disputa entre as partes, o que proíbe sua iniciativa probatória, ainda que subsidiária, visto que tal autorização, mesmo que limitada, abre brechas para potencialidades autoritárias e violações à imparcialidade da decisão⁸². Ou seja, embora aqui tenha-se como cristalina a incompatibilidade da produção de provas pelo julgador em um processo penal democrático, àqueles que restam em dúvida em relação à potencialidade violadora de tal autori-

74 GRINOVER, 2000, p. 81.

75 BADARÓ, 2003, p. 120; GRINOVER, 2000, p. 81; ZILLI, 2003, p. 151.

76 MARINHO MARQUES, 2009, p. 149.

77 “Ora, não importa se o juiz sabe (tem a consciência) de que parte processual a sua atuação ativa irá beneficiar ou o que resultará de sua iniciativa (objeto extraído); o importante é o que antecede este momento, o que precede e prescinde ao seu discurso, qual seja o desejo que move o ato de se comportar ativamente. Isto é particularmente problemático na contemporaneidade, a teor do que esta investigação tem demonstrado quanto à postura tendencialmente persecutória de alguns julgadores, desdobramento da *persona* de secretário de segurança pública incorporada.” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 75, nota 40). Sobre tal crítica, ver também: MELCHIOR, 2013, p. 162, notas 552 e 553.

78 Essa é a proposta de Rômulo Andrade, aceitar excepcionalmente a iniciativa judicial probatória quando provar a inocência do acusado (MOREIRA, 2005, p. 68).

79 GLOECKNER, 2013, p. 175.

80 ILLUMINATI, 2008, p. 157.

81 Sobre os motivos de tal preferência, ver: GLOECKNER, 2013, pp. 187-190.

82 THUMS, 2006, p. 240. Aqui impõe-se comparação com o período em que o processo romano ordinário era acusatório, mas admitindo-se certas exceções em que o juiz poderia iniciá-lo de ofício. Conforme Giulio Illuminati, progressivamente tais poderes foram sendo ampliados em razão de tal espaço de abertura. (ILLUMINATI, 2008, p. 140)

zação, dever-se-ia impor a seguinte conclusão: na dúvida, tanto em relação a um caso concreto, quanto em face a uma construção doutrinária, deve-se escolher a opção que limite o poder estatal.

Ainda nessa discussão, há quem, embora critique tal poder instrutório ao julgador, preveja exceção ao autorizar que ele realize perguntas durante um interrogatório ou um depoimento de testemunha⁸³. Essa possibilidade é aceita inclusive em ordenamentos jurídicos vistos como acusatórios (ou ao menos com essa pretensão), como os Estados Unidos e Itália, que apresentam previsão que possibilita a atividade do juiz no questionamento⁸⁴, além de que assim também dispõe o projeto de novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009)⁸⁵. Tal cenário é ainda mais proeminente para o fortalecimento do julgador na Alemanha, em que todo o poder instrutório nele se concentra, restando às partes a possibilidade de intervenções supletivas⁸⁶.

Para averiguar as consequências desse panorama, Bernd Schünemann desenvolveu pesquisa empírica com juízes e promotores, almejando determinar os benefícios ou prejuízos da postura ativa do julgador, na qual se concluiu que a possibilidade de questionamento às testemunhas aprimora o julgamento ao aumentar a atenção dispensada pelo juiz à produção da prova⁸⁷. Pensa-se, entretanto, que tal afirmação desfoca o cerne do problema, que, nesse caso, é a desatenção do julgador, o que deve ser resolvido por meio da mudança de postura dos atores do campo jurídico-penal. Ou seja, a possibilidade de questionamento não tem relação direta com a atenção dispensada pelo juiz, mas indireta, ao passo que acarreta, na verdade, sua intromissão na disputa das partes pelo convencimento na decisão. Além disso, pode-se dizer que a gestão das provas pelas partes é decorrência do modelo acusatório, pois nesse o juiz não tem contato com elementos investigatórios em momento anterior à produção probatória no juízo oral⁸⁸. Assim, o julgador não tem conhecimento dos fatos em discussão para ser capaz de guiar um interrogatório ou um depoimento de testemunha, por

83 MARINHO MARQUES, 2009, p. 151; ILLUMINATI, 2008, p. 157.

84 PIZZI; MONTAGNA, 2004, pp. 447-448.

85 MARINHO MARQUES, 2009, p. 151.

86 SCHÜNEMANN, 2013, p. 225.

87 SCHÜNEMANN, 2013, p. 212.

88 DAMAŠKA, 1997, pp. 850-851.

exemplo, pois quem tem o contato com o caso e com suas possíveis teses são as partes, que devem ficar encarregadas da produção de provas⁸⁹.

