



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITOS HUMANOS**

DENIZE FERNANDA BRUNO JARDIM

**A INICIATIVA INSTRUTÓRIA E A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO
JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA
DO DIREITO COMO INTEGRIDADE.**

Belém, PA
2015

DENIZE FERNANDA BRUNO JARDIM

**A INICIATIVA INSTRUTÓRIA E A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO
JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA
DO DIREITO COMO INTEGRIDADE.**

Dissertação submetida ao Programa de Pós
Graduação da Universidade Federal do Pará para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Alan de Melo
Gomes.

Belém, PA
2015

Dados Internacionais de Catalogação na publicação (CIP)
(Biblioteca do ICJ/UFPA)

Jardim, Denize Fernanda Bruno

A iniciativa instrutória e a formação do convencimento do juiz no sistema processual penal brasileiro à luz da teoria do direito como integridade / Denize Fernanda Bruno Jardim; Orientador, Marcus Alan de Melo Gomes. - 2015.

131 f. ; 29 cm

Inclui bibliografias

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós- Graduação em Direito, Belém, 2015.

1. Direito processual penal. 2. Sistema Penal – Processo. 3. Sistema acusatório. 4. Direito como integridade. 5. Convencimento do Juiz. I. Gomes, Marcus Alan de Melo, Orientador. II. Título.

CDD – 22 ed. 341

DENIZE FERNANDA BRUNO JARDIM

**A INICIATIVA INSTRUTÓRIA E A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO
JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA
DO DIREITO COMO INTEGRIDADE.**

Dissertação submetida ao Programa de Pós
Graduação da Universidade Federal do Pará para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

**Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes.
Orientador – UFPA/ICJ**

Membro: Prof. Dr. Ivanilson Paulo Corrêa Raiol (UNAMA)

Membro: Prof. Dr. Ana Claudia Bastos de Pinho (UFPA)

Belém, 14 de setembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

De todos os vícios metodológicos que o presente trabalho possa apresentar, peço vênia para cometer conscientemente o presente, pois não haveria como ser sucinta nos agradecimentos que tenho de fazer. Não há como agradecer à família, à vida, amigos e mestres em poucas linhas, diante de todo o auxílio e apoio que foram oferecidos ao longo desta jornada.

À minha família, obrigada por confiar em mim quando nem eu mesma confiava! Obrigada pelas palavras amigas, reconfortantes e duras, quando necessárias. Ao meu pai, pela paciência de ser meu eterno mestre e “grilinho falante”! Meu modelo mor no campo da razão! À minha mãe, obrigada por me estimular a tentar o mestrado e acreditar em mim! Meu modelo mor no campo da emoção! Às minhas irmãs, principalmente à Dani e à Deby, obrigada por serem minhas melhores amigas nessa vida, nesses 28 anos de aprendizado! Aos meus sobrinhos, peço desculpa pela falta de paciência e ausência nos momentos de estudo e agradeço os momentos de alegria! À minha vida, Uli, obrigada por me acompanhar ao longo desta e de diversas outras jornadas! Obrigada pelo sorriso amigo e pela presença em minhas batalhas! A todos, muito obrigada, pois se a academia muito me ensinou sobre o Direito, todos vocês muito me ensinaram e continuam a ensinar sobre a vida! Carinho, amizade, compreensão, tolerância e integridade são apenas algumas das riquezas que me foram dadas por essa família (e nisso estás incluída, vida), tão rica em valores, que o “Barbudinho” me deu! Amo todos vocês e dedico a todos essa vitória!

Aos meus amigos, obrigada pelo apoio! Às maninhas do moderno e às maninhas da UFPA! Aos companheiros de jornada, Fernandinho, Celina, Verena, Arruda e os demais, obrigada pelos momentos de reflexão e aprendizado e, (por que não?), risadas! Aprendi muito com todos, desde o compromisso com nossa CIÊNCIA, passando pela garra na defesa dos direitos humanos, até a humildade de tantos, que gigantes aos meus olhos, fizeram-se pequenos diante da academia e de todo o conhecimento que ela poderia nos oferecer. Admiro todos, principalmente pela humildade com que se apresentaram ao longo desses dois anos, considerando a bagagem que carregavam consigo!

À Universidade Federal do Pará e à CAPES, agradeço mais uma vez a oportunidade que me foi dada! Trago comigo enorme orgulho de ser fruto desta

instituição! Não sei ao certo se a aproveitei da forma devida, mas sei que cresci muito com a experiência, tanto como profissional quanto como pessoa, aprendendo que não importa quanto conhecimento se tenha, sempre é possível aprender mais, e este foi o maior ensinamento que meus mestres me passaram! Professores como Dra. Pastora, Dr. Maués e todos os demais, obrigada, acima de tudo, pelo exemplo de profissionais gabaritados e comprometidos com o ensino! Ao professor Raiol, obrigada por me permitir experimentar o sabor do magistério! À professora Dra. Ana Cláudia, obrigada por todo o auxílio prestado ao longo de meu mestrado! Certa vez alguém me ensinou que o mérito do auxílio é ainda maior quando não se tem obrigação de auxiliar, portanto só posso ser eternamente grata por todos os conselhos e empréstimos feitos. A senhora realmente foi minha “experiência do estranhamento” e me fez ver quanto radicalismo trazia comigo! Agradeço também às meninas da secretaria, que tanta ajuda nos deram.

Ao professor Dr. Marcus Alan de Melo Gomes, só posso repetir o que já disse há algum tempo atrás: obrigada por todo o apoio dado ao longo desse trabalho, pela paciência na orientação e com as deficiências apresentadas! Obrigada pela consideração de me orientar e pelo exemplo dado! Obrigada por me ensinar a ser mais humilde com minhas convicções e me fazer enxergar o Direito de modo mais crítico e menos arrogante! Obrigada por derrubar muitos dos dogmas que trazia comigo e por me fazer repensar tantas coisas em tão pouco tempo! Desculpe as injustiças e os erros! Repetindo o que lhe disse há cerca de cinco anos atrás, quando o senhor ainda me ajudava a graduar, espero ter feito um trabalho à altura de sua excelência e que meu nome junto a seu currículo seja motivo de orgulho num futuro próximo!

Agradeço a Deus, por ter me presenteado com uma família e vida tão maravilhosas e pacientes! Agradeço a Deus por me cercar de pessoas admiráveis e sempre dispostas a nos fazer progredir! Agradeço a Deus pela oportunidade dada de aprender cercada por gigantes, que me mostraram uma outra face do Direito, muito mais humanística e condizente com minhas crenças! Obrigada, Senhor, por tudo de bom que o Senhor já me proveu e peço ajuda para tornar esse título o mais útil possível na luta pelos direitos humanos.

“Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito.” (DWORKIN, 2005, p. 103).

RESUMO

O sistema processual penal brasileiro há muito é cercado de controvérsias e polêmicas, tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial. A incompatibilidade de ideologias entre o plano constitucional e o infraconstitucional dificulta a concretização do sistema acusatório, conformado pela Lei Maior através da proteção de inúmeros direitos e garantias fundamentais. Isso decorre, em parte, da concepção positivista ainda hoje predominante no Estado, que se mostra indiferente à discrepância substancial entre a Constituição e as normas de hierarquia inferior. Omitindo-se o legislador, cabe ao julgador adequar o Direito à teoria política do Estado. Desse modo, a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin surge como uma possível solução para a questão, permitindo que o processo penal seja permeado pelos ditames constitucionais e viabilizando a efetivação de direitos fundamentais do cidadão também no curso da persecução penal. A partir de referida teoria, artigos como o 155 e o 156 do código de processo penal devem ser revistos, o primeiro devendo ser reinterpretado à luz do modelo acusatório de processo e o segundo eliminado do ordenamento jurídico, por não encontrar amparo na moralidade política do país.

Palavras-chave: Sistema processual penal – sistema acusatório – Teoria do Direito como Integridade – convencimento do juiz - iniciativa instrutória.

ABSTRACT

The Brazilian criminal procedural system has long been surrounded by controversy and polemics, both in doctrinal field as jurisprudence. The incompatibility of ideologies between the constitutional plan and the infra hampers implementation of the adversarial system, conformed by Larger Law through the protection of numerous fundamental rights and guarantees. This stems, in part, of the positivist conception still prevalent today in the State, which is indifferent to the substantial discrepancy between the Constitution and norms of lower hierarchy. Omitting the legislator, it is up to the judge to adapt the Law to the political theory of the State. Thus, the theory of Integrity of Ronald Dworkin emerges as a possible solution to the issue, allowing to the criminal process be permeated by the constitutional dictates and enabling the implementation of fundamental rights of the citizen in the course of criminal persecution. From this theory, as the articles 155 and 156 of the code of criminal procedure should be revised, the first should be reinterpreted according to the accusatory model of process and the second eliminated from the legal system, because it does not find support in the country's political morality

Keywords: Criminal Procedural System – Adversarial System – Theory of Integrity - Judge convincement - Probative initiative.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	12
1.1 PRINCIPAIS TIPOS DE SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	12
1.1.1 O SISTEMA INQUISITÓRIO	12
1.1.2 O SISTEMA ACUSATÓRIO.....	16
1.1.3 O SISTEMA MISTO	23
1.2 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL COMO OPÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA DO ESTADO.	27
1.3 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO INSTITUÍDO PELA CF/88.	35
2 UMA NOVA CONCEPÇÃO JURÍDICA À LUZ DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	48
2.1 A SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO JUSPOSITIVISTA DIANTE DA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.	48
2.2 APORTES NECESSÁRIOS DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN.....	55
2.2.1 O DIREITO COMO CONCEITO INTERPRETATIVO.....	55
2.2.2 O ROMANCE EM CADEIA.....	59
2.2.3 A INTEGRIDADE	62
3 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA E A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	70
3.1 A QUESTÃO DO USO DO INQUÉRITO POLICIAL NA FASE JUDICIAL.	72
3.1.1 TRATAMENTO LEGAL E DOCTRINÁRIO SOBRE O TEMA.....	72
3.1.2 CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS EMPREGADOS PELA JURIPRUDÊNCIA ACERCA DO TEMA	77
3.2 A QUESTÃO DA INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ E A GESTÃO DA PROVA.	82
3.2.1 TRATAMENTO LEGAL E DOCTRINÁRIO ACERCA DO TEMA	83
3.2.2 CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS EMPREGADOS PELA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO TEMA.	86
3.3 CRÍTICAS AOS CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS EMPREGADOS PELA JURISPRUDÊNCIA.	94
3.3.1 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E O USO DO INQUÉRITO POLICIAL NA FASE JUDICIAL.	97
3.3.2 A VERDADE REAL E A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DOS JUÍZES NO PROCESSO PENAL.	109

3.3.3 LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO, VERDADE REAL, DISCRICIONARIEDADE E DWORKIN.	119
CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	127

INTRODUÇÃO

A natureza do sistema processual brasileiro há muito tempo vem sendo discutida doutrinariamente. Correntes sustentam sua inquisitorialidade, outras sua acusatorialidade e ainda existem aquelas que defendem seu caráter misto. A celeuma perdura mesmo após quase vinte e seis anos de vigência da atual Constituição Federal, cujo conteúdo deveria ter posto fim a esse debate.

Embora se acredite que os direitos e garantias fundamentais contidos na Lei Maior não deixem espaço a dúvidas acerca do caráter acusatório do sistema processual penal brasileiro, o tema é de grande polêmica e uma análise hermenêutica a partir, não somente da normatização constitucional e legal existente no país, mas também da realidade prática vivenciada, torna-se a melhor forma de debatê-lo, buscando inicialmente firmar o tipo de sistema instituído pela atual ordem constitucional e, posteriormente, se o mesmo compatibiliza-se com alguns dispositivos legais ainda contidos no código de processo penal brasileiro, em vigor desde 1941.

Os dispositivos analisados serão os artigos 155 e 156 daquele diploma processual, por serem os mesmos exemplos notórios de resquícios inquisitoriais no sistema brasileiro, em detrimento da ideologia veiculada por meio da atual Lei Maior. Normas de tal natureza permitem que parte da doutrina siga entendimento diverso do aqui exposto, defendendo a natureza inquisitória do processo penal pátrio. No entanto, referida posição somente sustenta-se quando se parte da perspectiva infraconstitucional para a constitucional, invertendo a lógica de um Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição é a fonte de validade de todo o ordenamento jurídico, bem como o parâmetro para compreensão do seu Direito.

Essa distorção doutrinária e até mesmo jurisprudencial na compreensão do processo penal decorre de uma concepção jurídica ainda influenciada pelo positivismo, que por tanto tempo reina no cenário jurídico pátrio. A discricionariedade judicial que esta legitima, além da ausência de um controle substancial efetivo das normas legais, continua como ideias fortes na cultura jurídica brasileira, impedindo que a Constituição Federal de 1988, com seu conteúdo democrático e garantista, adquira maior grau de concretude.

Destarte, a análise ora proposta, da natureza do sistema processual penal nacional, parte de um novo referencial teórico, cuja concepção jurídica é muito distinta

daquela apresentada por positivistas como Hans Kelsen. Trata-se da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin.

Dworkin, em suas obras, desenvolve sua teoria a partir da compreensão do Direito como conceito interpretativo, norteado por uma moralidade política oriunda de uma comunidade personificada. Para facilitar a compreensão de sua proposta, associa o Direito a um gênero literário fictício chamado “*romance em cadeia*”, demonstrando que o julgador, ao tomar sua decisão, não está livre para fazer escolhas, como propunha Kelsen, mas sim vinculado não só às normas positivas, mas também às decisões anteriores tomadas por sua comunidade, as quais lhe fornecem princípios como norte de sua interpretação. Para o autor americano, o Direito é integridade, coerência de princípios, e assim deve ser visto para ser concebido em sua melhor perspectiva.

Referida teoria tem como principal preocupação o modo como os juízes decidem as causas que se lhe apresentam, buscando fornecer mecanismos para minimizar a discricionariedade com que aplicam o Direito, ao oferecer como parâmetros interpretativos os princípios veiculadores da moralidade política do Estado, que no caso brasileiro, estão contidos principalmente na Constituição Federal, na condição de direitos e garantias fundamentais.

A discrepância entre a ideologia consagrada pelas normas infraconstitucionais de processo penal e aquelas constitucionalmente positivadas é clara, ensejando, como já se disse, a grande discussão acerca do tipo de sistema processual aqui vigente. Dessa forma, diante da omissão legislativa em compatibilizar os dois planos normativos, respeitando os impositivos do constituinte, caberia ao Poder Judiciário resguardar a normatividade constitucional, realizando uma interpretação do Direito à luz da moralidade consagrada pela Lei Maior.

Destarte, no presente trabalho pretende-se proceder à análise de critérios hermenêuticos oferecidos pela jurisprudência pátria (notadamente aquela fornecida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça) quando da aplicação dos artigos mencionados, como meio de investigar o tratamento que se tem dado ao processo penal brasileiro e se este tem de fato sido visto à luz da nova ordem constitucional, favorecendo ou postergando a efetivação dos objetivos constitucionais com a implantação de um Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, de um sistema processual penal de cunho acusatório.

1 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

1.1 PRINCIPAIS TIPOS DE SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

A análise do problema delineado neste trabalho pressupõe a conceituação de algumas categorias jurídicas. A primeira delas, e uma das mais importantes, é o sistema processual. Segundo Rangel (2011, p. 49), “*sistema processual é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.*”. Assim, compreendendo-se os sistemas processuais como sistemas constituídos de princípios básicos, determinados pelas opções político-ideológicas de um Estado, tem-se a conseqüente pluralidade de sistemas a partir da pluralidade de modelos de Estado e de ideologias por eles seguidas.

Três são os sistemas processuais mais referidos ao longo da história do processo penal, sendo eles o sistema acusatório, o sistema inquisitório e o misto, cuja existência por muitos é questionada¹. Referidos modelos ou paradigmas processuais alternaram-se durante a história da humanidade, variando conforme variavam os Estados em que se aplicavam.

Existem ainda outras classificações, porém de menor importância para os objetivos do presente trabalho, razão pela qual deixarão de ser mencionadas.

1.1.1 O SISTEMA INQUISITÓRIO

Ressalte-se sempre, para plena compreensão do tema, a estrita relação entre os modelos processuais adotados e a natureza dos Estados nos quais vigeram. Isso fica bastante evidente quando se analisa a origem histórica do sistema inquisitório. Surgido em meados do século XIII, é fruto principalmente do Direito Canônico sob a gestão do Papa Inocêncio III (AMBOS: LIMA, 2009, p. 17), num contexto em que a igreja católica sofre grande enfraquecimento de seu poder e busca desesperadamente meios de assegurar seu domínio político sobre a sociedade. A Inquisição, portanto, nasce com o

¹ É o que afirma, por exemplo, Lopes Jr, ao negar a existência de um sistema misto diante da ausência de um princípio unificador como o inquisitivo ou o dispositivo (LOPES JR., 2005, p. 173). Mas o tema será melhor abordado no item 1.1.3 deste trabalho.

objetivo de manter a concentração de poder nas mãos da igreja, combatendo todos aqueles tidos por “hereges”, que ousassem questionar seus dogmas.

O modelo inquisitório, embora nascido na doutrina católica, não se deteve no âmbito religioso. Também na esfera laica se manifestou com objetivos semelhantes, quais fossem, permitir a concentração de poder, não somente nas mãos da igreja, mas de um Estado-nação em vias de formação. Eis o motivo pelo qual se afirma haver íntima relação entre modelos de Estados autoritários e o sistema inquisitório. Segundo Prado (2006, p. 87), na esteira da doutrina de Maier, “*o Sistema Inquisitório correspondeu a uma concepção absolutista de Estado, em teoria política, e a progressiva publicidade do direito penal, em termos de teoria jurídica*”.

Importante frisar, como bem faz referido autor (2006, p. 81), que o sistema inquisitório (instituído a partir do século XIII) não se manifesta de modo estanque, isolado do sistema acusatório. Conforme ocorreu ao longo de toda a história, a alternância entre um modelo e o outro deu-se de forma paulatina. Os resquícios acusatórios vão sendo eliminados pouco a pouco, através da consagração da forma escrita do procedimento e do seu caráter sigiloso, acabando com a ideia de contraditório como pressuposto do processo e permitindo a adoção de presunções, além da legitimação da tortura ante a importância conferida à prova de confissão.

Em sua vertente laica, o sistema inquisitório surge durante a baixa idade média, quando as relações sociais sofrem grande transformação. O sistema feudal entrou em crise, juntamente com a ascensão do comércio. A burguesia e seus interesses mercantis passam a custear a formação dos Estados modernos, incentivando a centralização de poder nas mãos de um soberano. A concentração das estruturas estatais e urbanas torna-se uma realidade, que traz consigo a intensificação da criminalidade em tais núcleos urbanos.

Nesse contexto, o sistema inquisitório, que visava inicialmente o combate à heresia, é transpassado ao domínio laico, favorecendo a efetiva centralização política nas mãos dos grandes monarcas. Servia de instrumento de combate à criminalidade urbana, suprimindo, assim, grande anseio social (AMBOS: LIMA, 2009, p. 20). Isso porque a sociedade não se encontrava satisfeita com o sistema acusatório até então vigente e a conseqüente inércia judicial, tida por conivente com a impunidade. Resulta daí a força com a qual emerge o sistema inquisitório e a maior liberdade conferida aos órgãos estatais na persecução penal, pois a partir do momento em que se legitimam os juízes a agirem de ofício em casos de flagrante delito, sua esfera de poder aumenta-se

cada vez mais, até o momento em que passam a concentrar as três tarefas processuais, quais sejam, a acusação, a defesa e o julgamento (LOPES JR., p. 161-162).

O juiz deixa de ser mero espectador e se torna protagonista da persecução penal, pois o combate à criminalidade não pode ficar à mercê da iniciativa privada, uma vez que consiste em interesse de todos (CORDERO, 2000, p. 19-20). Ao juiz é conferido poder quase ilimitado para consecução de seus objetivos: a descoberta da verdade real e a efetiva concretização do direito penal material, com a penalização daquele que delinuiu (PRADO, 2006, p. 104).

Bastam rumores para que a investigação tenha início, de ofício, por parte do inquisidor (LOPES JR., 2005, p. 166), ensejando uma acusação e um julgamento, que também ficará a seu cargo. A defesa (efetiva e não meramente formal) não existe nesse modelo e o contraditório se torna uma utopia, haja vista a concentração de poder nas mãos do julgador. Este, totalmente livre na apreciação dos fatos, elabora inicialmente sua hipótese dentro de quadros paranoicos (CORDERO, 2000, p. 19) e, então, parte na busca de provas, as quais corroborem aquela, pois que a sua verdade é a verdade real a ser perseguida. Concebe, assim, uma hipótese e constroi sobre ela suposições indutivas, tendo seu pensamento paranoico estimulado pela ausência de contraditório. Cria tramas distorcidas que escondem os fatos (CORDERO, 2000, p. 23).

Todo o sistema inquisitório tem seu fundamento no mito da verdade real. A ideia de “verdade absoluta”, difundida na doutrina católica e que serviu de base para todas as atrocidades cometidas durante a Santa Inquisição, com a intolerância aos hereges que questionassem seus dogmas (LOPES JR., 2005, p. 164), é trazida para a persecução penal como “verdade real”, a busca pela verdade de fato, independentemente dos meios necessários a tanto. Não basta a verdade palpável, possível através dos atos processuais, é necessário flexibilizar as normas em favor da descoberta da verdade, ainda que isso acarrete grandes prejuízos ao réu, haja vista que o interesse público no controle da delinquência assim o justifica.

O mito da verdade real é fortalecido pelo mito da efetividade do direito penal no combate à criminalidade (LOPES JR., 2005, p. 166).

Nesse contexto, o acusado perde a sua condição de sujeito de direitos e adquire *status* de objeto do processo. Torna-se um instrumento de consecução da verdade (ou seja, mero meio de prova), razão pela qual a tortura se torna uma prática corriqueira, sendo de grande eficiência na obtenção da confissão. O torturado pode até mesmo não confessar a autoria do delito, mas certamente terá algo a informar acerca

dos fatos investigados e, dessa forma, a tortura sempre se mostrará legitimada (CORDERO, 2000, p. 21).

Adota-se aqui o sistema da prova tarifada, segundo o qual as provas têm valores pré-estabelecidos, tendo como meio probatório absoluto a confissão (considerada rainha das provas), contra a qual não existiria qualquer forma de defesa. Fica evidente o porquê da legitimação da tortura e da prisão como regra no processo penal. O acusado era mantido sob domínio do inquisidor, que dele poderia fazer uso quando entendesse necessário para a busca da verdade dos fatos, coagindo-o, por meio da tortura, a manifestar-se acerca dos mesmos no intuito de obter a confissão, que poria fim ao procedimento, acarretando sua responsabilização (LOPES JR., 2005, p. 162).