Ademais, outro argumento em favor da possibilidade de iniciativa probatória pelo julgador relaciona-se com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, apontado majoritariamente pela doutrina brasileira como reitor do sistema pátrio⁹⁰. Conforme descrito por Geraldo Prado, há quem sustente que, para assegurar a efetividade do referido preceito – o qual, em breves termos, impõe dever ao acusador público de propor a denúncia sempre que tiver informações suficientes do cometimento de um crime – deve-se possibilitar a atitude ativa do juiz, para suprir eventual deficiência na instrução do processo, já que não há como obrigar o representante do Ministério Público a produzir as provas necessárias⁹¹. Contudo, pensa-se que tal pretensa relação não se justifica, visto que, além dos possíveis questionamentos ao princípio da obrigatoriedade da ação⁹², a estruturação democrática da instituição do Ministério Público, cujos representantes devem pautar suas posturas em respeito à legalidade e ao interesse público, afasta qualquer ilusória pretensão de que eventual falha possa ser suprida pelo magistrado, já que tal controle deveria ser interno no âmbito do próprio órgão ministerial⁹³. Além disso, os riscos à imparcialidade do julgador trazidos pela autorização de sua atuação probatória no processo não justificam a ilusória busca pela concretização da obrigatoriedade⁹⁴.

89 Conforme pesquisa empírica desenvolvida acerca da eficácia dos sistemas inquisitivo e acusatório para a produção do lastro probatório que possibilite uma decisão adequada, concluiu-se que, em um cenário onde ambas partes têm acesso à informação (descrição que parece ser caracterizada com o inquérito policial brasileiro documentado), o processo de partes se mostrou apto (e até melhor que o inquisitorial) para o fornecimento de provas ao julgador (BLOCK; PARKER; VYBORNA; DUSEK, 2000, pp. 172-189).

90 JARDIM, 1998, pp. 92-99.

91 “O sistema do Código de Processo Penal pretende fechar as possibilidades de manipulação da obrigatoriedade da ação penal pública ao interditar ao Ministério Público a faculdade de desistir da ação penal proposta. O fechamento, porém, não seria eficaz se também não se pudesse contemplar a «obrigatoriedade» da produção da prova. Com efeito, em um regime jurídico de obrigatoriedade da ação penal pública, por consideração de uma «razão de estado», como será visto, o sistema do Código necessitou atribuir poderes de instrução ao juiz para compensar eventuais déficits na atuação probatória do Ministério Público.” (PRADO, 2014, p. 22).

92 Em crítica ao princípio da obrigatoriedade, ver por exemplo: BINDER, 2005, pp. 205-217.

93 Sobre a consolidação da instituição do Ministério Público no processo penal democrático, ver: JARDIM; AMORIM, 2013, p. 48; CARVALHO, 2009, p. 173.

94 Diversos são os autores que apontam o caráter ilusório da crença no princípio da obrigatoriedade diante da complexidade das cifras ocultas e dos mecanismos de seleção na justiça criminal. Ver, exemplificativamente: BOVINO, 2005, pp. 19-20.

4. Considerações Finais

A partir da análise empreendida acerca dos posicionamentos recentes do Supremo Tribunal Federal conclui-se que, na visão do julgador máximo brasileiro, os contornos do modelo acusatório estão intimamente relacionados com a efetivação do contraditório e da ampla defesa. Além disso, pode-se apontar que, nos termos expostos nas decisões referidas, o núcleo da acusatoriedade diz respeito à separação das funções de acusar, julgar e defender a atores diferentes do campo jurídico-penal⁹⁵. Contudo, percebe-se tendência restritiva a tal diretriz, limitando sua plena incidência somente à fase pré-processual da persecução penal, de investigação preliminar, em que se afirma cristalinamente a posição passiva do julgador na função de garante de direitos fundamentais. Assim, enfraquecendo a separação das funções de acusar e julgar, aceitou-se, inclusive, a iniciativa instrutória do julgador, em casos subsidiários, arrolando testemunhas de ofício e realizando questionamentos durante oitiva.