A perseguição se dá de modo sigiloso, o que é favorecido pela forma escrita do procedimento. A publicidade, hoje tida como direito fundamental não só do acusado, mas como de todos os jurisdicionados, não tinha maior relevância diante da necessidade de otimização da investigação. Como já referido, em favor da realização do direito penal e da busca da verdade real, tudo se justificaria. Se o acusado nem mesmo era tido como sujeito processual, quiçá ser considerado sujeito de direitos. A maior preocupação era com a responsabilização daquele que infringiu a lei, aplicando-se-lhe a pena cabível e, assim, realizando a função preventiva do direito penal, com o combate à criminalidade.

Outro direito inexistente nesse sistema é o que afeta à coisa julgada. No direito canônico, por exemplo, a investigação poderia ser retomada a qualquer momento em desfavor do acusado, sem qualquer garantia ao mesmo (LOPES JR., 2005, p. 167).

Como já referido, o sistema inquisitório se presta sempre a modelos de Estado de caráter autoritário, sendo forte instrumento na busca da concentração de poder na mão do soberano. Nesse sentido, Lopes Jr. faz interessante consideração, quando afirma que, do mesmo modo como a dogmática religiosa e sua verdade absoluta foram fundamento da Inquisição, a segurança nacional foi o das ditaduras latino-americanas e a limpeza genética foi o do regime nazi-facista (2005, p. 164). Significa dizer que, o sistema inquisitório, com suas características acima dispostas, sempre favorecerá a expansão de Estados de Polícia, de natureza autoritária e com grande concentração de poder político, minimizando direitos e garantias fundamentais sob argumento de busca por algum bem comum, quase nunca tão comum assim.

1.1.2 O SISTEMA ACUSATÓRIO

Em que pese o sistema acusatório ter suas origens já na Grécia antiga², ainda que de modo incipiente e com características bastante peculiares³, apresentando-se ainda em Roma, principalmente na fase da República, e no Direito germânico, ele será analisado, no presente trabalho, a partir de sua configuração dentro dos atuais Estados Democráticos de Direito, por ser de maior relevância para o estudo aqui proposto. O breve apanhado histórico a seguir ajudará na compreensão do tema.

A regra da não intervenção estatal, vigente no período do liberalismo do século XIX, tal como todos os modelos radicais vivenciados na história humana, teve também seu lado negativo, trazendo grandes prejuízos, principalmente no campo social. O modelo instituído a partir das grandes revoluções burguesas, ao amarrar as mãos do Estado, primando sempre pela liberdade dos indivíduos e esquecendo-se do componente social da vida humana, entrou em crise já no início do século XX, quando principia a primeira guerra mundial (1914-1919), havendo a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque (1929), seguindo-se a grande depressão (SANTIAGO NETO, 2012, p. 12).

A abstenção estatal deixa de ser vista com bons olhos e nasce, então, o que se convencionou chamar Estado Social, onde a intervenção do Estado passa a ser estimulada, a pretexto da proteção de direitos fundamentais, que não mais se limitam àqueles tidos como de primeira dimensão, quais sejam, direitos civis e políticos, como a liberdade, propriedade, etc. Direitos sociais passam a integrar o rol de direitos humanos, cuja promoção fica a cargo do Estado, a exemplo dos direitos à educação, trabalho, saúde, entre outros. Esses direitos são consagrados primeiramente por meio das Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), tornando-se uma constante nas cartas políticas a partir de então.

A expansão do poder estatal, como era de se prever, teve sua finalidade distorcida e deu margem à ascensão de governos altamente autoritários, pautados

² AMBOS e LIMA, ao tratar da perspectiva histórica do princípio e do processo acusatório, ressaltam: “*O processo penal na Grécia (dos séculos VI ao IV a. C.) – mais exatamente, o processo na cidade de Atenas – correspondia ao modelo acusatório puro, já que qualquer cidadão ateniense (isto em torno do século 399 a. C.) podia formular a acusação perante o oficial ou ‘autoridade’ competente (arconte), existindo, assim, uma verdadeira acusação popular.*” (2009, p. 10).

³ Inicialmente, o sistema acusatório aparece com caráter privado, sendo configurado a partir da oposição direta entre ofendido e ofensor, ficando a acusação a cargo do próprio particular na busca pela efetivação da justiça. Até esse momento, processo civil e processo penal são um só. Com o tempo, a acusação privada passa a conviver com a acusação pública, sendo paulatinamente realizada a publicização do processo penal, alijando-se a vítima do procedimento e atribuindo-se a sujeitos oficiais a incumbência da persecução penal.

sempre na ideia genérica e manipulável da busca pelo bem comum, como se percebe no discurso nazi-facista, assim como nos discursos difundidos, no Brasil, por meio do Governo Vargas e de sua constante busca pela segurança nacional, com o combate à “ameaça comunista”. A intervenção estatal torna-se uma regra, sempre justificável, em decorrência da ideia do bem comum e todos os possíveis abusos eventualmente cometidos justificam-se na medida em que visam um alegado bem da coletividade.

Nesse momento, o intervencionismo estatal manifesta-se também na esfera judicial, ocupando os juízes papel de protagonistas na relação processual, marcada pelo caráter altamente inquisitório, sendo a gestão das provas conferida aos juízes, tal como toda a condução do processo até a prolação da sentença. As partes interferem ativamente, porém subordinadas aos ditames do magistrado, que busca ainda a verdade real e, assim, a aplicação efetiva do direito penal, como forma de prevenir a delinquência e promover a segurança pública. Frise-se, como bem o faz Santiago Neto, que é nesse contexto que os códigos penal e de processo penal brasileiros são promulgados (2012, p. 13).

Os prejuízos à humanidade acarretados pelo autoritarismo estatal (legitimado pela ideologia do Estado Social) são incontáveis, a partir do momento em que se considera a ascensão ao poder de ditadores como Hitler e Mussolini, a promoção do holocausto e as atrocidades cometidas durante a Segunda Grande Guerra mundial. Percebeu-se que discursos superficiais como a busca pelo bem comum não bastavam e que a luta pelos direitos humanos deveria ter maior substância. O Estado Social fracassou em seus objetivos e novas formas de Estado deveriam ser buscadas, visando, principalmente, a tutela dos direitos e garantias fundamentais, afastando os fantasmas deixados pelo conflito mundial. Surgem, então, os Estados Democráticos de Direito (SANTIAGO NETO, 2012, p. 15).

O Estado Democrático de Direito tem uma configuração intermediária, entre o Estado Liberal e o Estado Social, elegendo como valor fundante a realização dos direitos fundamentais e a manifestação popular tanto em relação à origem quanto ao exercício do poder (PACELLI, 2012, p. 11). Nas palavras de Santiago Neto:

O Estado Democrático de Direito tem por escopo assegurar a participação do povo na tomada de decisões pelas quais os cidadãos serão atingidos, além de assegurar a todos o respeito e efetividade dos direitos individuais fundamentais, seguindo critérios de legalidade estabelecidos pela Constituição (2012, p. 15).

Antecipe-se, mais uma vez, que o modelo de Estado e sua ideologia sempre nortearão a forma do sistema processual penal existente. Da natureza do Estado Democrático de Direito percebe-se que seu ideal de proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos como prioridade e a necessidade de participação desses na tomada de decisões não se compatibiliza com um sistema inquisitório, no qual haja o protagonismo judicial, atuando de modo discricionário, desde que em prol da efetiva aplicação do direito penal. Busca-se a descoberta de uma verdade real que, vencida a utopia, sabe-se inatingível. O sistema acusatório ressurgiu como o mais adequado a tal modelo de Estado.

O sistema acusatório segue rumo totalmente oposto ao sistema inquisitório. Não se compatibiliza com Estados autoritários, nos quais o poder encontra-se concentrado nas mãos de um único soberano, muito pelo contrário. É o modelo ideal para Estados Democráticos de Direito, nos quais a tutela dos direitos e garantias fundamentais apresenta-se como um dos principais objetivos do Estado. Por tal razão, nesses modelos, o escopo do direito e do processo penal muda completamente. A ideologia seguida nesses Estados converte tais ramos jurídicos de instrumentos de concretização da pena em instrumentos de proteção aos direitos do réu, tido como hipossuficiente diante do poder punitivo do Estado. Nisso se situa sua instrumentalidade.

O sistema acusatório não comporta concentração de funções num mesmo sujeito processual, de igual modo como uma democracia não comporta a concentração de poder político na mão de um único soberano. A acusação, a defesa e o julgamento são tarefas processuais que devem ser elaboradas por sujeitos distintos, os quais se empenhem ao máximo no exercício de cada uma delas, para que o contraditório seja efetivo e o provimento judicial construído de modo legítimo.

Nesse ponto, Prado (2006, p. 104) faz uma importante distinção entre o princípio acusatório e o sistema acusatório, considerando o primeiro apenas como o princípio reitor do sistema, porém não o único que o conforma. O primeiro imporia a plena distinção entre os sujeitos a desempenharem as tarefas processuais, seria o norte do sistema acusatório, que também teria como características inerentes a oralidade e a publicidade do procedimento. Não considera, tal como o faz Lopes Jr., a gestão de provas como elemento fundante do sistema, porém segue entendimento no sentido de que o sistema acusatório não se compatibiliza com a atribuição de iniciativa instrutória aos juízes, por violação ao princípio acusatório. Basicamente, chega-se à mesma

conclusão, de que no sistema acusatório, não podem os juízes substituírem o órgão acusador na atividade probatória.

A mera separação de funções não basta à configuração do sistema acusatório, muito mais garantista e, portanto, mais exigente na regulamentação do exercício do poder estatal. Ela, isoladamente, não dá concretude àquele sistema, sendo possível um sistema formalmente acusatório e de substância inquisitória, a exemplo da “teoria da aparência acusatória”, mencionada por Prado (2006, p. 195). Segundo Lopes Jr. (2005, p 171), o sistema acusatório forma-se a partir de um conjunto de princípios elementares, como o contraditório, a publicidade e oralidade do procedimento, igualdade de oportunidades e etc.

No sistema acusatório, o protagonismo judicial perde lugar para um processo dialético, no qual a construção do provimento é realizada em parceria por todos os sujeitos envolvidos, até mesmo com o juiz, porém não da forma como se dá no sistema inquisitório (SANTIAGO NETO, 2012, p. 141). Isso porque, aquele, antes um “justiceiro” na busca da verdade real, agora exerce papel de garantidor de direitos fundamentais, tendo como principal responsabilidade permitir que as partes atuem em relação de igualdade, sustentando, isonomicamente, as suas teses, que serão por ele analisadas, para prolação da sentença, prevalecendo aquela que melhor o convencer dentro do conjunto probatório carreado aos autos pelas mesmas partes, sem maiores intervenções suas.

Cordero chama a atenção para a diferença do tratamento dado às normas no sistema acusatório e inquisitório. Neste último, as regras positivadas são assiduamente flexibilizadas pelo julgador, dotado de alto poder discricionário, sempre legitimado pela ideia de busca da verdade real. No sistema acusatório, tal flexibilização não mais se justifica, pois as garantias do acusado estão em primeiro lugar. Logo, para ser juridicamente válida uma sentença judicial, deve ela ter se submetido às “regas do jogo”, neutralizando-se em relação a ideologias (2000, p. 90). O formalismo do procedimento aparece assim também como característica do modelo acusatório, subordinando o Estado-juiz às regras legalmente estabelecidas.

Aqui, a verdade real deixa de ser idealizada e conforma-se com as reais possibilidades humanas, ou seja, com a busca de uma verdade processual, obtida por meio do procedimento legalmente estabelecido e respeitando os direitos humanos do acusado (LOPES JR., 2006, p. 24). Nas palavras de Prado (2006, p. 131): “*Como não há verdade absoluta, verdade real, a maneira mais segura de se alcançar o melhor*

resultado certamente não justificará o desrespeito aos valores fundamentais da pessoa humana”.

Exemplo disso é a consagração, nos sistemas acusatórios, do princípio da presunção de inocência (LOPES JR., 2006, p. 18). Uma vez que se crie uma presunção legal, que somente pode ser derrubada diante de um conjunto probatório denso, no sentido da condenação, admite-se que a verdade real seja deixada de lado caso o acusador não se desincumba de seu ônus probatório dentro das regras processuais que se lhe apresentam, evidenciando mais uma vez ser a proteção dos direitos fundamentais dele o principal norte de um processo penal acusatório e não a busca desenfreada pela efetivação do direito penal material, como ocorre no âmbito inquisitório.

Dentro de uma perspectiva acusatória, sendo forçoso o afastamento do juiz para manter a imparcialidade no exercício de sua tarefa de julgar, o contraditório emerge como inerente ao funcionamento do sistema, pois é necessário que as partes se fortaleçam igualmente para que suas proposições cheguem até o julgador de forma igualitária, permitindo a ambas serem cogitadas pelo mesmo como verídicas, até a prolação final da sentença. Sem contraditório, a defesa não se torna efetiva e o diálogo necessário para o convencimento legitimado do magistrado fica prejudicado.

A imparcialidade do juiz, no processo acusatório, é crucial. Argumenta-se, em favor de uma participação mais ativa do juiz, que o processo penal e a materialização do direito penal não podem ficar à mercê da discricionariedade das partes. Ou seja, não se pode permitir que o acusado corra o risco de ser condenado pela negligência de sua defesa, nem que seja ele absolvido em virtude da negligência do órgão acusador. Ambas as afirmativas não prosperam a partir do momento em que se esteja diante de um sistema acusatório.

O sistema referido não se coaduna com o maior protagonismo dos juízes, forçando a procura por novas saídas, como, por exemplo, melhor equipar as partes para o devido desempenho de suas funções processuais. A expansão do poder do Estado-juiz não é a única solução para o problema levantado. Fortalecimento e estruturação do órgão acusador, bem como dos agentes de defesa (advogados e defensoria pública) são saídas mais plausíveis e condizentes com tal modelo processual (BUSATO, 2010, p. 123).

A oralidade e a publicidade do procedimento são elementos configuradores do sistema acusatório. A oralidade pressupõe uma série de princípios para restar consagrada. Ele implica a concentração, a imediação e a identidade física do juiz

(MARQUES, 2000, p. 71). A concentração determina o mínimo dispêndio de tempo para a produção probatória, devendo esta realizar-se, preferencialmente, numa só audiência, ou em poucos, como modo de permitir ao julgador manter suas impressões pessoais e a memória correta dos atos.

A imediatidade é de suma importância, pois exige que o juiz mantenha contato direto tanto com as partes quanto com os meios de provas. Em que pese, num Estado Democrático de Direito, a existência do dever de fundamentação das decisões judiciais, sabe-se que existe uma parcela da convicção judicial que fica guardada em seu íntimo, nem sempre vindo à tona por meio da sentença. Diante desse fato, a imediatidade, tal como a oralidade, permitem às partes a tentativa de alcançar aquela parcela íntima do magistrado. É o que afirma Prado:

a ênfase na oralidade como componente democrática do processo penal e elemento constitutivo do sistema acusatório tem a ver com o reconhecimento de que os métodos de aplicação do direito, ou melhor, de interpretação das regras jurídicas e de sua efetiva aplicação aos casos concretos, não abrangem toda a atividade intelectual do juiz quando sentencia.

Os que conhecem a atividade de decidir têm clara a ideia de que a valoração dos fatos não se expressa de forma completa na sentença. [...] Nem mesmo o dever de motivação das decisões tem o poder de fazer revelar todas as forças que combinaram para levar o julgador a adotar determinada tese (2006, p. 155).

Quanto à identidade física do juiz, tendo em vista a relatividade do valor probatório dos meios, a submissão das provas produzidas pelas partes a diferentes magistrados acabada prejudicando o exercício do direito de defesa do acusado, que ficará à mercê dos subjetivismos de cada julgador. O autor supra referido ressalta que o texto veicula com muita facilidade preconceitos e injustiças, razão pela qual o diálogo é necessário. A oralidade implica a imediatidade do juiz com as partes e provas para impedir que os textos e sua superficialidade embasem o julgamento (PRADO, 2006, p. 155).

A publicidade significa o acesso de todos ao procedimento. Porém, via de regra, essa publicidade não ocorre de modo absoluto, manifestando-se ora de forma plena, quanto todos têm acesso, ora de forma parcial, quando somente às partes é dado conhecimento do ato (LOPES JR., 2006, p. 124). A publicidade, no sistema acusatório, opõe-se ao segredo, marca do inquisitório, que favorecia a alta discricionariedade do procedimento, bem como a total indiferença aos direitos do acusado, haja vista que nem mesmo ele teria acesso à produção de provas contra si. Nas atuais ordens constitucionais, a publicidade costuma ser consagrada na condição de direito fundamental, sendo um direito não só do réu, mas também de toda a coletividade.

A publicidade apresenta-se, no sistema acusatório, notadamente dentro de um Estado Democrático de Direito, com dupla finalidade: permitir a participação popular na tomada de decisões pelo poder público, assim como permitir a fiscalização dos seus atos pela população, na condição de espectadora. Em ambos os casos, ela sempre aproximará o procedimento do modelo acusatório, figurando como a garantia das demais garantias, dada a transparência que atribui ao processo (PRADO, 2006, p. 158-159).

A pluralidade de posições doutrinárias acerca dos elementos que compõem um sistema acusatório somente confirma a afirmação de Prado, no sentido de que não existe uma estrutura pronta e fechada do modelo acusatório, mas sim “uma filosofia da máxima acusatoriedade” (2006, p. 166). Significa dizer que, nem todos os sistemas acusatórios apresentarão os mesmos elementos, nem o mesmo grau de garantismo, pois isso variará conforme o modelo de Estado vigente. Existem elementos cruciais, tal como a separação das funções de acusar, julgar e defender entre diversos sujeitos, assim como a questão da gestão da prova, de acordo com Cordero (2000, p. 19), Coutinho e Lopes Jr. (LOPES JR., 2006, p. 17), porém, os demais princípios poderão variar, conformando diferentes tipos de modelos acusatórios.

Para Lopes Jr., seguindo a doutrina de Coutinho, todos os sistemas apresentam um núcleo, um princípio informador, que lhe definirá a natureza e não os elementos acessórios, que para ele seriam a questão da oralidade, da publicidade, separação de atividades, etc. (2005, p. 173). Diferente é a posição de Prado, Paulo Rangel e Badaró, que concebem na tripartição de funções o elemento diferenciador dos sistemas processuais penais e não na gestão de provas.

Badaró afirma (2003, p. 112) que basta a efetiva separação entre as três tarefas processuais para que o sistema acusatório se manifeste, sendo indiferente a disciplina da gestão das provas. Em seu entendimento, a separação consistiria em matéria político-ideológica, a ser definida pelo constituinte, na base da estruturação do Estado, enquanto a gestão da prova seria matéria de técnica processual (2003, p. 153), a qual ficaria a cargo do legislador ordinário, já na regulamentação da Carta Política. Não se pode concordar com tal entendimento, ao menos não em sua totalidade. A gestão da prova tem suma relevância na definição do sistema processual penal e não pode ficar à mercê de escolha política infraconstitucional.

Tal como a tripartição de funções na relação processual, entende-se que também a gestão de provas é elemento diferenciador entre os dois sistemas, não

havendo como estruturar um sistema acusatório com a atribuição de poderes instrutórios aos juízes. A gestão das provas a cargo das partes é pressuposto da efetiva separação entre as tarefas processuais (GOMES, 2009, p. 129). A expansão dos poderes judiciais aumenta a discricionariedade com que o julgador atuará, mitigando sua imparcialidade e subordinando as partes, indo totalmente de encontro à lógica do sistema acusatório. Porém, esse tema será melhor debatido posteriormente⁴.

Em suma, pode-se atribuir como características marcantes do sistema acusatório a tripartição das tarefas de acusar, defender e julgar entre diferentes sujeitos, a gestão da prova nas mãos das partes, a busca por uma verdade formal ou processual, contraditório e ampla defesa, procedimento vinculado legalmente, oralidade e publicidade do procedimento, bem como a primazia dos direitos fundamentais do acusado como objetivo do processo. Diversas outras características poderiam ser mencionadas, porém retoma-se o que fora dito por Prado, acerca da acusatoriedade do sistema, que sempre variará de acordo com o ordenamento jurídico em concreto.

1.1.3 O SISTEMA MISTO

O Absolutismo, que vigorou desde a formação dos Estados-nacionais, não conseguiu conter a expansão de uma categoria econômica cada vez mais poderosa, que era a burguesia. Seu crescimento econômico, sem o correspondente fortalecimento político gerou grande insatisfação. Os privilégios da nobreza e do alto clero não encontravam mais justificativa na razão difundida, passando a ser questionados. É então, que, em 1776 e 1789, eclodem as revoluções americana e francesa, respectivamente, que mudariam por completo a visão ocidental acerca dos direitos humanos.

Caem as grandes monarquias e o Estado passa a ser visto como inimigo da sociedade, um mal que deve ser contido a todo momento, permitindo aos cidadãos uma existência plena e, na maior medida possível, livre. São consagrados, a partir de então, os direitos humanos de primeira dimensão, também chamados direitos de liberdade, que impõem ao Estado uma abstenção, ou seja, a impossibilidade de intervir na esfera privada do particular, atuando sempre minimamente quando em face de direitos civis e políticos, inerentes ao homem (MORAES, 2006, p. 25).

⁴ Ver capítulo 3, item 3.3.

Diante desse contexto, no campo processual, “*iniciou-se o período moderno de administração da justiça, reduzindo-se e amenizando-se as características inquisitoriais dos procedimentos penais*” (PRADO, 2006, p. 103). Se, no setor político, a intervenção estatal deve ser mínima, também no setor processual a sua atuação é mitigada (o que não implica ainda a implementação de um modelo acusatório).

Houve de fato uma alteração na mentalidade da época, porém não tão profunda quanto aparentou ser. Em que pese todo o esforço intelectual na defesa de uma racionalidade humanista, superado o absolutismo, as ideias iluministas foram postas de lado, já que a ordem política anterior havia sido subvertida. A partir desse momento, a burguesia necessitava de meios para concentrar o poder em suas mãos e aquelas ideias não mais satisfariam suas necessidades. Portanto, toda a teoria utilizada como fundamento intelectual para as revoluções burguesas não chegou a ser concretizada plenamente. O código de instrução criminal francês de 1808 demonstra bem a manutenção da natureza inquisitória do sistema criado após a revolução francesa⁵.

Todavia, doutrinariamente (SANTIAGO NETO, 2012, p. 90), tem-se que o sistema implantado foi o chamado sistema misto, composto por elementos inquisitórios e acusatórios, os quais seriam conjugados no procedimento através de duas fases: uma fase preliminar, anterior à fase judicial, na qual são colhidas provas para embasar a possível acusação, de viés inquisitório, e outra propriamente judicial, na qual há o contraditório, inexistindo, todavia, paridade de forças entre as partes. De qualquer modo, diz-se que esta segunda fase apresenta já característica acusatória.

Num primeiro momento, fazia-se longa instrução através de medidas sigilosas, que se realizaram sem qualquer oportunidade de defesa ao investigado, dentro dos ditames mais puros da inquisitorialidade. Numa segunda fase, consagrou-se a oralidade dos debates e a possibilidade de defesa do acusado, o que atribuía ao processo maior legitimidade diante da ideia de proteção das liberdades. No entanto, admitia-se, em diversas hipóteses (contradição entre testemunhas na fase pré e na fase processual,

⁵ Como leciona Khaled Jr., “*Inicialmente o caráter humanista das reformas penais foi suprimido em nome de uma cientificidade que propunha a neutralidade absoluta e, posteriormente, por uma guinada ideológica que retomou grande parte dos males da inquisição, ainda que sob outros pressupostos: a criminologia positivista. Portanto, o que surgiu como direito de resistência ao autoritarismo estatal acabou por ser transposto para uma lógica de conformação da nascente ordem burguesa, descaracterizando em grande margem o projeto reformador ilustrado, em prol do nascimento da sociedade disciplinar [...] Essa processualística foi concebida com caráter de garantia. No entanto, esse caráter logo foi comprometido no momento de transposição concreta para uma prática: o sistema implantado logo assumiu características inquisitórias*”. (2010, p. 298).

por exemplo) que as provas produzidas na primeira fase fossem confrontadas com as produzidas mediante o contraditório e que aquelas prevalecessem em caso de incoerências (CORDERO, 2000, p. 50). Na prática, os atos realizados em contraditório buscavam tão somente confirmar aqueles realizados na fase preliminar, prevalecendo, assim, a natureza inquisitória do sistema (CORDERO, op. cit., 52).

Para o autor italiano, o sistema misto consistia num grande espetáculo, em que a primeira fase ocorria na completa escuridão, norteadas por interesses repressivos, enquanto a segunda dava-se às claras, mediante contraditório e ampla defesa, sendo que esta não apresentava maior peso na tomada da decisão, pois, àquele tempo, os elementos colhidos preliminarmente poderiam ser confrontados com os colhidos dialeticamente e sobre estes prevalecer (2000, p. 58).

Embora o sistema misto não tenha afastado por completo as marcas do sistema inquisitório, trouxe certo avanço no sentido do sistema acusatório. A principal mudança que se sublinha aqui é a separação de funções entre acusação e julgamento, com a criação do Ministério Público. Assim, embora ambas as funções permanecessem nas mãos do Estado, os agentes responsáveis pelas tarefas processuais passam a ser distintos (LOPES JR., 2005 p. 168).

Na doutrina brasileira, há autores como Coutinho e Lopes Jr., que se mostram extremamente críticos com relação ao sistema misto. Isso porque, para eles, a mera separação de funções entre acusação, defesa e julgamento não basta à distinção entre sistema inquisitório e sistema acusatório (LOPES JR., 2005, p. 169). A diferenciação entre os dois sistemas faz-se em relação à forma de gestão de prova adotada pelo Estado. Adotando-se o princípio dispositivo, ficando a produção probatória unicamente nas mãos das partes, pode-se, então, classificar o sistema como acusatório. Porém, ainda que haja separação de funções, enquanto for atribuído poder instrutório aos magistrados, adotando-se o princípio inquisitivo, ter-se-á um sistema inquisitório (LOPES JR., 2005, p. 173).

Importante anotar que o código de processo penal brasileiro, elaborado em pleno Estado Novo, em 1941, trouxe consigo essa configuração: a fase preliminar, chamada inquérito policial, e a fase judicial, marcada, em seu texto original, por grande protagonismo judicial, conferindo aos juízes plena liberdade na busca da “verdade real”, ainda que mediante um procedimento contraditório. Autores como Nucci (2008, p. 117), Tucci (2004, p. 47) e Prado (2006, p. 195) classificam o atual sistema como misto exatamente diante de tais características. Posição doutrinária da qual se discorda.

O sistema misto, em verdade, foi apenas mais um dos instrumentos criados por governos autoritários, como o de Napoleão, os quais visam sempre a maior concentração de poder e a legitimação do mesmo por meio de discursos superficiais e vazios, a exemplo do governo Vargas, no Brasil. Por meio daquele, um sistema que é marcadamente inquisitório pode auferir maior legitimidade diante da ideia de que, ao menos uma das fases, mostra-se garantidora de defesa e do contraditório, quando a prova que norteará a decisão do magistrado, em verdade, já fora coletada na fase preliminar e terá sempre prevalência sobre as demais, pois embasaram a primeira hipótese admitida pelo julgador. Os quadros paranoicos aqui não deixam de existir. Apenas formam-se a partir já de um procedimento institucionalizado, que é o inquérito policial, e não mais por meros rumores acerca do crime.

Dessa forma, partilha-se aqui do entendimento de Lopes Jr., embasado no pensamento de Coutinho, no sentido de que, diante da ausência de um princípio unificador que lhe confira autonomia em relação aos demais sistemas, não há como sustentar a existência do sistema misto, como modelo autônomo. Isso porque, considerando-se a gestão de prova como o elemento diferenciador entre ambos os modelos, ou ela estará a cargo das partes ou estará a cargo do juiz e, dessa forma, não há sistema intermediário, podendo-se apenas defender a existência de “graus de inquisitorialidade ou acusatorialidade” (LOPES JR, 2005, p. 173).

Os sistemas não se apresentam de forma pura, eles têm características predominantemente inquisitórias ou predominantemente acusatórias. Logo, o caráter misto de qualquer modelo concreto é inerente à sua condição de sistema processual penal. A pureza é uma utopia. A partir desse entendimento, um sistema formado por uma pluralidade de princípios, como todo e qualquer sistema, poderá conter princípios que lhe atribuam natureza inquisitória, quando a gestão de provas ficar a cargo do juiz, houver coincidência de papéis entre acusação, defesa e julgamento, diante do caráter sigiloso e escrito da investigação, etc. Caso formado por princípios mais garantistas, como o dispositivo (gestão de provas nas mãos das partes), instrução oral, pública, tripartição de funções processuais, entre outros, pode-se falar num sistema acusatório.

Destarte, insistir em falar, na classificação de sistemas processuais, num sistema autônomo misto é insistir em se enganar e permitir ao Estado enganar seus jurisdicionados, retirando de um sistema eminentemente inquisitório tal adjetivação como forma de reduzir-lhe a evidente carga opressiva e, talvez assim, permitir a legitimação de práticas estatais abusivas. Não mais se admite tal postura no atual estado

evolutivo da sociedade, no qual a realidade deve ser evidenciada como meio de melhor corrigir suas imperfeições, sem buscar o embelezamento de algo que já nasceu distorcido.

1.2 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL COMO OPÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA DO ESTADO.

O tema que se abordará nesse tópico parece, de certo modo, óbvio, porém, na prática processualista brasileira, não o é. Apesar de toda a teoria constitucionalista e da ideia de supremacia normativa da Constituição, com seu efeito unificador do ordenamento jurídico, essa normatividade, que no plano teórico se mostra inquestionável, tem sua efetividade questionada todos os dias na aplicação do direito e do processo penal, razão pela qual essa análise se faz necessária (e será aprofundada nos capítulos seguintes).

O Estado, enquanto corpo social politicamente organizado, sempre necessitou de uma norma-base a disciplinar sua estrutura, atribuindo-lhe a forma desejada. Embora nem sempre as Constituições tenham apresentado as características das atuais ordens, surgidas principalmente após a ascensão da ideologia liberal dos séculos XVII a XIX, aquelas normas sempre existiram, escritas ou não escritas, mais ou menos complexas, sempre regulamentando a relação entre o poder e a comunidade. Nos dizeres de Miranda: “*A Constituição constitui o Estado, tal como em qualquer outra sociedade algum corpo de normas desempenha análoga função estruturante. A diferença está em que somente a Constituição é originária.*” (2011, p. 157).

O constitucionalismo passou por longa evolução até chegar ao atual constitucionalismo que hoje presenciamos, no qual a Constituição e os valores nela consagrados ganham cada vez mais relevância na compreensão do ordenamento jurídico do Estado. Atualmente, não mais se pode aplicar o Direito sem o intermédio do texto constitucional, que basicamente lhe atribui sentido, concretizando os ideais político-ideológicos eleitos pelo Estado (em que pese a postura acomodada de grande parte da doutrina e jurisprudência pátrias na conformação da legislação infraconstitucional aos ditames da Lei Maior).

A Constituição, que, em tempos mais remotos, visava única e exclusivamente disciplinar a relação do poder com a sociedade, após as revoluções burguesas do século XVIII, passa a ser vista como uma norma estruturante do Estado, que “formalizará o contrato social” (dentro das teorias iluministas que impulsionaram o

movimento revolucionário), impondo-lhe deveres de abstenção frente aos direitos dos particulares (MALUF, 2010, p. 212). A partir desse momento, as ideias de democracia, Constituição e direitos fundamentais tornam-se intrínsecas.

O papel das Constituições vem se transformando ao longo da história, crescendo em importância conforme expandem-se os direitos fundamentais. O que, durante o Estado Liberal, limitava-se a impor deveres de abstenção frente aos direitos civis e políticos, no Estado Social, vai além, impondo um agir ao Poder Público, na busca da promoção de direitos sociais. Nas atuais ordens constitucionais, o objetivo de efetivação de direitos transindividuais alargou ainda mais a importância da norma constitucional. O Estado Democrático de Direito não tolera reducionismos no papel do Estado frente à efetivação dos direitos fundamentais⁶ e é a Constituição que disciplinará a forma pela qual essa relação Estado x direitos fundamentais será mantida.

Nesse ponto, há que se destacar que, num Estado Democrático de Direito, a ideia dos direitos fundamentais será o norte de todos os segmentos de sua atividade. Os direitos fundamentais não são apenas um capítulo contido no texto constitucional, mas um vetor de princípios basilares do Estado, os quais deverão permear todo o ordenamento jurídico, desde os ramos didaticamente classificados como privados, até todos os ramos do Direito público. Diga-se, o direito civil, penal, processual, trabalhista, previdenciário, tributário, comercial, todos eles terão como norte os direitos constitucionalmente consagrados enquanto fundamentais dentro daquela comunidade política.

Quanto ao conteúdo de uma Constituição, Silva (2011, p. 43), ensina que esta, enquanto norma-base do Estado, tem como objetos de sua regulamentação, basicamente, a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, os limites de sua atuação, a proteção dos direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, além de determinar os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Bonavides, por sua vez, considera a Constituição, do ponto de vista material, como:

⁶ Nas palavras de Streck: “no marco do Estado Democrático de Direito, às funções ordenadora e promotora do Direito, própria dos modelos de Estado Liberal e Social, respectivamente, agrega-se a função de potencial transformação social.”(2012, p. 37)

[...] o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais quanto sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição. (2011, p. 81)

Como se vê, a Constituição de um Estado apresenta-se como um esqueleto, sobre o qual atuará toda a legislação infraconstitucional, conformando-o à estrutura visada pela comunidade política. É nela que constarão as escolhas políticas basilares do Estado, de acordo com a ideologia nele vigente. Logo, dentro de um Estado autoritário, não há como vislumbrar no corpo normativo-jurídico princípios penais garantistas, de igual maneira como num Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais terão prevalência na normatização.

A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, expressa uma série de opções políticas decorrentes do paradigma estatal por ela instituído, qual seja, do Estado Democrático de Direito. São opções sobre as quais o legislador não pode dispor em contrário, mas tão somente regulamentar. A partir do momento em que se tem a Constituição expressando a soberania popular, somente o poder constituinte pode mexer nas bases estruturais e políticas do Estado, estando o legislador ordinário vinculado àquelas escolhas iniciais e básicas do país.

Alguns exemplos dessas escolhas político-ideológicas podem ser citados, ainda que superficialmente, com vistas a ilustrar o que se tem dito. A Constituição de 1988 consagrou, em seu art. 226, o pluralismo familiar, conferindo proteção estatal tanto ao casamento, quanto à união estável e ainda à comunidade monoparental. No campo eleitoral, por exemplo, adotou o pluripartidarismo (art. 17), em oposição ao bipartidarismo da Constituição anterior. O sistema contributivo quanto à previdência social (art. 201), em oposição ao não contributivo do sistema de saúde (art. 196), a livre iniciativa no setor econômico (art. 170), entre outros.

Todos os exemplos mencionados são escolhas feitas pelo poder constituinte, em decorrência da ideologia adotada pela nova ordem constitucional. O Estado Democrático de Direito, que aqui se pretendeu instalar, de acordo com a posição política da assembleia formada, melhor se compatibilizaria com tais modelos e sistemas e não com outros que poderia adotar. Foram as escolhas feitas pelo povo brasileiro na formação de sua nova ordem jurídica, por meio da assembleia constituinte, as quais

devem ser respeitadas pelo Estado em toda a sua posterior organização, através do executivo, legislativo e judiciário⁷.

É certo que ao legislador ordinário é conferida certa margem para escolhas também políticas, mas nunca de modo arbitrário. Mais adiante analisar-se-á a ideia de princípio legislativo proposta por Dworkin dentro de sua teoria da integridade, mas, por ora, basta lembrar que tal legislador atua sobre as escolhas básicas já tomadas pelo constituinte, não podendo contrariá-las. Busca, em verdade, implementá-las, tornando-as palpáveis e aproximando o Estado dos ideais firmados pela soberania popular. Se as contraria, rompe os limites que lhe são impostos pela ordem constitucional e o exercício de seu poder político torna-se ilegítimo.

Na história brasileira, tem-se um longo período de ditadura militar seguida pela promulgação da inovadora Constituição de 1988, de viés totalmente democrático. Nesse ponto, é válido referir à distinção feita por Miranda, quanto às diferentes atitudes que se pode expressar através do constitucionalismo. Ele aborda duas posturas: a cognoscitiva e a voluntarista (2011, p. 160). A primeira diria respeito às primeiras fases do constitucionalismo, em que a Constituição apresentava um papel meramente descritivo da ordem jurídica, formalizando-a, sem maiores impactos na ordem social. A segunda, nascida das revoluções do século XVIII, já denota um papel transformador das Cartas Políticas, no sentido de mudança das condições políticas e sociais existentes no Estado. É essa segunda postura a mais condizente com a compreensão do texto de 1988.

Assim, uma Constituição democrática como a brasileira, emergindo da transição de um Estado autoritário para um pretense Estado Democrático de Direito, tem uma evidente função transformadora, obviamente tanto da ordem jurídica, quanto da realidade social e cultura nacional. Os preceitos que ela transporta serão a base normativa para a adequação do Estado aos objetivos da comunidade política, que não mais condizem com aqueles consagrados na antiga ordem constitucional.

Na esfera penal e processual penal, as escolhas do constituinte podem não ter sido fixadas de forma expressa e específica, porém a análise do todo constitucional permite compreender a ideologia seguida e os modelos consagrados. Em relação ao Estado brasileiro, essa análise não se faz dificultosa, a partir do momento em que se tem a consagração expressa de um Estado Democrático de Direito, o qual se mostra

⁷ Nas palavras de Jorge Miranda: “A Constituição é então a auto-organização de um povo (de uma nação, na aceção revolucionária da palavra), o ato pelo qual um povo se obriga e obriga os seus representantes, o ato mais elevado de exercício da soberania (nacional ou popular, consoante a concepção que se perfilhe)” (2011, p. 163).

totalmente incompatível com a ideia de um direito penal autoritário, além de um processo penal de cunho inquisitório, antecipe-se.

Um direito penal autoritário pressuporia um Estado de Polícia, no qual a intervenção estatal na esfera privada do particular é regra, sempre justificada em prol de um suposto bem comum, como a busca da segurança pública. Nele, direitos individuais nunca poderiam prevalecer em face do interesse coletivo, favorecendo a expansão do direito penal e das privações dele decorrentes. O mesmo se diga quanto ao modelo processual inquisitório, pautado na ideia de busca da verdade real e de efetivação do direito material com vistas à prevenção da criminalidade, independentemente dos meios empregados para tanto⁸.

A Constituição brasileira, diante do contexto de seu surgimento, bem como do conteúdo de suas disposições, expressa claramente a busca pela concretização de um Estado Democrático de Direito, e, por conseguinte, o objetivo principal de tutelar os direitos e garantias fundamentais, além de permitir a participação popular nas decisões políticas do Estado, contendo um sistema de princípios fundamentais⁹, sobre os quais toda a ordem jurídica pátria terá de erguer-se, conformando-se aos mesmos e aos ideais perseguidos para poder se legitimar. Assim, firmada sua ideologia e os objetivos do Estado, o próprio constituinte tomou as principais escolhas político-ideológicas necessárias à estruturação do corpo político.

Se tais opções não condizem com a realidade da sociedade brasileira, isso não deslegitima o texto constitucional, mas, retomando a ideia de Streck, tão somente demonstra seu papel transformador da cultura e da prática aqui existentes. Daí a necessidade de adequação de todo o ordenamento jurídico aos ideais dispostos na Lei Maior, para que o plano normativo possa permitir ao plano fático a transformação objetivada. E diga-se, objetivada pela soberania popular, exercida por meio do poder constituinte.

A Carta Política determina a viga mestra do Estado brasileiro e, depois, irradia seus princípios fundamentais para todos os setores deste, determinando as bases para os sistemas que o compõem. Nesse sentido, interessante a lição de Prado, que leciona:

⁸ É o que confirma Zaffaroni, ao tratar da interdisciplinaridade entre direito penal e processo penal: “[...] entre elas não deve existir uma assimetria político-criminal ou ideológica. A um direito penal limitador ou de garantias corresponde um direito processual penal acusatório, e a um direito penal autoritário, um processo penal inquisitório.” (2011, p. 290).

⁹ Expressão um tanto redundante, mas mantida para fins de ênfase.

Na verdade, o sistema processual está contido no sistema judiciário, por sua vez espécie do sistema constitucional, derivado do sistema político, implementando-se deste modo um complexo de relações sistêmicas que metaforicamente pode ser desenhado como de círculos concêntricos, em que aquele de maior diâmetro envolve o menor, assim, sucessivamente, contaminando-o e dirigindo-o como os princípios adotados na Lei Maior (2006, p. 55).

Logo, também os sistemas penal e processual penal terão de seguir o mesmo caminho do sistema constitucional, este compreendido como conjunto de normas constitucionais – regras e princípios, coordenados entre si, os quais funcionam como estrutura organizada e destinada a determinado fim. São eles elementos basilares para o exercício do poder estatal, notadamente do *jus puniendi*, não podendo, portanto, ficar à mercê de um poder legislativo não representante da soberania popular em sua plenitude.

Badaró ratifica o que se tem dito, ao lecionar: “*Como facilmente se percebe, a questão é muito mais política do que técnico-processual. Na verdade, a escolha do sistema processual decorre do próprio modelo de Estado que o instituiu e das relações deste Estado com os seus cidadãos.*” (2003, p. 106), que são objetos da regulamentação constitucional. Lopes Jr. trata também do tema, referindo que a escolha pelo sistema acusatório ou inquisitório varia conforme as necessidades do Estado, são reflexos do processo penal, que é influenciado pelo direito penal e pelo Estado em que se desenvolve. Assim, entende o autor que os princípios da política processual são fruto da política estatal da Nação (2005, p. 155).

Ocorre que, no Direito brasileiro, há uma visível incompatibilidade entre a normatização (infraconstitucional) penal e processual penal com as disposições constitucionais relativas à matéria. O código penal (1940) e o de processo penal (1941), elaborados em plena vigência do Estado Novo (de caráter autoritário), pautados na ideologia de Estado Social, expressam a regra da intervenção estatal, em completa contrariedade à posição garantista da Constituição de 1988. É dessa oposição que surge a polêmica doutrinária acerca da natureza do sistema processual penal vigente no Brasil, havendo doutrinadores que o enxergam ora como sistema inquisitório, ora como misto e ainda como acusatório¹⁰.

Aqueles que conceituam o sistema brasileiro como inquisitório, entendem que a porção acusatória presente no texto constitucional não tem a normatividade

¹⁰ Em defesa da natureza inquisitória do sistema: Lopes Jr (2005, p. 177), Busato (2010, p. 307), entre outros. Marques (2000, p. 65), Oliveira (2009, p. 9), Badaró (2013, p. 30) sustentam sua feição acusatória. Defendem a natureza mista do processo brasileiro Nucci (2008, p. 117), Tucci (2004, p. 47), Prado (2006, p. 195), etc.

necessária para se impor frente à porção inquisitória contida na legislação infraconstitucional e que esta, por sua vez, deforma o sistema proposto no plano normativo superior, chegando à conclusão de existência do sistema inquisitório no Brasil. Exemplo dessa posição é dada por Lopes Jr., seguindo a doutrina de Coutinho, ao afirmar: “*Destarte, fica fácil perceber que o processo penal brasileiro é inquisitório, do início ao fim, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional*” (2005, p. 177). Interessante perceber o reconhecimento da incompatibilidade com o texto da Lei Maior e mesmo assim a classificação sendo feita de acordo com o disposto na normatização inferior.

Assim, em que pese a profundidade da análise de ambos os autores, discorda-se de tal posicionamento, que parece ser seguido por Prado, quando considera a viabilidade da teoria da aparência acusatória no Direito brasileiro (2006, p. 195). E aqui vem à tona o argumento a que se referiu, logo no começo, como um tanto óbvio, mas assim não considerado. Há uma hierarquia normativa entre as disposições constitucionais e as infraconstitucionais. Ninguém negaria o pluralismo familiar consagrado na Constituição em favor de um dispositivo contido no Código Civil, ou negaria o pluripartidarismo se, de repente, determinada lei restringisse a existência de partidos políticos ao número máximo de dois. Porém, no campo penal e processual penal, essa hierarquia parece sofrer grande rejeição por motivos culturais, os quais, muitas vezes, cegam às questões de ordem técnico-jurídicas.

Não é legítima uma ordem legal ordinária que siga posicionamento contrário ao esposado na Constituição do Estado. Isso é certo desde o século XIX, com as inovações liberais no campo constitucionalista. Não se pode ter um sistema principiológico consagrado no plano da Carta Política, através do qual a soberania popular se expressou e tomou suas decisões básicas e outro sistema principiológico, adotado pelo legislador ordinário, dentro de sua atividade vinculada por aquela norma fundamental, em sentido contrário. Havendo hierarquia, que, em tese é indiscutível, entre a normatividade constitucional e a infraconstitucional, é esta quem deve se adequar àquela e não deformá-la, como aceito por parte da doutrina. Admitir tal possibilidade é admitir a mera simbologia da Lei Maior, contrariando toda a lógica de um Estado Democrático de Direito.