Desse modo, pode-se afirmar que tais julgados se pautaram pela busca de conformidade constitucional, consolidando o mandamento da implementação de um processo penal acusatório, em que o Ministério Público é o órgão oficial encarregado da acusação pública, dentro das regras do devido processo legal. Contudo, a relativização à separação das funções, que autoriza a atuação do julgador na formação do lastro probatório que irá embasar sua própria decisão posterior, deve ser questionada a partir dos apontamentos críticos desenvolvidos no segundo tópico do estudo.

Portanto, pensa-se que a concretização da acusatoriedade, base de um processo penal democrático constitucionalmente e convencionalmente orientado, carece da elucidação do núcleo fundante que determina a dicotomia acusatório/inquisitivo⁹⁶. Ou seja, a efetiva separação das funções de acusar e julgar, a qual é pressuposto para a imparcialidade do julgador⁹⁷,

95 Nesse sentido: "Em suma, o núcleo ou essência do modelo acusatório é a separação das funções de acusar, defender e julgar em sujeitos distintos, com partes em igualdade de condições e um juiz imparcial para julgar." (BADARÓ, 2003, p. 112).

96 Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, 2014, pp. 91-165.

97 Frisa-se que a imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação não há qualquer possibilidade de defesa efetiva. Conforme Antonio Melchior, a imparcialidade é "condição epistemológica estratégica à tomada de decisões num processo penal democrático (MELCHIOR, 2013, p. 165). Sobre imparcialidade do julgador e seus contornos contemporâneos ver: MAYA, 2011; GIACOMOLLI, 2014, pp. 231-256.

depende de sua realização material, além da previsão normativa/formal, o que impõe a caracterização de um julgador garante das regras do devido processo em respeito aos direitos fundamentais, afastado da arena de disputa entre as partes no jogo processual.

Referências Bibliográficas

- ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*. La justicia penal em Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio versus inquisitivo, Reflexiones acerca del proceso penal. In: BECHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- _____. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2013.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2013.
- BINDER, Alberto M.. Legalidad y oportunidad. In: BAIGÚN, David et al.. *Estudios sobre justicia penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. pp. 205-217.
- BLOCK, Michael K.; PARKER, Jeffery S.; VYBORNA, Olga; DUSEK, Libor. An experimental comparison of adversarial versus inquisitorial procedural regimes. In: *American Law and Economics Review*, v. 2, n. 1, pp. 170-194, 2000.
- BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir (prefácio). In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.
- BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, pp. 147-171, ano 21, set.-out./2013.
- BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998.
- _____. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

- CARVALHO, Luís Gustavo G. C.. *Processo Penal e Constituição*. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Vol. 1. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 01, p. 26-51, 2001a.
- _____. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Miranda (coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b.
- _____. *Temas de Direito Penal & Processo Penal*. (Por Prefácios Seleccionados). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DAMAŠKA, Mirjan. The death of legal torture. In: *The Yale Law Journal*, vol. 87, pp. 860-884, 1978.
- _____. The uncertain fate of evidentiary transplants: anglo-american and continental experiments. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, p. 839-852, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª edição. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.
- EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.
- FAIREN GUILLEN, Victor. La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (La conformidad del acusado). In: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 77-78, p. 125-164, jan./jun. 1970.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: RT, 2014.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. Abordagem conforme

- a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013.
- _____; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: Champagnat, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: BECHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____; AMORIM, Pierre Souto. *Direito Processual Penal*. Estudos e pareceres. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal Brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? In: *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 02, pp. 293-308, mai./ago. 2010.
- _____. *A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013
- LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- LANGBEIN, John. *Torture and Law of Proof*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. In: *Boletim Informativo IBRASPP*, São Paulo, ano 03, n. 05, pp. 34-36, 2013/02.
- MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 141-153, ano 46, jul.-set./2009.
- _____. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a duali-

- dade sem demarcá-la. In: *Boletim IBRASPP*, São Paulo, ano 3, n. 04, p. 15/17, 2013/01.
- MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito. The brazilian lessons*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção: da competência ao juiz das garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MELCHIOR, Antonio Pedro. *O Juiz e a Prova: o sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 17, pp. 63-76, jan./mar. 2005.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.
- PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. In: *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, pp. 429-466, 2004.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. In: *Revista dos Tribunais*, v. 842, pp. 413-435, 2005.
- SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissione. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais. Tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. 1. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. In: BECHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003.

Recebido em 25 de julho de 2015

Aceito em 11 de janeiro de 2016