Como já referido, o sistema processual penal é um elemento estrutural basilar do Estado, pois diz respeito às formas pelas quais o seu poder punitivo será exercitado e as limitações a este poder frente às liberdades de seus jurisdicionados.

Deve ser, portanto, delimitado pela própria norma-base do corpo político, ou seja, pela Constituição, que tem como um de seus objetos disciplinar a forma de exercício do poder. Legislador ordinário que siga sentido a ela contrário, rompe com seu mandato, extrapola o poder outorgado pelo povo e passa, assim, a atuar de modo ilegítimo (HAMILTON *apud* MIRANDA, 2011, p. 161).

Dessa feita, ainda que a Constituição não tenha indicado expressamente (por meio de norma específica) o tipo de modelo processual pelo qual optou, o sistema constitucional¹¹, com seu conjunto de princípios, o indica de modo implícito, impedindo, ainda assim, que a sua escolha seja contrariada, como entende Santiago Neto¹². Impossível seria a Lei Maior disciplinar todas as matérias basilares do Estado. Todavia, sendo ela dotada de unidade e de um conjunto harmônico de normas (razão pela qual se pode falar em sistema constitucional), algumas destas acabam sendo dela extraídas de modo implícito, como reconhecido, por exemplo, com os poderes investigatórios do Ministério Público (OLIVEIRA, 2009, p. 76). Assim, pode-se dizer que a natureza do sistema processual penal decorrerá implicitamente do conjunto de normas constitucionais estruturantes do processo penal Nas palavras de Pacelli: “*o processo penal brasileiro estrutura-se a partir do devido processo constitucional*” (2012, p. 136).

Destarte, toda a regulamentação derivada deve respeito à Lei Maior, não podendo veicular deformações, sob pena de a norma deformadora ter sua validade negada, dentro da organicidade de um Estado Democrático de Direito. Não se pode permitir que a legislação inferior negue a normatividade da Constituição, tornando-a o que se tem por Constituição meramente nominal, sem efeito perante a realidade social¹³.

¹¹ Bonavides utiliza a expressão “sistema constitucional” como o conjunto formado pela Constituição escrita e pelos demais aspectos materialmente constitucionais, os quais foram alijados pelo positivismo normativo. Nesse sentido, afirma o autor: “*o sistema constitucional, quer dizer, aquele que abrange todas as forças excluídas pelo constitucionalismo clássico ou por este ignoradas, em virtude de visualizar nas Constituições apenas o seu aspecto formal, o seu lado meramente normativo, a juridicidade pura*” (2011, p. 97). Aqui, porém, quando se fala em sistema constitucional, refere-se ao conjunto de normas e princípios consagrados na própria carta, de modo implícito ou explícito.

¹² O Autor afirma: “*Contudo, como a adoção do sistema acusatório não foi expressa, a porta para regulamentação em sentido diverso no plano infraconstitucional continuou aberta, permitindo que o Código de Processo Penal, forjado no ano de 1941 e em pleno Estado Novo, regime autoritário imposto por Getúlio Vargas, seja mantido em vigor e sem que seja questionada sua recepção pela nova ordem constitucional.*” (2012, p. 116).

¹³ Miranda menciona a classificação das Constituições proposta por Loewenstein, dividindo-as em normativas, nominais e semânticas. Quanto ao tema, afirma o autor: “*As primeiras são aquelas cujas normas dominam o processo político, aquelas em que o processo do poder se adapta às normas constitucionais e se lhes submete. As segundas são aquelas que não consegue adaptar as suas normas à dinâmica do processo político, pelo que ficam sem realidade existencial. As terceiras são aquelas cuja*

A Constituição dentro de um Estado como aquele tem escopo evidentemente transformador, como já o disse Streck (2012, p. 37), não sendo legítimo limitar-lhe a simples carta de intenções, sem efetividade.

Indicado o sistema processual pela Lei Maior, as leis ordinárias que venham a regulamentá-lo têm duas opções: consagrá-lo em suas disposições ou simplesmente serem eliminadas do ordenamento jurídico por serem com ele incompatíveis. Nessa hipótese, se anteriores a 1988, pelo fenômeno da não recepção, se posteriores, pela sua clara inconstitucionalidade. O que não se mostra razoável, no entanto, é que leis hierarquicamente inferiores contrariem a opção feita pelo constituinte, ferindo o sistema processual penal por ele eleito, uma vez que, certo é, trata-se de uma escolha político-ideológica do Estado.

Dito isso, é da análise da estrutura processual penal constitucionalmente determinada que se poderá valer para classificar o sistema vigente no Estado brasileiro. Análise esta que passa a ser feita no próximo tópico.

1.3 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO INSTITUÍDO PELA CF/88.

Firmando-se a ideia de ser o sistema processual penal aquele instituído pela ordem constitucional e não pelo legislador ordinário, em sua regulamentação, cumpre, para descobrir a natureza do sistema vigente no Estado brasileiro, analisar a configuração que a Lei Maior confere ao processo penal.

Quanto à ideologia consagrada no Estado, ao menos do ponto de vista formal-normativo, é inquestionável a opção brasileira por um Estado Democrático de Direito, tendo sido o constituinte expresso quanto à escolha, por meio do art. 1º da CF/88. Daí já se extrai a conclusão lógica de que a tutela dos direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados é um dos principais objetivos do Estado brasileiro. Os artigos seguintes do texto constitucional denotam também essa preocupação, quando elencam como objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e

realidade ontológica não é senão formalização da situação do poder político existente em benefício exclusivo dos detentores de fato desse poder. Ao passo que as Constituições normativas limitam efetivamente o poder político e as Constituições nominais, embora o não limitem, ainda têm essa finalidade; as Constituições semânticas apenas servem para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores de fato na comunidade” (2011, p. 164).

solidária, a promoção do bem de todos (art. 3º, incisos I e IV) e também a prevalência dos direitos humanos como princípio regentes nas relações internacionais (art. 4º, II).

Diante da pretensão de constituir um Estado Democrático de Direito, essa preocupação da Constituição brasileira em proteger os direitos fundamentais não pode ser vista de modo estanque, como mero capítulo da norma, ela deve permear todo o seu conteúdo, para que haja coerência dentre os objetivos nela dispostos. Como já ressaltado, uma Constituição tem vários objetos, dispendo sobre a estrutura do Estado, a organização de seu poder e exercício do mesmo, assim como os limites de sua atuação. Em todas essas regulamentações, a ideia de tutela dos direitos inerentes à pessoa deve ser o norte para compreensão sistema constitucional e daqueles subsistemas por ele criados.

O que se percebe do texto constitucional de 1988 é uma enorme preocupação com o fantasma ditatorial. Mais de vinte anos de ditadura militar deixaram uma dolorosa experiência para a sociedade brasileira, razão pela qual a nova ordem nasce com uma ideologia totalmente revolucionária (em relação à ordem anterior), consagrando direitos individuais, sociais, coletivos, difusos, transindividuais como um todo. A cada dispositivo da Lei Maior vislumbra-se uma tentativa de obstar a expansão do poder político estatal, escudando o particular contra arbitrariedades deste, vivenciadas durante longo período de autoritarismos e discricionariedades, que marcaram a história do país.

Num Estado Democrático de Direito, o poder não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de proteção e promoção dos direitos fundamentais de seus nacionais. Sendo exercido fora desses limites, deslegitima-se. A participação popular é exigência para a sua configuração, tal como a autonomia individual (proporcionada pela consagração desses direitos) é pressuposto para uma participação popular efetiva (PACELLI, 2012, p. 10-11). O poder político somente se legitima quando exercido dentro dessa perspectiva.

Importante ressaltar que a maior parte dos dispositivos constitucionais, que tratam da temática processual penal, estão previstos no Título II da CF/88 (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), ou seja, o sistema processual penal brasileiro encontra-se estruturado sobre uma base garantista, ergue-se a partir de extenso rol de direitos

fundamentais do acusado, os quais não poderão ser mitigados pelo Estado no exercício da persecução penal¹⁴.

Em outras palavras, o sistema processual é construído, ao menos no Brasil, a partir de cláusulas pétreas do Estado em favor dos indivíduos, com vistas a distanciar-se cada vez mais daquele fantasma autoritário de tempos passados. Desde esse momento já se vê certo afastamento da opção por um sistema inquisitório, onde a busca da verdade real possa flexibilizar qualquer garantia do réu em prol da segurança pública. Mas essa conclusão, nem de longe, basta para afirmar o caráter acusatório do modelo aqui vigente. Siga-se, então, na análise das disposições constitucionais.

Primeiramente, há a separação de funções processuais determinada por meio do art. 129, inciso I da CF/88, que prevê: “*São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”. No art. 127, a Lei Maior determina: “*O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*”.

Assim, dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, o Ministério Público cresce em sua importância, voltando-se também à proteção dos particulares em face de abusos e omissões estatais. Ainda quando se analise seu papel de titular da ação penal, sua atuação é - ou ao menos deveria ser - norteadada pela proteção dos direitos e garantias fundamentais, na condição de garantidor da ordem jurídica. Não se concorda, de modo algum, com a ideia de ser órgão imparcial na persecução penal, porém, ainda assim, deve visar sempre a tutela de direitos, mesmo que pertencentes à parte contrária à sua pretensão.

A própria Constituição, numa escolha também político-ideológica, instituiu exceção à titularidade da ação penal do Ministério Público, prevista no art. 5º, inciso LIX¹⁵, permitindo que seja promovida a ação penal por iniciativa do particular, mas tão somente quando o *parquet* negligencie seu dever e mantenha-se silente. Trata-se de hipótese restrita e somente admissível por ser consagrada constitucionalmente, deixando

¹⁴ Nesse sentido, Pacelli afirma: “*A nosso aviso, semelhante tarefa deve iniciar-se pela identificação, no plano principiológico constitucional, de um núcleo normativo que deverá permear toda a leitura da tutela dos direitos fundamentais: o modelo constitucional brasileiro, ainda que, talvez, não contemple todos os axiomas fundamentais mencionados por FERRAJOLI, é eminentemente garantista*”. (2012, p. 127)

¹⁵ Art. 5º - Inciso LIX – “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.”.

bem claro a impossibilidade de outra normatização inferior mitigar a “privatividade” da ação penal.

Dessa forma, tem-se que a acusação, no Estado brasileiro, somente pode ser procedida pelo próprio Ministério Público ou pelo ofendido, nos casos excepcionalmente elencados em lei, com amparo na exceção constitucional. Nenhum outro sujeito está legitimado a promover, na esfera processual, a persecução penal. Quando quis excepcionar sua regra, a Constituição o fez de forma expressa. A jurisdição, por óbvio, fica a cargo do Poder Judiciário e a defesa¹⁶ pode ser realizada tanto por advogado constituído¹⁷ e dativo, quanto pela Defensoria Pública¹⁸, todos considerados pela Lei Maior como essenciais à função jurisdicional.

Retornando ao Título II da CF/88, especificamente ao art. 5º da CF/88 e suas cláusulas pétreas, são diversos os direitos e garantias ali consagrados, os quais expressam não somente o modelo processual, mas o próprio sistema penal adotado neste país, em decorrência de sua natureza de Estado Democrático de Direito. Dessa feita, cabe sublinhar, a título exemplificativo, alguns princípios penais ali elencados, dentre os quais se podem citar a vedação à tortura (inciso III), o princípio da reserva legal penal (inciso XXXIX), a irretroatividade da lei penal (inciso XL), a intranscendência da pena (inciso XLV), vedação à pena de morte e penas cruéis (inciso XLVII), entre outros.

Tais princípios dão uma base para compreensão da opção político-ideológica do Estado brasileiro após a Constituição de 1988. São eles evidências claras quanto ao modelo penal a ser aplicado. Não há dúvida acerca da opção por um modelo de Estado de Direito em oposição a um Estado de Polícia, assim como da escolha de um direito penal liberal em face de um direito penal autoritário (ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 96). Isso no plano normativo constitucional, ao menos.

A ideologia que norteia o Estado brasileiro e sua atual configuração política são fortes indícios do sistema processual penal aqui consagrado, porém não suficientes a firmá-lo, de modo peremptório. O estudo especificado dos princípios reconhecidos por meio da ordem constitucional, conformando o processo pátrio, faz-se necessário. Notadamente quando se retoma a ideia de Geraldo Prado, acerca da “filosofia da

¹⁶ Lembre-se a possibilidade de impetração do *habeas corpus* pelo próprio paciente ou mesmo por terceiro, ampliando-se, portanto, as possibilidades de legitimação no campo da defesa.

¹⁷ Art. 133. “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

¹⁸ Art. 134. “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

máxima acusatoriedade”, segundo o qual não existe um modelo fechado de sistema acusatório, mas variações, construídas sobre elementos básicos, inerentes a este e contrários à ideia de inquisitoriedade.

O sistema constitucional brasileiro consagra como *cláusula pétrea* de sua ordem jurídica o direito fundamental ao devido processo legal¹⁹, do qual são corolários diversos outros direitos de igual importância. É a base sobre a qual se estrutura o processo constitucional brasileiro, consistindo em elemento comum a todos os ramos processuais, seja ele civil, penal, trabalhista, tributário, administrativo, etc.

Princípio de suma importância, principalmente no que tange ao processo penal, tendo em vista a possibilidade de restrição a um dos direitos mais fundamentais ao ser humano, que é sua liberdade. Encontra-se hoje consagrado como garantia fundamental prevista no Art. 5º, inciso LIV da CF/88²⁰ e tem sido compreendido pela doutrina numa dupla dimensão, formal e substancial.

Rangel, ao tratar de referido direito, ensina: “*O princípio significa dizer que se deve respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento de liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens*”(2011, p. 03). Essa seria a dimensão formal do princípio, no sentido de respeito aos ditames legais ou, como diria Cordero, às regras do jogo. Tem-se, portanto, uma maior segurança jurídica ao acusado no curso do processo penal, tendo ele e sua defesa técnica plena consciência dos atos e formas aos quais se sujeitará e os meios que lhe serão conferidos para implementar sua defesa.

Quanto à dimensão material ou substancial do direito, a norma aplicada por meio do processo deve se coadunar com a realidade constitucional imposta, surtindo efeito desde a fase de sua produção legislativa até a real aplicação ao caso concreto. Nas palavras de Fernandes:

A doutrina vai além, deixando de circunscrever a garantia a âmbito estritamente processual, para dar-lhe uma feição substancial, exige-se um ‘processo legislativo de elaboração de lei previamente definido e regular, bem como razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos. Necessariamente enquadrados nas preceituações constitucionais (2005, p. 46).

Trata-se de uma garantia genérica e também subsidiária, no sentido de que, partindo de sua compreensão como dever de respeito à ordem jurídica imposta, toda e

¹⁹ Art. 5º [...] “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

²⁰ Art. 5º - Inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

qualquer violação de direito implica violação ao devido processo legal. Em outras palavras, a violação ao contraditório, à ampla defesa, à vedação de provas ilícitas, à presunção de inocência, etc., sempre ofenderá o direito ora tratado, tornando a medida estatal ilegítima diante do Estado Democrático de Direito que o consagre. Bastos acrescenta:

Contudo, sua enunciação [devido processo legal] no texto constitucional não é inútil, pelo contrário, ela tem permitido florescer toda uma construção doutrinária e jurisprudencial que tem procurado agasalhar o réu contra toda e qualquer sorte de medida que o inferioze ou impeça de fazer valer as suas autênticas razões. (1999, p. 226)

Como bem ressaltado por Cordero (2000, p. 88), no sistema acusatório, há o total respeito às regras estabelecidas para o desenrolar do procedimento, não podendo o alvedrio judicial mitigá-las, em busca de uma efetiva aplicação do direito penal. Num Estado onde se consagre o devido processo legal, como o Brasil, não se pode falar em verdade real, pois a busca por esta estará sempre limitada ao respeito tanto às formalidades impostas por lei, quanto pelos direitos e garantias fundamentais conferidos ao acusado. É como se tal direito fosse a amarra do sistema processual constitucional, pois violado qualquer um de seus componentes, violada estará esta cláusula pétrea e o resultado não será juridicamente válido.

Como corolários diretos do devido processo legal, consagrou a Constituição de 1988²¹ também os direitos ao contraditório e à ampla defesa, sem os quais aquele primeiro nunca restará respeitado. Embora sejam direitos intimamente relacionados, sendo, em verdade, um pressuposto do outro, eles não se podem confundir. O primeiro diz respeito às oportunidades dadas ao acusado para implementar sua defesa. Daí porque tratado comumente como o binômio informação x reação.

O acusado deve ser informado de todos os atos processuais e manifestações acusatórias, bem como decisões judiciais, sendo-lhe conferida oportunidade para manifestar-se igualmente, buscando sempre fortalecer sua tese perante o órgão julgador. Para que as duas teses (acusação e defesa) cheguem igualmente ao juiz, equidistante das partes na relação processual, o contraditório deve ser respeitado em todas as fases do procedimento. Nas palavras de Lopes Jr.:

O ato de “contradizer” a suposta verdade firmada na acusação (enquanto declaração petítoria) é ato imprescindível para um mínimo de configuração

²¹ Art. 5º - Inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. (2008, p. 182-183)

Num Estado Democrático de Direito, no qual a participação popular nas decisões políticas se faz fundamental, não há como se cogitar a existência de um processo sem a consagração do direito ao contraditório, através do qual o particular buscará impedir a interferência do Estado em sua esfera privada. É ele que permitirá ao acusado a efetiva defesa de seus interesses e a legitimidade da decisão judicial proferida.

Daí porque o contraditório está intimamente relacionado com o direito à ampla defesa. A partir do momento em que o acusado toma conhecimento da tramitação processual (informação), sendo-lhe conferida oportunidade de manifestação (reação), é que se torna possível o exercício da defesa. “*A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação de defesa e do contraditório*” (LOPES JR., 2008, p. 185).

A defesa, para ser ampla e efetiva, comporta também o binômio defesa técnica x autodefesa (defesa privada). A primeira diz respeito à exigência de patrocínio do acusado por profissional tecnicamente habilitado no campo do Direito, como forma de mitigar o desequilíbrio processual entre defesa e acusação, haja vista ser esta realizada por órgão estatal dotado altamente capacitado juridicamente. Ou seja, fortalecer o acusado, comumente desconhecedor de seus direitos e garantias na relação processual, permitindo-lhe a real defesa de seus interesses. Como leciona Lopes Jr., a defesa técnica é pressuposto da paridade de armas e imprescindível ao sistema acusatório (2008, p. 185).

Além da defesa técnica, a ampla defesa exige também uma efetiva autodefesa, significa dizer, ao acusado deve ser dada oportunidade de se manifestar e narrar ao julgador a sua verdade acerca dos fatos. Ela é exercitada principalmente nas fases de interrogatório, seja policial, seja judicial. Porém, frise-se, para exercício de tal direito, o acusado não é forçado a se manifestar, mas sim, como dever do julgador, ter oportunidade para tanto. Se, por questão de estratégia, preferir omitir-se, ainda assim sua defesa estará sendo efetivada, por meio do que se convencionou chamar “autodefesa negativa”.

Oportuno, portanto, tratar do também constitucional direito ao silêncio, que expressa no ordenamento pátrio o princípio do “*nemo denetur se detegere*”, que é o direito à não auto-incriminação. Encontra-se tutelado por meio do art. 5º, inciso LXIII

da CF/88. O acusado no processo penal não é forçado a produzir provas contra si mesmo, podendo mentir e sonegar informações, o que seria totalmente absurdo diante de uma sistemática inquisitória, na qual a ideia de busca da verdade real é o norte de todo o procedimento.

A Constituição de 1988, em seu Art. 5º, inciso LVII, consagra o que se tem por princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência, segundo o qual ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença penal a condenatória. Trata-se de *cláusula pétrea* do Direito brasileiro, que tem sido continuamente violada, principalmente no campo processual por meio das chamadas prisões cautelares, deixando ainda mais evidente a discrepância entre a normatização constitucional e as disposições infraconstitucionais, que lhes deveriam ser subordinadas²².

O Estado de inocência ou a presunção de inocência consiste em princípio estruturante do processo penal, vinculado às suas bases e de acordo com o qual devem estar todas as edificações desse ramo (PACELLI, 2012, p. 140. Significa dizer, disciplinas como a das prisões cautelares e a do sistema recursal devem ter em mente sempre o estado de inocência do réu. As decisões do legislador ordinário, ao disciplinar o processo penal, e as decisões do judiciário, ao aplicar medidas processuais devem sempre partir do pressuposto de que o acusado é inocente. Não se trata de faculdade do magistrado assim enxergá-lo, mas sim de um direito público constitucionalmente assegurado de ter a presunção jurídica a seu favor.

A presunção de inocência milita sempre a favor da defesa, gerando como consequências processuais o ônus probatório a cargo da acusação, a impossibilidade de aplicação de prisões como antecipação da pena, entre outras. A consequência mais importante que se extrai desse direito, no tocante ao presente trabalho, é a consagração de uma verdade eminentemente processual em detrimento do mito da verdade real. Não se pode sustentar a busca de uma verdade absoluta quando milita em favor da defesa uma presunção decorrente de norma constitucional, a qual somente pode ser elidida por meio da certeza processual da autoria e materialidade do delito (LOPES JR., 2008, p. 179).

²² Recentemente, deu-se um avanço no sentido de consagração dos imperativos constitucionais, através da lei 12.403/11, que implementou uma variedade de medidas cautelares não privativas de liberdade como modo de melhor resguardar direitos fundamentais do acusado, tais como sua liberdade e a presunção de inocência que a Constituição lhe assegura. Embora o trato infraconstitucional da matéria não seja o foco neste item, isso demonstra a busca do legislador em adaptar seu ordenamento às disposições constitucionais e, assim, à moralidade política do Estado brasileiro.

Importante se ressalte que todos os direitos que aqui serão mencionados possuem uma relação intrínseca entre si. Como se vê, o devido processo legal pressupõe o respeito à ampla defesa e ao contraditório, o direito ao silêncio decorre do exercício da ampla defesa e assim por diante, demonstrando a sistemática garantista da Constituição de 1988, que implicará subsistemas sempre garantistas, para que a normatividade da Lei Maior seja resguardada. O mesmo ocorre, por exemplo, com a presunção de inocência e o direito à liberdade, que é (ou deveria ser) regra no processo penal brasileiro por força do art. 5º, incisos LXI, LXV e LXVI da CF/88.

Partindo-se da presunção de inocência atribuída a todos os jurisdicionados, independentemente da natureza dos delitos que se lhe imputem, ninguém pode ser preso por ser presumidamente culpado, sendo que tal presunção somente é superada por meio de sentença judicial transitada em julgado²³. A liberdade, portanto, é regra, sempre, devendo as prisões cautelares serem vistas como exceções extremas, as quais devem ser impostas quando não houver mais outra possibilidade, diante de um juízo de proporcionalidade.

Outro direito consagrado constitucionalmente pelo atual ordenamento jurídico pátrio é a vedação ao uso de provas ilícitas²⁴. Trata-se de um direito que se expressa tanto na dimensão material quanto processual (PACELLI, 2012, p. 147), pois, busca primeiramente impedir que direitos individuais do acusado, como privacidade, liberdade, intimidade, imagem, etc., sejam violados na busca de provas de sua responsabilidade e, uma vez produzida a prova em contrariedade às normas de Direito, implica, no plano processual, a sua inutilização, como forma de inibir a prática abusiva por parte do Estado.

Significa dizer, meios probatórios obtidos mediante violações a direitos nunca poderão influenciar no convencimento do órgão julgador, demonstrando mais uma vez a primazia dos direitos e garantias fundamentais do acusado em detrimento da busca desenfreada por uma verdade real e pela efetiva aplicação da norma material, indo totalmente de encontro à lógica do sistema inquisitório.

A publicidade também é direito imposto pela norma constitucional, por meio do Art. 5º, inciso LX, quando dispõe: “*a lei só poderá restringir a publicidade dos*

²³ Discorda-se veementemente da posição de Pacelli, no tocante ao tema, quando referido autor admite que há determinadas hipóteses nas quais a certeza acerca da culpabilidade do agente é tão forte que nem mesmo seria necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença, para recolhê-lo à prisão (2012, p. 146).

²⁴ Art. 5º - inciso LVI: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". O Art. 93, inciso IX da mesma norma também trata da publicidade, indicando-a como regra nos julgamentos do Poder Judiciário²⁵. A Publicidade, assim, aparece como um direito fundamental que favorece a lógica acusatória do sistema processual penal brasileiro, quando impede a legitimidade de procedimentos sigilosos, como regra. Permite à sociedade a contínua fiscalização no exercício do poder político estatal. Fernandes, ao tratar do tema, leciona:

Trata-se de garantia relevante e que assegura a transparência da atividade jurisdicional, permitindo ser fiscalizada pelas partes e pela própria comunidade. Com ela são evitados excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa penal, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça." (2005, p. 71-72)

Doutrinariamente, tem sido considerada a partir de duas espécies: a publicidade geral, que é a permissão de conhecimento direto pela população dos atos realizados, e a publicidade especial, que é aquela restrita somente às partes do processo. Existem ainda outras classificações, porém de menor importância no presente momento. Importa, no entanto, ressaltar que se trata de direito não absoluto, tendo a própria Carta Política permitido sua flexibilização, porém não de forma discricionária e sim desde que as circunstâncias fáticas façam com que sua limitação seja legítima em face da tutela de outros direitos igualmente fundamentais e não como se dava outrora, em tempos de inquisição, quando o sigilo era regra simplesmente por otimizar os resultados da persecução penal.

A Constituição também consagra a regra (ou princípio) da fundamentação das decisões judiciais, no mesmo art. 93, inciso IX. É também um direito que viabiliza a fiscalização da atividade judicial, "*a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova.*" (LOPES JR., 2008, p. 195). E continua referido autor:

Serve para o controle de eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, e, principalmente, se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios. (2008, p. 195)

²⁵ Art. 93 – Inciso IX: "*todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.*"

Através desse dever de fundamentação haverá conhecimento acerca do convencimento do magistrado e dos meios probatórios que o conduziram a tal conclusão, facilitando a implementação da defesa do acusado, que não finda com a prolação da sentença, haja vista a possibilidade de recurso frente ao provimento. Lembre-se que a fundamentação não diz respeito tão somente à decisão final, mas a todas as eventuais decisões tomadas pelo juiz no curso do processo, permitindo o exercício de outros direitos fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa.

Um princípio também basilar ao sistema judicial brasileiro e, por conseguinte, ao sistema processual penal, é o princípio do juiz natural, que decorre, basicamente de duas garantias constitucionalmente asseguradas pelo Art. 5º, incisos XXXII²⁶ e LIII²⁷. Princípio totalmente contraditório à lógica do sistema inquisitório e uma das bases para que se negue a legitimidade da atribuição de poderes instrutórios aos magistrados. Isso porque, o princípio do juiz natural, ao exigir o prévio estabelecimento de competência do magistrado para apreciação da causa penal, impõe também a sua total imparcialidade, sem a qual a jurisdição não pode ser exercitada.

Tem-se que o princípio do juiz natural acarreta três consequências básicas, que são: exigência de imparcialidade, definição prévia de competência e vedação aos tribunais de exceção. Todas essas garantias visam exatamente proporcionar ao acusado maior segurança e proteção frente a possíveis arbítrios do Estado-juiz. Nem permitir condescendências, nem excessos por parte do poder público.

Nesse ponto, ressalta-se a necessidade de imparcialidade do órgão julgador para a legitimação do provimento judicial por ele proferido. Todas as garantias até o momento consideradas foram constitucionalmente reconhecidas como meio de permitir ao acusado levar sua tese de defesa em condição de igualdade com a acusação à frente do julgador, que, equidistante de ambas, apreciará o conjunto probatório e tomará a decisão mais adequada. Sem imparcialidade, não há contraditório, não há ampla defesa, não há devido processo legal ou qualquer outro direito fundamental para o acusado, que restará vulnerável frente ao *jus puniendi* estatal.

Diversos outros são os direitos fundamentais protegidos pela Constituição de 1988 e que permitem, sem sombra de dúvidas, atribuir, ao menos nesse plano normativo, a natureza acusatória ao sistema processual penal brasileiro. A vedação à

²⁶ Art. 5º - XXXVII – “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”

²⁷ Art. 5º - LIII – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

tortura, a consagração da coisa julgada, *habeas corpus*, entre tantos outros, demonstram ser esse o sistema eleito pelo constituinte brasileiro, logo, pela própria soberania brasileira. A doutrina, de forma majoritária, reconhece tal fato, porém costuma chegar a conclusão diversa da aqui obtida.

Para grande parte da doutrina, embora a configuração constitucional leve à consagração do sistema acusatório, a legislação infraconstitucional veiculada por meio do CP/40 e do CPP/41 converge para o sistema inquisitório e, portanto, inquisitório é o sistema existente no país. É essa a conclusão a que chega Lopes Jr., por exemplo, afirmando:

Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente –, a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos de sua consagração, que não decorre da “lei”, mas de interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para um modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica.

[...]

Compreende-se, assim, que o modelo constitucional é acusatório, em contraste com o CPP, que é nitidamente inquisitório. (2008, p. 176)

Diante dessas considerações, o autor afirma a natureza inquisitória do sistema brasileiro. Todavia, entende-se, como já exposto, que a classificação deve partir da estrutura constitucionalmente delineada e não do contrário, sob pena de se romper totalmente a lógica da ordem constitucional e permitir-se que a legislação inferior deforme aquilo que fora definido na Lei Maior do Estado.

Seguindo o entendimento de referido autor, talvez nem mesmo o Estado brasileiro pudesse ser considerado, de fato, um Estado Democrático de Direito, a partir do momento em que tem, em seu ordenamento jurídico interno, consagrado um sistema penal autoritário e um sistema processual inquisitório. Negue-se, portanto, a natureza democrática do Brasil e talvez se admita a negativa de existência de um sistema acusatório, pois ambos são reconhecidos no plano constitucional e, muitas vezes, contrariados no plano inferior.

Importante consideração há que ser feita. Como já mencionado alhures, o processo penal brasileiro tem sua base principiológica construída a partir de direitos e garantias fundamentais, resguardados principalmente no art. 5º da CF/88. Trata-se, basicamente, de direitos civis de liberdade, cuja efetivação implica tão somente uma

abstenção do Estado, ao contrário do que se dá com direitos sociais, por exemplo. São aqueles direitos considerados como de primeira dimensão, intimamente relacionados com a concepção liberal de Estado. Pois bem, o §1º de referido dispositivo constitucional atribui àqueles direitos aplicação imediata.

Significa dizer, tais direitos devem ser tutelados desde o momento da promulgação da norma constitucional, não havendo justificativa para violá-los, uma vez que não são positivados por meio de normas programáticas. Logo, também a conclusão obtida por Prado (2006, p. 195), ao afirmar que o princípio e o sistema acusatório seriam meras promessas do Estado brasileiro não prospera, pois eles foram positivados por meio de direitos fundamentais de aplicação imediata, impondo ao legislador o dever de respeito ao seu conteúdo, impossibilitando que o mesmo legisle em sentido contrário às liberdades por meio deles consagrados.

A “nova” ordem constitucional não pode se submeter às antigas normatizações, produzidas ainda ao tempo de um Brasil autoritário e intervencionista. A partir do momento em que se reconhece a natureza acusatória do sistema constitucionalmente eleito, tem-se o dever de adaptação do plano normativo infraconstitucional às suas disposições. Talvez tal fato ocorra no Direito brasileiro devido à sua cultura positivista, ainda muito vinculada a questões formais, deixando de lado o real conteúdo do Direito.

Compreender a evolução histórica do Estado brasileiro e de seu constitucionalismo é de suma importância para que se alcance o verdadeiro significado da Constituição de 1988 e se lhe permita atingir seu mister. A normatividade constitucional, ao menos no campo penal e processual penal, deve ser reafirmada e deve-se compreender o papel transformador de uma Carta Política de tal magnitude na implantação de um Estado Democrático de Direito.

Em suma, a forma como o direito processual penal brasileiro tem sido concebido não mais se coaduna com a realidade jurídica do país e as antigas pré-compreensões e preconceitos culturais devem ser vencidos, em prol da realização dos objetivos da comunidade brasileira, através da leitura constitucional de todo o Direito por ela produzido. O sistema acusatório, enquanto escolha do constituinte, verdadeiro representante da soberania nacional, deve ser implementado e o fantasma do modelo inquisitório rechaçado, por meio de uma nova leitura da ordem jurídica.

2 UMA NOVA CONCEPÇÃO JURÍDICA À LUZ DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE.

2.1 A SUPERANÇA DA CONCEPÇÃO JUSPOSITIVISTA DIANTE DA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.

A realidade jurídica que se vivencia hoje no Brasil e nos demais ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, de modo geral, não mais condiz com aquela vista no início do século XIX, quando predominava o positivismo jurídico. Aqui, a norma tem prevalência sobre qualquer outro tipo de questão, notadamente questões de cunho moral. Direito e moral não se misturam, embora não se negue que tenham íntima relação.

Naquele período, o positivismo filosófico, que rapidamente se difunde no campo das ciências naturais, com a expansão do método experimental, a pesquisa científica tendo sempre por base a observação de fatos comprováveis, fundada no método trifásico de observação, formulação de hipótese e experimentação, é trazido para o campo das chamadas ciências do espírito, dentre as quais se encontra o Direito e a pureza científica passa a ser, também aqui, perseguida.

Para o positivismo jurídico, de forma geral, o Direito é sempre determinado pelo Estado e é soberano. O cientista, no campo do Direito, deve deixar de lado questões de natureza deontológicas e buscar tão somente identificar o que é o Direito e aplicá-lo, ignorando ideais como justiça, moralidade etc. A Ciência do Direito vai até a descoberta da norma, qualquer decisão a partir daí não mais tem cunho jurídico.

Importante frisar a existência de várias correntes positivistas distintas²⁸, cada uma com suas peculiaridades e, devido a uma necessidade metodológica, tem-se como foco principal de críticas o positivismo normativo desenvolvido por Hans Kelsen, no início do século XX, e que influenciou sobremaneira o direito brasileiro.

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen não é algo singelo que se possa resumir no presente estudo, nem constitui seu objeto principal, mas alguns pontos cruciais devem ser ressaltados para mostrar porque tal concepção do Direito não mais se compatibiliza com os atuais ordenamentos jurídicos, bem como o quanto tal concepção

²⁸ A exemplo do positivismo exegético, o positivismo normativista, de Kelsen, e até o positivismo crítico de Ferrajoli.

pode ser prejudicial à efetivação de um direito processual penal constitucional, como se pretende ocorra hoje no Brasil pela Lei Maior de 1988.

Kelsen foca a norma e a estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico. O Direito é aquilo que a norma impõe, independentemente de seu valor moral. Pouco importa se a norma é justa ou injusta à luz da moralidade, pois o importante é que ela seja válida à luz do ordenamento jurídico que integra. A ciência do Direito é uma ciência empírica, que analisa o que as normas são e não o que as normas deveriam ser. Questões como justiça são relativas e não constituem objeto do Direito, mas sim da filosofia, da sociologia.

O normativismo kelseniano, diante de sua busca pela pureza científica, alijando, ao máximo, do Direito, questões de moralidade política, acabou abrindo espaço juridicamente “legítimo” à arbitrariedade estatal. O limite de vinculação ao intérprete, no caso, o magistrado, era aquela “moldura” determinada pela norma, a partir da qual sua tarefa deixava de ser vinculada pelo Direito e tornava-se matéria de política. Significa dizer, dentro da moldura o juiz atuava de modo discricionário, sem que houvesse uma única solução para o caso concreto, ou seja, todas as possíveis alternativas deixadas pela norma seriam juridicamente válidas e acertadas.

Por essa razão, dentro da cultura positivista brasileira, que foi construída a partir do positivismo normativo de Kelsen, não se acredita existirem respostas certas em Direito, mas sim uma pluralidade de respostas possíveis, levando o juiz a escolher a solução que achar melhor, a partir de seu ponto de vista individualizado. Assim, o juiz que opte por uma das respostas cabíveis dentro da moldura, atua legalmente e, assim, legitimamente perante o Direito. Essa forma de compreensão do trabalho do intérprete e do Direito, como um todo, não mais condiz com as pretensões de Estados Democráticos de Direito, como o atual Estado brasileiro.

No positivismo kelseniano, o tema da interpretação ganha pouquíssima relevância, uma vez que, para ele, trata-se muito mais de uma questão política do que jurídica, dentro de sua perspectiva de pureza da ciência do Direito. Para ele, a atividade jurídica do órgão aplicador do Direito resume-se à descoberta da famosa moldura deixada pelas normas positivas.

Segundo o autor austríaco, as normas positivas, em sua grande maioria, são dotadas de uma plurissignificação, ou seja, fornecem diversos possíveis significados. Todavia, tal diversidade não é ilimitada, mas restrita a uma moldura ou um quadro de possibilidades. Dentro deste quadro, tudo é juridicamente válido, fora dele, a resposta

dada ao caso concreto mostra-se contrária ao Direito. Por tal motivo, nega a possibilidade de existência de uma única resposta correta para o caso concreto, ao menos dentro dos limites impostos pelo Direito²⁹.

Poder-se-ia dizer que a decisão proferida pelo órgão julgador não é justa, ou é imoral, porém, se limitada ao que legitima o quadro determinado pelo Direito Positivo, ela será válida, será juridicamente legítima, pois os critérios para afastar a validade da norma são critérios metajurídicos.

Existiriam duas espécies de interpretação: autêntica e inautêntica. Na interpretação autêntica, o aplicador exerce uma atividade cognoscitiva, que consiste na busca pelos limites da moldura imposta pela norma positiva, e um ato de vontade, que é a escolha, dentre as diversas respostas possíveis, daquela que melhor pareça ao aplicador. Ao eleger uma resposta entre as várias cabíveis, ele está criando o Direito. Na interpretação não autêntica, que é realizada por atores distintos, como os cientistas jurídicos, os doutrinadores, sua atividade resume-se à fase cognoscitiva, ou seja, à descoberta dos sentidos que a norma pode possuir, delimitando o quadro a que o aplicador se vincula (KELSEN, 2009, p. 395). Qualquer atividade além da moldura ganha viés político e perde a pureza jurídica.

Kelsen tem grande preocupação em distinguir ou dissociar o Direito da Moral. Entende ambas como ordens sociais, chegando até mesmo a admitir ser a Moral também uma ordem positiva, embora de natureza distinta do Direito. Para ele, a diferença entre ambos consistiria no poder coercitivo que o jurídico possui, de impor à força o cumprimento de seus preceitos, enquanto a Moral somente tem o condão de induzir a aprovação ou reprovação de condutas, conforme a sigam ou não (KELSEN, 2009, p. 71).

O autor segura-se na ideia de relatividade da Moral para afastá-la como critério para a legitimação do Direito. Afirma que, diante da pluralidade de sistemas morais, muitas vezes antagônicos entre si, não se pode dizer qual seria o critério utilizável, pois o que é moral num dado contexto espacial e temporal não o é em outro.

²⁹ A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente (KELSEN, 2009, p. 396).

Algo tão variável e impreciso como a Moral não poderia ser utilizado por um cientista com fins de testar a veracidade e validade de algo, como o Direito posto³⁰.

Ao intérprete cabe descobrir quais as normas vigentes e válidas e aplicá-las, dentro das limitações interpretativas por elas impostas, as quais jamais terão o poder de elidir certa margem de discricionariedade que, para ele, transborda para o campo político, sendo-lhe lícito aplicá-la da forma como acreditar mais justa, mais compatível com a moral, pois nessa fase não mais se trata do Direito e a Moral pode ser um auxílio ao jurista. Mas somente dentro da liberdade disposta pelo Direito positivado.

Dentro desse normativismo, o conteúdo da norma não tinha relação com sua validade. Esta era extraída da forma pela qual a norma se originava, devendo ela ser elaborada dentro das determinações da norma superior, diante da ideia de escalonamento do ordenamento jurídico³¹. Significa dizer, pela perspectiva da Teoria Pura do Direito, a validade da norma inferior decorria de sua compatibilidade formal com a norma superior e a validade desta da sua compatibilidade com a norma hierarquicamente superior (e assim por diante), formando uma pirâmide jurídica. Esta teria como ápice a Constituição, do ponto de vista jurídico-positivo, e acima desta, uma norma hipotética fundamental, correspondente à Constituição em sua dimensão lógico-jurídica.

Percebe-se o risco de tal concepção, a partir do momento que qualquer preceito pode ser juridicamente válido, independentemente do que a norma possa preceituar, desde que haja compatibilidade formal com a norma superior, de onde extrai sua validade. Kelsen chega a dizer “*Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito*” (2009, p. 221). A compreensão de Kelsen acerca do Direito torna este acessível à arbitrariedade estatal. A ausência de sentido a que ele entrega a norma legítima de tal modo a discricionariedade do aplicador, que a segurança jurídica, por ele vista como um mero ideal inatingível, acaba sendo postergada em prol de um formalismo vazio.

³⁰ “A tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda parte. [...] Do ponto de vista da ciência jurídica ela é insustentável. Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – que através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever.” (KELSEN, 2009, p. 78)

³¹ “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta.” (KELSEN, 2009, p. 221).

Favorece assim o protagonismo judicial, quando enxerga na atividade do juiz uma forma de criação do Direito.

Em que pese a influência dessa concepção ainda hoje, ela não mais se aplica com tanta facilidade aos atuais ordenamentos jurídicos, ao menos naqueles pretensos Estados democráticos de Direito, nos quais a ideia de direitos e garantias fundamentais têm ganhado evidência, sendo forçoso reconhecer que a mera compatibilidade formal de normas inferiores com as superiores não mais basta, pois os princípios consagrados, em regra, nos textos constitucionais têm imposto às ordens jurídicas a necessidade de conformação também substancial das normas que as compõem.

Diante de uma Constituição analítica como a brasileira, que não se limita a estabelecer regras procedimentais, formas de exercício de poder ou acesso a ele, bem como processos legislativos, a postura positivista não permite que se extraia da Lei Maior sua melhor interpretação. A atual Constituição institui um novo modelo estatal, novas metas, objetivos e fundamentos para o Estado brasileiro, cuja concretização virá com o tempo e a esmerada aplicação de seus preceitos. Não adianta uma norma da magnitude da atual Carta Política se os seus “operadores” continuarem a enxergá-la como mera carta de promessas.

Streck demonstra grande preocupação com o tema, ao tratar da questão do neoconstitucionalismo e da modernidade tardia do Estado brasileiro. Ressalta a importância de revisão da concepção jurídica adotada no Brasil, como forma de otimizar a aplicação da Constituição de 1988 e implementar o novo paradigma estatal por ela proposto. Segundo o autor, aquele mero papel regulamentador e promovedor das cartas políticas no século XIX não mais se sustenta. Elas têm hoje uma eminente função transformadora e isso é inquestionável diante do contexto político vivido no Brasil ao tempo da promulgação do atual texto constitucional (STRECK, 2009, p. 9).

Porém, de nada adiantaria um texto normativo de vanguarda como a atual Lei Maior se os juristas brasileiros se mantiverem presos à visão positivista do Direito, como se percebe nos campos penal e processual penal. A mera compatibilidade formal de leis infraconstitucionais, como o código penal de 1940 e o código de processo penal de 1941, com a Constituição não implica a sua validade e aplicabilidade acrílicas. Os valores contidos nesta última são também critérios de aferição da validade daquelas normas e sua violação deve obstacularizar sim a aplicação dos preceitos contrários, não importando se se tratam de leis com trinta, quarenta ou cinquenta anos de vigência.

O que se percebe no Brasil é que a norma constitucional evoluiu muito mais rápido do que a cultura. Embora seja consenso a impossibilidade de o Direito acompanhar a evolução social e daí decorrer sua constante defasagem em relação aos fatos sociais, aqui parece ter havido o inverso. A Constituição de 1988 antecipa-se à democratização da realidade brasileira e surge então um conflito entre o caráter da norma posta e a prática jurídica. No campo penal, por exemplo, a norma impõe a conformação a um Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, a um Direito Penal liberal, enquanto a prática jurídica conduz a um Estado de Polícia, em que o Direito Penal seja autoritário.

Tanto o legislador quanto o julgador brasileiro parecem ainda não ter compreendido o papel da Lei Maior num Estado Democrático de Direito. Não se trata de mera descrição da organização política ou limitação ao poder estatal, ela chega com todas as suas inovações, principalmente no campo dos direitos fundamentais, com o claro escopo de mudar a realidade social. Todavia, a norma por si só não tem o condão de efetivar tal transformação. É imperativo que os agentes políticos titulares do exercício do poder tenham consciência de sua normatividade e da vinculação que suas atividades passam a sofrer em decorrência dela. A baixa constitucionalidade (STRECK, 2009, p. 194) do Direito brasileiro deve ser combatida sempre.

É de certo modo preocupante a realidade presente, a partir do momento em que é o país regido por uma norma progressista e inovadora como a Constituição de 1988 e ainda assim permite-se conviver com códigos da década de 40, os quais seguem ideologias totalmente diversas. A força normativa da Lei Maior e sua superioridade hierárquica dentro do ordenamento parecem esquecidas. Isso se justifica em virtude do forte cunho autoritário da prática jurídica brasileira nos campos do poder punitivo, que obscurece até mesmo a técnica e a ideia basilar de supremacia da Constituição em prol da manutenção de leis penais cada vez mais repressivas³².

Como a alteração legislativa da realidade penal não parece ser uma prioridade no cenário político brasileiro, ou, quando o é, é sempre no sentido de suprir os anseios sociais pela expansão do poder punitivo estatal e não para compatibilizá-lo com o texto da Lei Maior³³, evidencia-se o Judiciário como último instrumento para tal

³² Leis que aumentem prazos prescricionais, que criminalizem condutas, leis que agravem regimes de cumprimento de penas, cujos exemplos são diversos no dia a dia do direito penal brasileiro.

³³ Como exemplo do que se tem dito, cite-se a lei nº 12.737/12, popularmente chamada “lei Carolina Dieckmann”, que dispõe sobre a tipificação de delitos informáticos e foi criada após incidente ocorrido com famosa atriz brasileira, em que fotos de sua intimidade foram divulgadas mediante a invasão de seu

compatibilização³⁴. Aquele papel contramajoritário desse poder, no campo penal, expressa-se em favor do réu, hipossuficiente na relação frente ao Estado e deve ser exercido sempre tendo em vista a proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados pelo Estado Democrático de Direito.

Com a atual realidade constitucional brasileira, o papel de principal guardião da democracia é transferido do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, exatamente diante da necessidade de resguardar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos dos riscos que a aplicação plena da regra de maioria poderia causar. Isso fica bastante evidente quando se vê a contínua produção de leis contrárias ao texto constitucional por aquele Poder, sem qualquer preocupação com a implementação dos esforços democráticos da norma maior.

Importante abordar esse tema, para esclarecer que a principal preocupação aqui não é com a controvérsia acerca da incompatibilidade normativa entre legislação constitucional e infraconstitucional no campo processual penal. Parte-se desse ponto como fato inconteste. A questão é avaliar de que forma a jurisprudência pátria tem atuado no sentido de efetivar a ordem constitucional brasileira, corrigindo os erros cometidos pelo legislador, seja diante da omissão em revogar leis inconstitucionais, seja diante de sua insistência em produzir normas penais expansionistas, quando a Constituição impõe uma mínima intervenção penal. E é nesse contexto que a Teoria do Direito como Integridade de Dworkin se mostra de grande valia, pois busca fornecer aos julgadores instrumentos para obter respostas certas quando os direitos fundamentais forem o elemento central da ordem política (DWORKIN, 2010, p. 231).

banco de dados. O projeto de lei foi apresentado em novembro de 2011 e em dezembro de 2012 tornou-se lei. O fato teve ampla divulgação na mídia e gerou grande revolta na comunidade. Logo, referida lei, aprovada às pressas, veio para acomodar os anseios sociais, silenciando o clamor público por segurança, mais uma vez apostando no mito de que a criminalização primária seria um meio efetivo de combate à criminalidade e expandindo o poder punitivo estatal.

³⁴ Nesse ponto, o autor gaúcho traz importante consideração: “É evidente que sempre é melhor que uma lei seja corrigida pelo próprio legislador. Entretanto, a cidadania não pode ficar à mercê dessa longa espera pelo legislador, correndo-se o risco do solapamento da própria Constituição”. (STRECK, 2009, p. 197).

2.2 APORTES NECESSÁRIOS DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN.

A Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, como toda grande teoria, não pode ser sintetizada satisfatoriamente em poucas páginas, razão pela qual apenas alguns aportes serão feitos, para que se possa compreender porque ela, e não outras concepções jurídicas, é a melhor forma de se enxergar o Direito na presente ordem constitucional democrática brasileira.

Já é tempo de abandonar as utopias de uma aplicação neutra do Direito, de uma busca cega pela separação entre Direito e Moral, quando, na verdade, é essa Moral que dará substância às normas jurídicas. Nas palavras de Pinho: “*a moralidade é condição de possibilidade do próprio Direito. E aqui não se está falando dessa moralidade simplista (pessoal/subjetiva), mas de uma moralidade social, de uma tradição compartilhada*” (PINHO, 2013, p. 53). É ela quem determinará o sentido que se deve conferir à norma para vincular aqueles que têm o poder de “dizer o Direito”. Chega de buscar uma neutralidade inatingível³⁵. É tempo de enxergar as limitações humanas e tentar captar a realidade em sua essência, trabalhando com ela na busca das melhores soluções *possíveis* para a compreensão jurídica e, diante desse contexto, vê-se nos esforços dworkinianos uma possível saída.

2.2.1 O DIREITO COMO CONCEITO INTERPRETATIVO

Dworkin parte da ideia do Direito enquanto um conceito interpretativo, que somente poderá ser compreendido a partir das práticas e costumes da comunidade em que fora gerado. Ele não é algo puro e simplesmente ditado pela norma, tem-na como parte integrante, porém a ela não se resume. Ele é construído paulatinamente pela comunidade e sua moralidade política, que, em verdade, confere substância, conteúdo àquela (DWORKIN, 2005, p. 219).

O juiz, quando decide um caso concreto, não cria o Direito, nem o descobre, mas sim o compreende a partir de uma atitude interpretativa, com base na moralidade

³⁵ “*Na verdade, penso que toda a questão da objetividade, que domina tanto a teoria contemporânea nessas áreas, é um tipo de embuste. Deveríamos ater-nos a nosso modo de ser. Deveríamos responder por nossas próprias convicções, da melhor maneira possível, prontos a abandonar as que não sobreviverem à inspeção reflexiva.*” (DWORKIN, 2005, p. 258).

política que subjaz ao sistema jurídico. O Direito é construído continuamente, conforme a sociedade segue evoluindo. Nessa perspectiva, o passado adquire grande importância para sua compreensão. Ele se torna um instrumento, um auxílio ao Direito, embora não possa ser visto como seu foco (ressalta-se a postura crítica de Dworkin com as teorias convencionalistas). O passado, assim, deve ser consultado sempre que tal consulta mostrar-se necessária à busca da compreensão de quais princípios devem fundamentar a decisão a ser tomada, à luz da teoria política regente da comunidade.

A história da comunidade, embora não seja condicionante única do Direito (o que seria uma visão demasiadamente restrita do universo que o condiciona), faz parte dos elementos que permitirão sua plena compreensão. A história institucional da comunidade funciona como uma pista, um indício para se averiguar a teoria política que a norteia, ainda que o passado seja mutável e essa mutabilidade seja algo totalmente positivo para uma sociedade regida pela lei de progresso³⁶.

Por esta razão é que não se pode limitar a buscar os fundamentos do Direito, tal como os fundamentos do poder coercitivo estatal, sendo forçoso analisar também a prática jurídica. Importante, nesse ponto, frisar que, para Dworkin, o Direito é um meio de justificação e legitimação do poder³⁷, tanto daquele exercido pelo Judiciário, quanto pelo Legislativo. Prática jurídica e justificativa política, portanto, devem andar lado a lado, compartilhando a mesma concepção de Direito, baseada na moralidade política da comunidade.

Aqui fica bem clara a distinção entre a teoria do Direito como integridade, de Dworkin, e as chamadas teorias semânticas. Estas, tal como o positivismo, limitam-se a estudar os fundamentos do Direito, deixando de lado a forma como cidadãos e juízes portam-se diante dele. O positivismo apartava o fundamento da força do Direito, por sustentar que tal força estatal era matéria atinente à política. Ocorre que, sendo um conceito interpretativo, o Direito nunca poderá ser plenamente compreendido se for desvinculado da prática na qual se insere, bem como da moralidade que o conforma.

³⁶ Nesse sentido: “[...] as proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo, porém, diferente de ambas.” (DWORKIN, 2005, p. 219).

³⁷ “[...] sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado. São, portanto, direitos e responsabilidades “jurídicas”. Essa caracterização do conceito de direito estabelece, de maneira apropriadamente vaga, aquilo que às vezes é chamado de “regra” do direito.” (DWORKIN, 2007, p. 116).

Dworkin propõe que se tome, em relação ao Direito, o que chamou de “atitude interpretativa”. Sendo o Direito um conceito interpretativo e não puramente semântico, como sustentaram teorias como o positivismo, seu conteúdo não pode ser extraído pura e simplesmente dos limites determinados pela linguagem, embora ela tenha utilidade em sua compreensão. Para compreendê-lo, como toda prática social, é necessário questionar-se quais os seus propósitos, qual sua finalidade e conformar a realidade a essa finalidade, buscando enxergá-lo em sua melhor forma. Toda interpretação busca sempre enxergar o objeto interpretado dentro da sua melhor perspectiva, atribuindo-lhe maior valor, e diferente não seria com o Direito (DWORKIN, 2007, p. 65).

Nesse ponto, há que se ressaltar a impossibilidade de análise neutra de algo como o Direito, pois, a partir do momento em que se busca compreendê-lo dentro de seus propósitos, vinculando-o ao sentido que mais valor lhe confira, já aí o intérprete imprime certo grau de valoração à sua atividade, sendo impossível chegar pura e simplesmente àquilo que o autor inicial do texto, que no caso seria o legislador, tinha em mente quando de sua produção.

O intérprete, ao analisar o Direito, deve sempre questionar qual sua finalidade no mundo prático, a qual escopo obedece e se a forma como tem sido visto corresponde a essa finalidade, caso contrário sua compreensão há de ser revista. Fala, portanto, em três fases da atitude interpretativa: a pré-interpretativa, a interpretativa e a pós-interpretativa (DWORKIN, 2007, p. 81).

Quanto à primeira, tem-se que toda interpretação parte sempre de um mínimo consensual, uma base sobre a qual as divergências manifestam-se. Aqui são evidenciados regras e padrões que, superficialmente, tendem a configurar ou caracterizar a prática social. Na fase interpretativa, busca-se uma justificativa para a prática que melhor se adeque às suas características. A justificativa é extraída da prática e depois passa a impor-se a ela, já na fase pós-interpretativa. A justificativa torna-se um elemento transformador da prática, aprimorando-a. Logo, a interpretação é influenciada pela prática real e esta, posteriormente, passa a ser influenciada pela interpretação.

De tudo o que o autor ressalta acerca da natureza interpretativa, pode-se resumir que as teorias semânticas (que se pautavam em questões linguísticas para delimitar o conteúdo jurídico, a compreensão desse complexo universo que é o Direito, acreditando demasiadamente no poder vinculativo da norma) foram inócuas na descrição da realidade, ora propondo posturas utópicas, bem distantes do cotidiano dos

juristas, ora favorecendo a expansão de grandes inimigos dos direitos e garantias fundamentais, como a discricionabilidade na tomada de decisões judiciais e do próprio ativismo judicial.

Assim, o Direito tem de ser reconhecido como um conceito interpretativo, cuja compreensão depende de uma interpretação construtiva. Significa dizer que a busca pelo sentido dele depende da busca pela melhor justificativa política dentro daquilo que se constatou como seu propósito. É esse o meio pelo qual a realidade prática serve de substrato para a compreensão do Direito e é também transformada a partir do momento em que tal realidade é confrontada com a justificativa geral que lhe serve de pano de fundo. Nas palavras do próprio Dworkin: “[...] apesar de toda a sua abstração, trata-se de interpretações construtivas: tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como a encontram e a melhor justificativa dessa prática.” (2007, p. 112).

Diferentemente do que sustenta a teoria positivista, por exemplo, a veracidade de uma proposição jurídica não depende tão somente da vigência da norma, ou, como ressalta o autor americano, as divergências em Direito não se resumem a meras questões de fato. Quando se discute acerca de proposições jurídicas, muitas vezes se discute acerca do que o próprio Direito representa. O que torna tais proposições verdadeiras é sua compatibilidade com a melhor justificativa que se possa conferir ao conjunto de proposições jurídicas como um todo (DWORKIN, 2005, p. 211). O Direito deve ser justificado em sua totalidade, de onde são extraídas proposições específicas, porém normativamente coerentes entre si e com a moralidade política do Estado.

O Direito deve caminhar lado a lado com a teoria política sustentada pela comunidade, como forma de se legitimar e, somente assim, legitimar o uso do poder coercitivo pelo Estado. Destarte, não somente regras positivadas e referendadas por um poder específico legitimado têm o condão de impor obrigações, mas também princípios, enquanto padrões a serem observados por derivarem da moralidade política da comunidade, o fazem (DWORKIN, 2010, p. 36). Consistem em exigências de justiça ou equidade consagradas pela vivência histórica daquela e conformam a teoria política que trará coesão e longevidade ao Estado.

As obrigações jurídicas, por exemplo, não são impositivos dados, apresentados ao jurista como algo válido ou não simplesmente pelo fato de constarem em determinada norma positiva. Elas devem ser questionadas, avaliadas à luz da teoria política da comunidade, de acordo com a moralidade que a norteia e, aí sim, ter sua

imperatividade constatada. Existem princípios alheios a normas postas que têm muito mais valor e peso diante da história do Estado do que aquelas, não podendo sua validade ser questionada, como o faziam os positivistas, simplesmente com base na ideia de vigência³⁸.

Dessa forma, o Direito como conceito interpretativo deixa de ser uma norma estatal vazia, desprovida de sentido moral. Sua força não provém de sua origem positiva, como expressão de um Estado dotado de poder político. Sua força e legitimidade decorrem da sua vinculação à moralidade política da comunidade e ao conjunto de princípios que a integram. Seu conteúdo é construído a partir não somente do que dispõe expressamente a norma, pois a linguagem não lhe confere a objetividade que tantos defenderam, mas a partir da interpretação das práticas sociais e do que a realidade denota, permitindo-se que seu sentido seja obtido mediante a realidade e que a realidade seja transformada a partir do sentido encontrado.

Assim, Direito e sociedade encontram-se em contínuo desenvolvimento, sendo necessária sempre a coerência entre a justificativa política e a prática jurídica do Estado para que o ideal da integridade, como mais adiante apresentado, possa ser efetivo.

2.2.2 O ROMANCE EM CADEIA

O autor americano, em mais de uma de suas obras, faz uma aproximação entre o Direito e a literatura³⁹, sustentando aquele como fruto de uma construção coletiva, que é realizada ao longo da história do Estado, por diversos atores, através da formação de uma moralidade política. Ressalte-se sempre que essa moralidade não significa aquele sentimento individual em relação a determinado fato, mas sim um

³⁸ O autor é claro quanto a isso, ao afirmar: “Contudo, uma vez que abandonemos tal doutrina [positivista] e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela.” (DWORKIN, 2010, p. 71)

³⁹ “O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura.” (DWORKIN, 2005, p. 217)

conjunto de valores reconhecido por toda a comunidade e que norteia a sua existência. Ela é extraída do passado e deve conduzir as futuras decisões políticas da mesma.

Faz uma interessante comparação entre o Direito e um gênero literário fictício, chamado “romance em cadeia”. Neste, a obra seria produzida por diversos autores em conjunto, ficando cada um deles responsável por um capítulo, porém todos sendo forçados a manter a “coerência narrativa” (DWORKIN, 2005, p. 211). Assim, o primeiro dos autores teria quase plena liberdade na escolha de seus personagens, cenários, enredo, etc. O segundo teria uma liberdade mitigada, pois teria de manter os elementos essenciais determinados pelo primeiro e o terceiro, por sua vez, já teria uma liberdade ainda menor, se intentasse de fato manter a coerência na narrativa e, assim, produzir uma boa obra literária.

O mesmo se dá com o Direito. Ele não é um produto pronto e acabado, à disposição daqueles que têm de aplicá-lo. Como já exposto, ele é algo em constante construção, fruto das práticas e costumes da comunidade em que vige. Ele vem sendo construído historicamente, com base na moralidade política da sociedade e as autoridades têm o dever de fidelidade a essa moralidade. Não podem atuar discricionariamente, devem manter-se fiéis aos princípios instituidores da comunidade.

Dworkin faz essa abordagem diante da realidade de seu sistema jurídico, do *Common Law*, porém nada impede que se a utilize também no ordenamento jurídico brasileiro. Talvez não tenha a mesma “coerência normativa” que o americano, haja vista a pluralidade de rupturas nas ordens constitucionais (relembre-se a existência de oito Constituições brasileiras⁴⁰), mas ainda assim esse dever de fidelidade mantém-se.

O Direito brasileiro também tem sua história institucional que compõe uma rede de princípios que conforma sua moralidade política e deve ser respeitada. Há, no entanto, aqui uma grande reverência à norma positiva, porém não aos precedentes judiciais, o que é um equívoco, uma vez que os mesmos são também vetores dos princípios da comunidade. Decisões judiciais são também limitações à discricionariedade judicial.

Assim, a liberdade das autoridades responsáveis pela produção dos “seguintes capítulos” da história do Direito brasileiro não é plena, mas muito pelo contrário, está fortemente vinculada pelos princípios reconhecidos tanto através da

⁴⁰ Em que pese toda a polêmica em relação à Emenda Constitucional nº 1/69, tratando-se de rupturas de ordens constitucionais, não há como não elencá-la como uma ordem constitucional à parte, logo, além dela têm-se as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1846, 1967 e 1988, atualmente em vigor.

norma, bem como pelos princípios extraídos das decisões judiciais que buscam efetivá-la. Lembrando que, por princípio, Dworkin entende “*um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*” (DWORKIN, 2010, p. 36).

Essa forma de conceber o Direito ajuda a limitar a discricionariedade com a qual os julgadores tendem a decidir os casos concretos, notadamente aqueles de maior complexidade. Na busca do sentido da norma, de sua compreensão, o juiz deve levar em conta o que já se produziu quanto à mesma, as decisões que a analisaram e a forma como a mesma foi aplicada, pois isso faz parte do Direito, bem como da moralidade política do país. Ela deve ser compreendida dentro do conjunto dos demais princípios que baseiam e justificam a teoria política escolhida pelo Estado.

Há o risco de haver desvios, os quais devem ser corrigidos, buscando sempre a melhor aceção da norma, porém o critério para constatar tais desvios não são meras discordâncias quanto à melhor interpretação do ponto de vista do julgador, mas sim desvios dessa moralidade que nasce e se desenvolve no seio da comunidade. Nada impede que um romance tenha um capítulo de má qualidade, mas, devido aos esforços dos demais autores, as incongruências sejam corrigidas e a obra como um todo seja salva, desde que haja um norte a auxiliá-los na busca desse aprimoramento, que no caso do Direito, é a teoria política optada pelo Estado.

Daí porque, em momento algum, Dworkin afirma que essa busca pela “coerência normativa” implica o engessamento do Direito, a manutenção das concepções históricas. Muito pelo contrário, como já dito, trata-se de um conceito interpretativo, que é construído paulatinamente, ao longo do tempo e, assim, em constante evolução.

Para o autor, nem se deve prender ao passado, impedindo o progresso humano, nem se pode esquecê-lo, deixando de lado as raízes políticas da comunidade em busca de aprimoramentos infundados. O que se demanda é uma postura judicial que respeite os princípios eleitos pela comunidade como parte de sua moralidade política e da teoria política por ela eleita, atingindo uma maior longevidade do Estado, não olvidando a necessidade de progresso.

2.2.3 A INTEGRIDADE

Para Dworkin, o Direito não pode ser visto como algo totalmente dissociado da política, muito menos como uma mera questão de política. Sua visão mostra-se muito mais flexível que as demais concepções jurídicas (como o positivismo e o juspositivismo), por apresentar maior preocupação com a prática vivenciada, ao contrário do que defendem concepções semânticas, as quais conceituam o Direito e sua prática de modo descompromissado com o que os juízes realmente fazem em seu cotidiano.

O autor analisa a realidade jurídica de seu país, que em certos pontos coincide com a realidade brasileira⁴¹, e a utiliza como matéria-prima para a elaboração de uma teoria do Direito, a partir da qual se aprimore a própria prática, através da melhor interpretação que se possa conferir à mesma. O conteúdo, o sentido do Direito é extraído da realidade jurídica e essa realidade é transformada a partir do momento em que se compreende ele dentro da melhor perspectiva que aquele sentido lhe confira.

As escolhas políticas de uma comunidade são decorrentes de um contínuo processo evolutivo, e não de modo instantâneo, de acordo com preferências governamentais ou mesmo sociais momentâneas. Elas vêm sendo tomadas ao longo da história e devem ser enxergadas pelos atores políticos e respeitadas, não enquanto fruto de políticas individuais, mas sim na condição de fruto da moralidade política que norteia a comunidade como um todo. E cabe àqueles extrair da realidade a teoria política geral que a condiciona e utilizar essa mesma teoria para corrigir falhas e aprimorar o Estado, buscando os ideais que a comunidade elegeu para si.

E são diversos os ideais políticos de uma comunidade complexa como a brasileira, por exemplo. Dworkin, então, aponta um ideal muito importante, normalmente não expresso nas ordens jurídicas, mas a elas inerentes, como forma de fortalecê-las, permitindo seu progresso de maneira coesa. Trata-se do ideal de integridade, sobre o qual Dworkin afirma:

⁴¹ Em que pese as peculiaridades do sistema do “*Common Law*” em relação ao sistema brasileiro, de “*Civil Law*”, a Teoria de Dworkin tem grande aplicabilidade também aqui, uma vez que se trata de um pretense Estado Democrático de Direito, no qual os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos ganham grande relevo e a preocupação com as arbitrariedades estatais cresce no seio da comunidade. Limitação a decisionismos e discricionariedade deve ser relevante sempre que se fale em Estados democráticos, qualquer que sejam suas orientações jurídicas. Portanto, perfeitamente válido o esforço, já empreendido na doutrina nacional (a exemplo de autores como Lênio Streck, Ana Cláudia Pinho, Rafael Thomaz de Oliveira entre outros), com vistas a adaptar a teoria do Direito como Integridade ao ordenamento jurídico brasileiro.

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à exata natureza dos princípios de justiça e equidade corretos. (DWORKIN, 2007, p. 202)

Toda a vida de uma comunidade encontra-se regida por um conjunto de princípios que lhe são basilares. Valores intrínsecos à sua história e a seus anseios, que são construídos paulatinamente e, juntos, passam a conformar a moralidade política da mesma. Isso não significa a estagnação social, pois os princípios podem manter-se adaptáveis aos novos contextos políticos vividos. Assim, a sociedade evolui, porém mantendo certa “coerência de princípios” com a história do país.

Poder-se-ia comparar a ideia da moralidade política com o esqueleto do Estado. O conjunto dos princípios consagrados pela comunidade determinará sempre a sua forma, os rumos que devem ser tomados e quais as decisões mais adequadas segundo a coletividade. Ela é extraída da própria prática social e deve ser interpretada e utilizada como modo de construir a teoria política que a norteia e, a partir daí, condicionar as práticas sociais. Assim, a moralidade política confere a essência do Direito, uma vez que, como já dito, a prática jurídica e a justificativa política da comunidade devem andar sempre lado a lado.

Cabe aqui repetir: o ideal da integridade pauta-se, basicamente, em dois princípios: o princípio legislativo e o princípio judicial. Segundo o primeiro, as normas produzidas dentro da comunidade e positivadas por meio do Poder legislativo devem ser coerentes com a moralidade política que a rege. Dessa forma, o legislador tem certa liberdade para regulamentar a vida social, porém dentro dos parâmetros vinculados pela teoria política do Estado. O segundo princípio exige que as decisões judiciais conformem as normas àquela moralidade, atribuindo-lhe a melhor interpretação possível, que mais justifique a prática como um todo.

É importante lembrar tais princípios para que se possa fazer a seguinte afirmação: o ideal da integridade confere maior legitimidade ao Direito quando este regulamenta o exercício do poder coercitivo pelo Estado (DWORKIN, 2007, p. 228 e 232). Todo cidadão que pertença a uma comunidade, respeita mais resignadamente as obrigações que lhe são impostas quando tem consciência de que se trata de uma comunidade de princípios⁴² e que será tratado igualmente pelo Estado, pois os

⁴² Dworkin faz interessante distinção entre três modelos de comunidades: as comunidades de fato, as comunidades de regras e as comunidades de princípios, sendo estas últimas as mais próximas daquilo que

princípios que regem este são os princípios que escolheu para reger sua vida. Não se submete à vontade de um grupo, de uma pessoa ou de uma certa vertente ideológica, mas sim à vontade de sua comunidade personificada, sentindo-se também como condutor da vida política que a guia. A integridade acaba justificando aquele poder, tornando-se atraente, ou, mais precisamente, necessária. A justiça tão somente não consegue justificar a legitimidade, ao contrário da integridade, que a aproxima da ideia de cidadania, obtendo maior êxito, portanto.

Muito frequentemente atribui-se à teoria do Direito como Integridade o vício do subjetivismo ou da discricionariedade, pois, partindo-se dos pressupostos positivistas, vincular o Direito à Moral torná-lo-ia por demais relativista. Porém, importa ressaltar que a moralidade a que Dworkin se refere não é uma moralidade individualista, mas sim pertence à comunidade personificada. Uma coletividade que responde conjuntamente por princípios, deveres, responsabilidades os quais consagrou como regentes de sua vida através da prática⁴³.

A questão da personificação da comunidade é muito importante e aqui se abre um parêntese para tratar um pouco da realidade brasileira, pois, num primeiro momento, pode parecer confuso propor o uso de valores da comunidade como princípios para compreensão do Direito quando se percebe na cultura brasileira a busca pelo recrudescimento do direito e do processo penal enquanto a Constituição, que seria o veículo de tais valores, segue caminho inverso, no sentido de seu abrandamento.

Mas aqui está a justificativa. Parte da moralidade política da comunidade brasileira personificada está expressa na Constituição Federal, a favor de uma intervenção penal mínima e de um processo garantista (no sentido de sua instrumentalidade na proteção dos direitos fundamentais) e não na opinião pública. Esta, sim, representa valores individuais, ainda que enormemente difundidos no âmbito nacional, mas não os valores da comunidade personificada. Daí porque, diante do confronto entre a moralidade consignada na Lei Maior e o moralismo brasileiro, deve prevalecer aquela, como conjunto de princípios estruturantes da teoria política do país. Justificado também, dessa forma, está o papel contramajoritário do Supremo Tribunal

se considera um Estado democrático de Direito. Trata-se de tema de grande interesse, porém que não pode ser tratado aqui devido à sua extensão, razão pela qual se indica a leitura direta da obra do autor “O Império do Direito”, capítulo IV.

⁴³ “A ideia da integridade política personifica a comunidade no segundo modo, como uma personificação atuante, pois pressupõe que a comunidade pode adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos” (DWORKIN, 2007, p. 208).

Federal, na condição de guardião da Constituição e, portanto, de escudo das minorias contra a simples regra da maioria.

Destarte, embora o legislador tenha um campo de atuação um tanto mais amplo, haja vista que, embora deva respeito aos princípios de sua comunidade, ele tem sua atividade guiada intensamente por questões de política⁴⁴, o julgador tem sua atividade norteadada essencialmente por questões de princípio, sendo o principal agente na busca do respeito ao ideal da integridade dentro da comunidade. Não pode ele dizer que o Direito é qualquer coisa, pois sua atitude deve ser interpretativa, deve buscar compreendê-lo da melhor forma possível à luz da teoria política regente de sua comunidade. Deve decidir com base em princípios (DWORKIN, 2007, p. 292). Na cadeia do Direito, o juiz é responsável por capítulos muito mais complexos do que aqueles escritos pelo constituinte ou pelo próprio legislador.

Embora não se possa, responsabilmente, compor um conceito acerca do que é a moralidade política e atribuí-lo a Dworkin, uma vez que isso iria de encontro à sua concepção interpretativa do Direito, em contraposição a uma visão semântica, na qual conceitos são fornecidos arbitrariamente e dissociados do que a realidade realmente expressa, pode-se ressaltar que a moralidade é composta pelos princípios reconhecidos ao longo da história institucional da comunidade, os quais nem sempre encontram-se positivados por meio da norma, mas que podem ser lidos através da realidade vivenciada. Tais princípios podem ou não serem encontrados na lei ou na Constituição, mas nunca resumir-se-ão àqueles.

A comunidade personificada institui direitos e deveres a seus cidadãos, como autora única, e ao juiz caberá investigar quais os princípios que tal comunidade consagra para buscar tomar a decisão mais acertada dentro daquilo que ela se propõe. Não pode, portanto, buscar vertentes políticas, posições isoladas de magistrados ou de grupos sociais, deve, em verdade, considerar a comunidade como um ser autônomo, que, através de sua história, pode lhe fornecer todas as informações necessárias à formação da decisão correta nos casos concretos. Dentre aquelas informações, encontram-se os próprios precedentes judiciais do Estado, como bem ressalta o autor americano: *“Além disso, as opiniões judiciais formalmente anunciadas nos repertórios*

⁴⁴ *“Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).”* (DWORKIN, 2010, p. 36).

jurídicos, são, em si mesmas, atos da comunidade personificada que, sobretudo quando recentes, devem ser incluídos na esfera da integridade” (DWORKIN, 2007, p. 297).

Pelo ideal da integridade, não se pode compactuar com decisões tidas como “salomônicas”, ou seja, com decisões as quais sejam tomadas visando a conciliação de diferentes posições no seio da comunidade, quando sejam questionadas questões de princípios. Essa ressalva é muito importante a partir do momento em que se tem em mente o cenário político brasileiro. A todo momento o legislativo produz normas penalmente repressivas, com o visível intuito de satisfazer os anseios sociais por uma menor impunidade ou, em palavras mais usuais, por “justiça”. A política criminal nunca será uma mera questão de política⁴⁵, dentro da teoria do Direito como integridade. Sempre abordará questões de princípios, pois o *jus puniendi estatal*, em todo caso, fará frente aos direitos fundamentais do réu e, portanto, qualquer decisão tomada deve pautar-se por princípios que a fundamentem.

A principal preocupação de Dworkin ao elaborar sua teoria, certamente, diz respeito à forma como os juízes decidem os casos que se lhe apresentam. O autor empenhou-se, ao longo de sua carreira, em superar o tabu da discricionariedade nos julgamentos, pois, a partir da atitude interpretativa e da força dos princípios dentro do Direito, a busca pela resposta certa não é uma utopia, e sim um objetivo, complexo e trabalhoso, mas ainda assim tangível, que os magistrados devem perseguir no exercício de seu mister.

A teoria do Direito como integridade não é radical ao ponto de negar que existam casos, nos quais não há uma resposta certa⁴⁶, mas sustenta a ideia de que, geralmente, ela existe e pode ser obtida mediante um esforço interpretativo do julgador. A busca pela decisão correta é dirigida por duas dimensões: a dimensão da adequação e a da justificação (ou moralidade política). Nas palavras do autor:

Argumento que há duas dimensões ao longo das quais se deve julgar se uma teoria fornece a melhor justificação dos dados jurídicos disponíveis: a dimensão da adequação e a dimensão da moralidade política. A dimensão da adequação supõe que uma teoria política é *pro tanto* uma justificativa melhor que outra se, *grosso modo*, alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela,

⁴⁵Rosa afirma: “*Sabe-se, por sua vez, que o Poder Judiciário deve(ria) exercer uma função contramajoritária no sentido de impedir que uma maioria eventual avance sobre a esfera do indecível, ou seja, os direitos fundamentais. A política criminal entendida como o poder de definição das condutas constantes na criminalização primária, não é ilimitada, isto é, deve estar atrelada à proteção de bem jurídico.*”(2012, p. 41)

⁴⁶Ainda que restrinja sua possibilidade de ocorrência a ordenamentos jurídicos demasiadamente simplórios, diversos dos existentes em seu país de origem e do Brasil, por exemplo (DWORKIN, 2010, p. 509) .

aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que sustentasse outra.

[...]

A segunda dimensão – a dimensão da moralidade política – supõe que, se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral; isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm. (DWORKIN, 2005, p. 213)

Em outras palavras, segundo a dimensão da adequação, o juiz deve interpretar a prática de modo que ela se adeque à totalidade da prática social. A interpretação e o sentido obtido pelo intérprete deve estar de acordo com a prática como um todo, dentro do que propõe a atitude interpretativa antes referida, buscando encontrar a finalidade da mesma para se lhe conferir conteúdo. A compreensão do fato deve estar de acordo com a compreensão da maior parte da realidade, ainda que determinados fatos lhe fujam à lógica.

Porém, Dworkin ressalta que, dentro de um Estado, várias teorias podem ser encontradas que expliquem a prática de modo geral, mas nem todas apresentam o mesmo valor. Entra em cena, portanto, a dimensão da justificação ou da moralidade política. Ainda que vários sejam os caminhos que o intérprete pode encontrar para explicar a prática como um todo, existe aquele que apresenta esta prática dentro da melhor compreensão à luz da teoria política do Estado.

O juiz deve analisar a prática jurídica como um conjunto de princípios, abstratos e concretos, que justifiquem a realidade. A justificação se faz em vários níveis, hierarquicamente (princípio superior justificando princípio inferior) e horizontalmente (ausência de incompatibilidade entre princípios de mesmo nível), buscando conciliar todos dentro da teoria política do Estado (DWORKIN, 2010, p. 182). As decisões concretas devem pautar-se em princípios e fornecer princípios. Estas devem ser compatíveis com outros de maior grau de abstração e assim por diante.

As proposições de Direito tiram sua veracidade da compreensão da “história jurídica” do Estado. Esta não se forma apenas a partir das normas positivadas, pois a moralidade política da comunidade também a integra e, dessa forma, também faz parte do próprio Direito. Diferentemente do que sustentam as correntes positivistas, e como antes destacado, o trabalho juridicamente vinculado do magistrado não acaba ao descobrir o sentido da norma. O direito não é um conceito semântico, mas sim interpretativo. A prática auxiliará na busca de seu sentido e a moralidade será empregada nessa busca.

Não existe um direito à discricionariedade por parte dos julgadores⁴⁷. Existe sim um dever de compreender o Direito através de uma prática interpretativa, que consagre aquilo que a comunidade elegeu como seus valores regentes. A integridade permite enxergar o Direito além dos limites da positividade, buscando valores implicitamente reconhecidos pela sociedade. Ela mantém exigências passadas da comunidade, bem como a assimilação de exigências novas, promovendo a união da vida moral com a política dos cidadãos. É assim que a Moral serve ao Direito na definição das respostas certas.

Será sempre dever dos magistrados analisar os casos à luz dos princípios da comunidade e não por meio de questões políticas. Comunidades complexas, como os Estados democráticos de direito, são instituídos à luz de uma teoria política que conforma uma também complexa rede de princípios, conferindo direitos e deveres a seus cidadãos, que podem ter cunho moral ou jurídico, mas ainda assim lhes pertencem e devem ser respeitados. Não há espaço para discricionariedades onde o esforço teórico do julgador lhe permita considerar todos os pontos da teoria política para proferir uma decisão, no caso concreto, que melhor a ela se adegue, bem como a justifique.

Justificar a discricionariedade com base na dificuldade que seria isolar as decisões de questões morais individuais ou de que a norma positiva não impõe limites à mesma não tem amparo em Estados democráticos de Direito, nos quais os direitos fundamentais dos cidadãos têm prevalência na teoria política do país. Assim, os magistrados encontram um primeiro freio a seu arbítrio através das normas positivadas, porém existe ainda um segundo freio, que confere sentido àquelas normas e serve de subsídio para a descoberta dos direitos das partes nos casos difíceis, que é a moralidade política (para os positivistas, este segundo freio não existiria). Dworkin fala até mesmo em direitos morais, não positivados, porém ainda assim oponíveis ao Estado (2010, p. 218).

Outras considerações acerca do pensamento de Dworkin serão elaboradas ainda ao longo do trabalho, mas, por ora, já se pode entender porque o Direito como integridade e não as doutrinas positivistas se mostra a melhor concepção jurídica para a

⁴⁷ “O positivismo sustenta que os juízes, no exercício de seu poder discricionário para criar um direito novo nos casos difíceis, estão livres para criar direitos novos em nome de políticas assim como princípios. Minha teoria inclui a tese dos direitos, que argumenta que, por ser dever dos juízes, mesmo nos casos difíceis, identificar os direitos das partes, os juízes nesses casos deveriam recorrer a argumentos de princípios e não a argumentos políticos.” (DWORKIN, 2010, p. 556)

compreensão dos ordenamentos jurídicos de Estados democráticos de Direito, como o brasileiro.

3 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA E A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE.

No capítulo anterior, mostrou-se a necessidade de revisão da concepção jurídica adotada no Brasil e o porquê da opção por uma visão mais íntegra, devendo o Direito ser visto como algo muito mais complexo do que o proposto pelo positivismo jurídico, dentro da ideia de coerência de princípios, a qual pudesse unir o Direito do passado com o presente, amarrando ainda o futuro, para suprir uma comunidade de princípios mais legítima e duradoura. Porém, infelizmente, o que a realidade brasileira denota é a ausência de integridade até mesmo no plano normativo.

Quando se analisa o panorama processual penal do país, percebe-se que nem mesmo a legislação segue uma teoria política determinada. As reformas processuais pontuais têm criado uma verdadeira colcha de retalhos⁴⁸, nem sempre mantendo coerência entre suas diversas partes. A maioria das alterações é feita com o escopo de silenciar as inquietações sociais acerca de problemas de segurança pública e muito raramente com o objetivo de compatibilizar o texto legal às disposições constitucionais que, como já exposto, expressam a moralidade política da comunidade brasileira e deveriam servir de norte tanto para a atividade legiferante quanto para a jurisdicional.

Dito isso, pode-se antecipar que inúmeros são os dispositivos contidos no diploma processual os quais parecem destoar da normatização constitucional e de sua opção político-ideológica por um sistema acusatório (em detrimento do inquisitório), tais como o art. 385⁴⁹, que autoriza a condenação do réu mesmo diante do pedido de absolvição por parte do *parquet*, o art. 574⁵⁰, que determina os casos de cabimento de

⁴⁸ Apenas com fins de ilustrar o que se tem dito, vale destacar que o código de processo penal brasileiro já foi alterado mais de trinta vezes, considerando-se apenas a quantidade de anos em que lhe foram feitas reformas. O texto original do diploma, publicado em 1941, foi alterado nos anos de 1943, 1948, 1951, 1952, 1957, 1959, 1958, 1963, 1964, 1965, 1966, 1967, 1969, 1973, 1977, 1981, 1985, 1989, 1990, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 2001, 2002, 2003, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2011 e 2012. Ressaltando-se que em alguns anos a lei foi alterada mais de uma vez, como no ano de 2008, quando três modificações foram introduzidas pelas leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08.

⁴⁹“Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”

⁵⁰“Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz: I - da sentença que conceder habeas corpus; II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.”

recurso de ofício pelo magistrado a favor da acusação, o art. 311⁵¹, que permite a decretação de prisão preventiva de ofício pelo magistrado, entre outros.

A análise completa das incoerências normativas contidas no código de processo penal, diante da natureza do presente trabalho, torna-se inviável, tendo em vista a dinâmica de alterações no mesmo (como já exposto), não podendo ser o foco da presente análise. Dessa forma, a escolha pelo art. 155 e do art. 156 do diploma processual justifica-se pelo impacto que ambos têm na conformação do sistema acusatório constitucionalmente instituído.

No primeiro capítulo deste trabalho, foi analisado o sistema processual misto e chegou-se à conclusão de que o mesmo não constitui uma categoria autônoma, mas sim o próprio modelo inquisitório, com certas características acusatórias. O art. 155 do código de processo penal e a permissão legal de uso do inquérito policial na fase judicial que ele veicula representam verdadeira “porta aberta” à inquisitorialidade do sistema, permitindo que parte da doutrina brasileira qualifique o processo pátrio como misto e não acusatório⁵².

Ademais, o art. 156 do diploma processual, ao atribuir poder instrutório ao magistrado antes mesmo de iniciada a ação penal, ou seja, antes de provocada a própria jurisdição penal, e também no curso do processo, acaba por ferir a ideia de separação das funções processuais, exorbitando o campo de atuação do julgador e sobrepondo-o à atuação ministerial, o que não condiz com o fundamento do sistema acusatório, que seria a atribuição da gestão das provas às partes, colocando-as em condição de igualdade para influenciar formação do convencimento judicial.

O ponto em comum entre os dois dispositivos legais, o primeiro permitindo o emprego de elementos informativos no julgamento da ação e o segundo permitindo autonomia probatória ao magistrado, consiste na utilização do “princípio” do livre convencimento motivado como legitimador de sua aplicação, aparentemente em detrimento de todo o conjunto principiológico contido na Constituição Federal, indo de encontro àquilo que para Dworkin seria a dimensão da justificação política das decisões judiciais.

⁵¹ “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

⁵² Defendem a natureza mista do processo brasileiro Nucci (2008, p. 117), Tucci (2004, p. 47), Prado (2006, p. 195), etc.

O combate proposto por Dworkin à discricionariedade judicial tem grande oponente em ambos os artigos estudados, restando o livre convencimento motivado como verdadeiro legitimador de tal discricionariedade, o que é inadmissível dentro de um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro. Através do estudo dos critérios hermenêuticos adotados pela jurisprudência nacional na aplicação dos dois dispositivos, é possível discutir temas como gestão de prova, livre convencimento motivado e discricionariedade judicial, tudo à luz do sistema processual penal constitucionalmente determinado e da Teoria do Direito como Integridade de Dworkin.

3.1 A QUESTÃO DO USO DO INQUÉRITO POLICIAL NA FASE JUDICIAL.

O inquérito policial tem sido um importante veículo de deformações do processo penal brasileiro, afastando-o de seu ideal de acusatoriedade. Isso porque a sua compreensão como mera peça informativa vem servindo de justificativa para a mitigação de direitos e garantias fundamentais do investigado, com posterior utilização das mesmas na formação do convencimento judicial. Surge, então, uma porta aberta à inquisitorialidade do sistema. Todavia, sendo ele elemento inerente à ordem jurídica, com previsão constitucional, deve ser compreendido à luz do caráter democrático do Estado brasileiro, servindo a uma instrumentalidade garantista e não repressiva, como outrora proposto. Assim, importante analisar o modo como a jurisprudência tem concebido o instituto e de que forma o mesmo pode ser compatibilizado com a Lei Maior do país.

3.1.1 TRATAMENTO LEGAL E DOUTRINÁRIO SOBRE O TEMA

O inquérito policial consiste num “*procedimento administrativo pré-processual*” destinado à apuração de infrações penais (LOPES JR, 2006, p. 155), realizado pela polícia judiciária, que no Brasil fica a cargo das polícias civis dos Estados e da polícia federal (art. 144, §1º, inciso I e §4º da CF/88). Referido instituto foi regulamentado pela primeira vez através do decreto 4.824/1871, em decorrência da lei 2.033/1871 (LOPES, 2009, p. 26). Atualmente encontra-se disciplinado pelo código de

processo penal de 1941, de clara influência autoritária, inspirado no Código de Rocco italiano (LOPES JR, 2006, p. 145). O atual diploma legal trata do tema principalmente em seus artigos 4º a 23.

Rangel conceitua-o como “*um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e a materialidade (nos crimes que deixam vestígios – delicta factis permanentis) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal*” (2011, p. 74). Lopes, por sua vez, conceitua o inquérito como⁵³:

[...] procedimento administrativo de investigação criminal, elaborado pela polícia judiciária, que visa a esclarecer todas as circunstâncias de um fato que pode ser criminoso, com a apuração da provável autoria, com a demonstração da ocorrência (ou não) do episódio e com a coleta, inclusive, de provas definitivas, servindo de base para que o órgão de acusação forme a *opinio delicti* e para que o magistrado se convença se existe razão para iniciar um processo penal, bem como se há elementos suficientes para a decretação de medidas cautelares (LOPES, 2009, p. 36).

Tal como inúmeros são os conceitos fornecidos pela doutrina para o inquérito policial, também é extensa a lista de características apresentada. Todavia, algumas são quase uníssonas e essenciais ao estudo ora proposto, podendo-se elencar como principais características do inquérito policial ser ele administrativo, inquisitivo, sigiloso e escrito (outras características como oficialidade, dispensabilidade poderiam ser mencionadas, mas não têm maior pertinência ao presente estudo).

Importante ressaltar, antes de mais nada, que embora seja um procedimento administrativo, o inquérito policial, para atingir certas finalidades, apresenta peculiaridades em relação aos direitos fundamentais do investigado. O contraditório, tal como aquele existente na esfera processual, aqui é inviabilizado pela necessidade de apuração da infração penal, uma vez que esta pressupõe o sigilo de determinados atos. Costuma-se, na doutrina, afirmar que inexistente contraditório nesta fase, no entanto, a jurisprudência tem relativizado tal afirmação, a exemplo da súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

⁵³ Não se fará maiores digressões acerca do conceito de inquérito policial e de sua natureza jurídica por não ser esse o foco do trabalho, importando muito mais ressaltar a forma como o instituto relaciona-se com os direitos fundamentais do investigado e de qual forma a teoria do direito como integridade conceberia sua aplicação dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro. Por tal motivo, também não se adentrará na polêmica acerca de sua natureza procedimental ou não, devido à ausência de sequência rígida na execução dos atos.

⁵⁴ “*É Direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado pelo órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.*” (Súmula vinculante nº 14 do STF).

Trata-se de procedimento inquisitivo, pois o poder investigatório fica concentrado nas mãos de uma mesma autoridade, sem que seja conferido ao investigado o direito ao exercício de uma defesa efetiva, haja vista que nesta fase, em tese, ainda não há qualquer acusação da qual se defender. A autoridade policial pode iniciar até mesmo de ofício a persecução penal, conforme permite o art. 5º, inciso II do CPP, bem como tomar as providências que entender cabíveis, de forma discricionária (mas não arbitrária), consoante art. 6º daquele mesmo diploma legal. As informações coletadas prescindem da manifestação do investigado, que pode ficar alheio à mesma, sem exigências de autodefesa ou defesa técnica.

O inquérito policial há de ser escrito. Isso decorre de sua própria finalidade, uma vez que todas as informações coletadas nesta fase destinam-se a um terceiro, qual seja, ao Ministério Público, ao Querelante e ao próprio investigado, na elaboração também de sua futura defesa. Assim, o órgão acusador formará sua *opinio delicti*⁵⁵ com base na documentação coletada nesta fase, daí porque considerar-se o inquérito uma peça de informação⁵⁶.

A compreensão do inquérito como mera peça informativa, sem valor probatório para fins de condenação penal, costuma ser utilizada como justificativa para as mitigações em face dos direitos fundamentais do investigado. Ausência de contraditório, ausência de defesa, limitações a direitos de privacidade, entre outros, não afastam a validade do procedimento pelo simples fato de o mesmo ter como escopo tão somente nortear o órgão de acusação acerca da necessidade ou não da propositura da ação penal. A finalidade do inquérito policial permite que ele tenha por atributo a unilateralidade e, por conseguinte, flexibilize o contraditório e a ampla defesa.

Por esta razão, Lopes Jr. faz a distinção entre atos de investigação e atos de prova, explicando o porquê de apresentarem eficácias probatórias distintas (2006, p. 137-38). No primeiro caso, a sumariedade com que as informações são colhidas, relativizando as garantias do cidadão não permite que os mesmos tenham eficácia para além da fase preliminar, ou seja, esgotam seus efeitos com a propositura da ação

⁵⁵Frise-se que a *opinio delicti* pode ser positiva ou negativa. Segundo Lopes, será positiva quando o órgão acusador chegar à conclusão de que houve de fato a infração penal e há indícios de autoria. Será, no entanto, negativa, quando o órgão acusador concluir pelo arquivamento do inquérito policial ou das peças de informações (LOPES, 2009, p. 32).

⁵⁶Uma ressalva há que ser feita. É possível a propositura de ação penal com base em peças de informação que não o inquérito policial. Portanto, é importante que se diga, as implicações deste nos direitos fundamentais são praticamente as mesmas de outras peças de informações, pois nestas há também a unilateralidade das investigações e franca mitigação de direitos fundamentais. Logo, o que se diga a respeito do primeiro quanto ao seu uso na esfera processual, sustenta-se também quanto às demais.

penal⁵⁷. No segundo caso, os atos são praticados com plena observância das garantias constitucionalmente asseguradas ao, então, acusado, sendo lícito que orientem o julgador na prolação de sua sentença.

Como se vê, a função do inquérito policial é, precipuamente, a de fornecer ao Ministério Público, enquanto órgão acusador no processo penal, os elementos necessários à formação de sua *opinio delicti*, ou seja, de convencer referido órgão acerca das provas de materialidade do delito, bem como dos indícios de sua autoria, de modo a viabilizar a provocação do poder judiciário por meio da ação penal. Num plano ideal, deveria encerrar-se aí a eficácia dos elementos do inquérito policial. Todavia, por força de uma tradição eminentemente inquisitória, apoiada numa legislação há muito defasada, tais elementos “podem”⁵⁸, com amparo legal, ser utilizados ainda na fase judicial da persecução penal, desde que não de modo exclusivo. É o que dispõe o art. 155 do código de processo penal:

Art. 155. 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.

Veja-se que o dispositivo legal é expreso somente quanto às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Por provas cautelares entendem-se aquelas decorrentes de procedimento próprio de produção antecipada de provas, enquanto as antecipadas (que não deixam de ser cautelares), são aquelas obtidas no próprio curso da investigação criminal ou da ação penal, sem que seja necessária a ciência do sujeito passivo da persecução penal, ocasião em que o contraditório se fará de modo diferido (GRECO FILHO, 2009, p. 204). As provas não repetíveis são aquelas que demandam produção imediata diante do risco de perecimento dos vestígios, tal como um exame de corpo de delito em casos como crime de estupro ou a necropsia no homicídio.

Pelo texto apresentado, o legislador claramente fez uma distinção entre a natureza probatória dos elementos colhidos sob o crivo do contraditório e dos elementos

⁵⁷ Nesse sentido, afirma Lopes Jr: “A limitação da eficácia dos atos de investigação está justificada pela forma mediante a qual são praticados, pois a maior parte dos sistemas processuais mantêm na investigação preliminar os rasgos do sistema inquisitório, representados pelo segredo, a forma escrita e a ausência ou excessiva limitação do contraditório” (2006, p. 139).

⁵⁸ As aspas justificam-se diante da relutância em aceitar que a simples permissão legal expressa para a prática de determinada conduta sirva de amparo para a legitimidade da mesma. Significa dizer, discorde-se aqui da postura positivista adotada por grande parte da doutrina e jurisprudência pátria, de aplicação acrítica dos dispositivos codificados pelo simples fato de restarem vigentes, uma vez que a incompatibilidade de tais normas com o texto constitucional pode perfeitamente tornar uma conduta “legal” uma conduta indevida, pois o juízo de constitucionalidade deve sempre anteceder o de legalidade.

colhidos na fase investigatória. Refere-se à “prova” produzida em contraditório judicial e aos “elementos informativos” obtidos na investigação, considerando como provas somente aqueles elementos obtidos de natureza cautelar, antecipada ou não repetível, como exposto. Tal distinção não pode ser ignorada ou simplesmente considerada como fruto do acaso. Assim como a diferença proposta por Lopes Jr., a diferença expressa no artigo pode ser compreendida como relativa à eficácia probatória dos dois elementos, o que influencia a forma como aqueles colhidos por meio do inquérito policial serão valorados pelo magistrado. Os elementos colhidos nesta fase não são prova, são meros elementos informativos e não podem subsidiar uma condenação penal. Resta saber, portanto, qual seria a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo legal, diante do permissivo nele contido.

A Constituição Federal nada traz de expresso acerca da possibilidade ou não de uso do inquérito policial na fase judicial. Trata sim das autoridades policiais responsáveis pelas investigações, bem como dos direitos e garantias fundamentais pertinentes a qualquer cidadão, réu ou investigado⁵⁹. Diante disso, a constitucionalidade do disposto no art. 155 do diploma processual deve decorrer de um exercício hermenêutico, buscando interpretar o processo penal da melhor forma possível, otimizando sua instrumentalidade e oferecendo-lhe a melhor e mais completa justificativa política que a ordem jurídica brasileira possa conferir.

Parte da doutrina brasileira, seguidora da concepção juspositivista de Direito, não vê qualquer inconstitucionalidade na ideia de utilização subsidiária do inquérito policial na fase judicial da persecução, pois há o permissivo legal acima referido⁶⁰. Ademais, a lei é expressa quanto à impossibilidade de uso exclusivo do inquérito, logo as garantias do acusado restariam protegidas com a exigência de concorrência de elementos processuais na formação do convencimento judicial. Todavia, esse posicionamento parece não se coadunar com o sistema processual penal constitucionalmente instituído e, portanto, consagrado pela moralidade política brasileira. Passa-se, então, a analisar o que a jurisprudência pátria tem dito acerca do tema e se a mesma vem aplicando com integridade o Direito nacional.

⁵⁹ Isso não implica dizer que sua regulamentação fique à mercê do alvedrio do legislador ordinário ou que consista em mera escolha de técnica processual. O sistema constitucional é um emaranhado de princípios, os quais permeiam o direito como um todo e, mesmo que não traga vedação expressa, esta pode sim decorrer da sua lógica de modo implícito, como já fora exposto no primeiro capítulo deste trabalho.

⁶⁰ É o caso de autores como Nucci (2009, p. 19), Rangel(2011, p. 80), entre outros.

3.1.2 CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS EMPREGADOS PELA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO TEMA

Os critérios hermenêuticos analisados no presente trabalho são aqueles extraídos de decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, a análise de decisões de instâncias inferiores não se mostraria a forma mais eficiente de analisar a jurisprudência nacional, sendo interessante ir direto à cúpula da jurisdição pátria, buscando compreender como a mesma enxerga o processo penal após quase 26 anos de vigência da atual Constituição. O primeiro, Superior Tribunal de Justiça, na condição de guardião da legislação infraconstitucional e de responsável pelo controle difuso desta e o segundo, Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da própria Lei Maior e, por conseguinte, protetor mor dos direitos e garantias fundamentais de seus jurisdicionados (OLIVEIRA, 2009, p. 769).

A presente decisão foi proferida pela quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2010, em sede de *Habeas Corpus* nº 141.874/SP, cabendo sua relatoria ao Ministro Jorge Mussi, que lavrou a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS . ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO. NULIDADE NO ATO DE RECONHECIMENTO DO ACUSADO. ART. 226 DO CPP. DECISÃO QUE ENCONTRA APOIO EM OUTROS ELEMENTOS COLHIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. EIVA RELATIVA. PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a suposta inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal não enseja nulidade do ato de reconhecimento do paciente em sede policial se o édito condenatório está fundamentado em idôneo conjunto fático probatório, produzido sob o crivo do contraditório. Ressalta-se, ainda, que trata-se de nulidade relativa, motivo pelo qual, diante do princípio *pas de nullité sans grief*, deve ser arguida oportunamente e com a efetiva demonstração do prejuízo, sob pena de convalidação.

CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. INOCORRÊNCIA. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Embora esta Corte Superior de Justiça tenha entendimento consolidado no sentido de considerar inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que o Tribunal *a quo* apoiou-se também em elementos de prova colhidos no âmbito do devido processo legal.

2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo, então, na angusta via do *writ*, o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos

pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

[...]

2. Ordem denegada.

Segundo relatório e voto do ministro-relator, a ação penal visava apurar crime de roubo circunstanciado mediante uso de arma de fogo, tendo por vítima empregado de determinada lanchonete e seu proprietário. Como elementos de prova, os quais embasaram o convencimento do magistrado, foram considerados: o depoimento da vítima e o reconhecimento formal do investigado, ambos em sede policial, perícia atestando o disparo de arma de fogo e, como única prova colhida na esfera judicial, o depoimento do proprietário do estabelecimento, afirmando que realmente o seu empregado havia comparecido à delegacia de polícia para realizar o reconhecimento do autor do fato⁶¹. Nada mais. A ordem foi denegada por unanimidade dos ministros da turma e a condenação penal mantida.

Veja-se que o “princípio” do livre convencimento motivado do juiz aparece como um bloqueio a ataques à valoração das provas. A ideia de que o magistrado pode julgar as provas dentro do que sua racionalidade propõe, valorando-as livremente, desde que acostadas lícitamente aos autos e devidamente fundamentando-as, parece servir de escudo para as reminiscências inquisitoriais do processo penal brasileiro. Tal “princípio”, segundo a jurisprudência, confere o melhor sentido possível ao art. 155 do código de processo penal, sendo este entendido como permissivo legal para utilização dos elementos do inquérito policial, desde que não sejam os únicos a embasar uma condenação penal.

A análise do presente caso demonstra a inexistência de qualquer prova produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa que sustente a condenação do réu. A única prova produzida foi o testemunho do chefe da vítima que afirmou ter conhecimento de que a mesma compareceu à delegacia e reconheceu o acusado como autor do crime. Não se encontrava presente no momento do crime. Nem mesmo se encontrava presente no momento do ato de reconhecimento. Não poderia jamais afirmar que o acusado fora o objeto do reconhecimento formal. Apenas confirmou o que lhe

⁶¹ Em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o magistrado assim manifestou-se: “É certo que o recorrente sempre negou o fato a ele atribuído e que a vítima [...] vem corroborada nos autos pelas palavras do proprietário do estabelecimento, [...], que informou não ter presenciado os fatos e que soube que seu funcionário foi à polícia e lá reconheceu o autor do crime.”.

fora passado, a título já de informação, por seu subalterno. Ainda assim, foi esta a prova judicial “subsidiada” pelos elementos do inquérito policial, nos supostos termos do art. 155 do código de processo penal. Seria esta a melhor interpretação a ser dada à norma legal?

A segunda decisão, também proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, sexta turma, consiste em acórdão de Recurso Especial nº 1.367.765/SC, julgado em 16.10.2014, cuja relatora foi a ministra Maria Thereza de Assis Moura, possuindo a seguinte ementa:

RECURSOS ESPECIAIS. PENAL E PROCESSO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA SUPERADA COM A SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONSIDERAÇÃO DAS PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. RECRUTAMENTO DE JOVENS ESPORTISTAS. OPERAÇÃO PLAYBOY. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO. INCABIMENTO.

1. [...]
2. Não há ilegalidade na consideração de provas produzidas na fase de inquérito desde que ratificadas em juízo ou corroboradas por outras provas produzidas na fase judicial sob o crivo do contraditório.
3. É assente na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça que cabe ao aplicador da lei, nas instâncias ordinárias, analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório ou a ensejar a absolvição.
4. [...]
5. [...]
6. Recurso da defesa improvido e recurso do Ministério Público provido.

Em seu voto, a relatora afirma: “*E não é outra a jurisprudência desta Corte de Justiça, firme no sentido de que não há ilegalidade qualquer na consideração de provas produzidas a fase do inquérito desde que ratificadas em juízo ou corroboradas por outras provas produzidas na fase judicial sob o crivo do contraditório [...]*”. Pois bem, o Superior Tribunal de Justiça realmente tem referida posição consolidada, porém questiona-se: está ela de acordo com os ditames constitucionais? Ainda que se considere o texto do art. 155 do código de processo penal, será lícito ampliar sua interpretação no sentido de que “qualquer prova” colhida em inquérito policial pode ser aproveitada no âmbito judicial? Não teria o próprio dispositivo se encarregado de especificar quais elementos poderiam ser aproveitados na formação do convencimento judicial? A decisão em comento reconheceu a possibilidade de utilização de depoimentos colhidos na fase inquisitorial como “subsídio” das provas judiciais e, por conseguinte, como aptas a embasarem uma sentença penal condenatória. Seriam os depoimentos de testemunhas provas irrepetíveis?

As decisões apresentadas não indicam quais critérios devem ser considerados para validar ou não o uso de determinado elemento do inquérito policial na formação do convencimento judicial. Uma preocupação da qual a jurisprudência parece se omitir. Apenas referem-se ao valor subsidiário dos mesmos em relação às provas produzidas na fase judicial. Ou seja, tem-se admitido o uso subsidiário de depoimentos, perícias, confissões, entre outros, indiscriminadamente, o que não parece ter sido a “intenção do legislador”, muito menos ter a sanção do constituinte e, assim, da moralidade política do país.

A próxima decisão analisada foi proferida também pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Recurso Ordinário nº 117.192 – MG, em 03/09/2013, cuja relatoria coube à Ministra Rosa Weber, possuindo a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL. ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NA SENTENÇA.

1. O art. 155 do Código de Processo Penal não impede que o juiz, para a formação de sua livre convicção, considere elementos informativos colhidos na fase de investigação criminal, vedada a condenação fundamentada exclusivamente em tais provas.

2. Na espécie, o édito condenatório lastreado em declarações colhidas de testemunhas na fase inquisitorial, bem como em depoimentos prestados em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não resulta em ilegalidade.

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento.

A princípio, não haveria maiores destaques na presente decisão, porém a leitura de seu relatório torna a mesma bastante polêmica do ponto de vista dos direitos ao contraditório e à ampla defesa. Isso porque, durante a persecução penal, a vítima realizou apenas o reconhecimento extrajudicial dos denunciados, acusados de lhe terem roubado vários pertences, mediante emprego de arma de fogo. No inquérito policial, foi colhido seu depoimento e o dos policiais envolvidos no flagrante delito, haja vista que, após o roubo, a mesma indicou o local para onde os infratores ter-se-iam encaminhado e lá foram detidos (ou seja, nem mesmo houve o flagrante próprio).

Na fase judicial, no entanto, a vítima não depôs, nem foram apresentadas testemunhas diretas do crime, mas apenas o delegado responsável pela formalização do flagrante⁶² e os demais policiais participantes do ato, os quais, em seus depoimentos,

⁶² Transcreve-se o trecho do depoimento do delegado policial para fins de demonstrar o que foi empregado como prova pelo duto tribunal para manter a decisão condenatória: “... o depoente presidiu

apenas ratificaram ter a vítima realizado o reconhecimento dos denunciados em sede policial. Significa dizer, judicialmente não foi produzida prova do crime em si, da ação criminosa, mas tão somente indícios de que a vítima teria reconhecido aqueles e, destarte, eles poderiam ser os reais autores do roubo. A sentença condenatória foi mantida com base em tais elementos “probatórios”.

Na conclusão de seu voto, a Ministra-relatora assim manifestou-se:

Da leitura dos excertos transcritos, deduz-se que a Corte Estadual condenou o Recorrente com base em todo acervo probatório constante dos autos, e não exclusivamente nos indícios colhidos na fase inquisitorial, razão pela qual não contrariado o art. 155 do CPP, *verbis*: “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”.

Percebe-se, nos julgados até o momento apresentados, que as decisões proferidas legitimando o uso do inquérito policial têm sempre como fundamento principal o “livre convencimento motivado” que rege o sistema de valoração de provas brasileiro. A doutrina aponta o artigo 93, IX da CF/88⁶³ como fundamento da opção constitucional pelo sistema do livre convencimento motivado no processo, seja penal ou civil. Oliveira, acerca do tema, afirma:

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. [...] A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas. (OLIVEIRA, 2009, p. 299).

O permissivo legal contido no art. 155 do código de processo penal, aliado a tal “princípio” do livre convencimento motivado, são a justificativa apresentada para a utilização das peças informativas do inquérito como fundamento para sentenças penais

e relatou o inquérito policial; que confirma na íntegra o relatório de f. 28/29, lido neste ato; que se lembra que os denunciados foram indiciados por terem sido reconhecidos pela vítima; que segundo consta, os denunciados foram apreendidos em um bar com a quantia de R\$ 13,00; que não conhecia nenhum dos denunciados’ (Delegado de Polícia José Benedito - f. 279).” A segunda “prova judicial” foi o depoimento de um dos policiais que atenderam a vítima: “...a vítima compareceu na Depol, informando que tinha sido assaltada por três indivíduos; que não se lembra quais os pertences que foram subtraídos da vítima; que não acompanhou o reconhecimento descrito no auto de f 17; que em rastreamento a vítima reconheceu os denunciados como sendo os autores do crime.’ (Policial Civil Sebastião Madeira - f. 280).”

⁶³ Art. 93 – “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”

condenatórias. Nem mesmo se pode objetar ser o dispositivo contido no art. 155 do código de processo penal resquício do período autoritário da Era Vargas, haja vista que o mesmo foi reformado no ano de 2008⁶⁴, sendo mantida a possibilidade de utilização dos elementos contidos no inquérito policial para fins de formação do convencimento judicial.

A questão é: em tais casos, as sentenças condenatórias não teriam ofendido o contraditório e a ampla defesa, uma vez que as principais provas que subsidiaram a condenação foram aquelas colhidas em sede de investigação preliminar?! A consagração do “princípio” do livre convencimento motivado do juiz basta a legitimá-las, mesmo diante do conjunto de princípios consagrados constitucionalmente, os quais deveriam, por lógica, conformar o processo penal e sua regulamentação no âmbito infraconstitucional? Não haveria outro conjunto de princípios que melhor justificariam a decisão no caso concreto, fornecendo um melhor sentido ao disposto no art. 155 do código de processo penal?

3.2 A QUESTÃO DA INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ E A GESTÃO DA PROVA.

Assim como o uso do inquérito policial, também a atribuição de iniciativa probatória aos magistrados, ao permitir que os mesmos substituam as partes na produção de provas para formar seu convencimento, tem deformado o sistema acusatório imposto pela Constituição Federal. Em que pese a polêmica acerca do tema, o que se percebe é que a jurisprudência nacional mantém-se alheia à discussão, validando indiscriminadamente as provas produzidas de ofício pelos julgadores. Tal compreensão não parece ser a mais adequada dentro de um Estado Democrático de Direito e restando as decisões judiciais alheias ao debate teórico acerca de sua legitimidade, é interessante trazê-las ao campo teórico, para questionar seus fundamentos e, talvez assim, favorecer uma interpretação mais constitucional do sistema de valoração de provas brasileiro.

⁶⁴ O art. 155 do código de processo penal foi recentemente alterado por meio da lei 11.690/08. Parte da doutrina satisfez-se com a reforma, na medida em que o novo texto do dispositivo indica claramente a impossibilidade de uma sentença penal condenatória ter por base unicamente elementos contidos no inquérito policial (RANGEL, 2011, p. 80), porém isso parece não ser suficiente para compatibilizar o processo penal com os ditames constitucionais, mantendo aquele diploma legal resquícios do sistema inquisitório, mesmo após o processo de democratização pelo qual o país passou.

3.2.1 TRATAMENTO LEGAL E DOCTRINÁRIO ACERCA DO TEMA

Como parece ter restado claro ao longo do primeiro capítulo, a questão da gestão de provas é de suma importância para a configuração do sistema processual penal. A depender de quem detém tal poder, tem-se a configuração de um sistema inquisitório ou acusatório, nos termos da doutrina de autores já mencionados como Coutinho, Lopes Jr e Cordero, pois a gestão de provas definiria o princípio unificador do sistema. Válido ressaltar aqui que não se está menosprezando o papel da separação de funções processuais, mas tão somente reconhecendo que a simples separação formal de tais funções não basta à determinação da natureza do sistema.

A Constituição brasileira também não foi expressa quanto ao tema, mas apenas quanto aos sujeitos da relação processual, indicando como titular da ação penal o Ministério Público e o querelado (em caso de ação privada), e o juiz como órgão responsável pelo julgamento do processo, sem atribuir-lhe outra função que não o exercício da jurisdição e a proteção do exercício dos direitos e garantias fundamentais. Por tal razão, Badaró (2003, p. 112), por exemplo, entende que a tripartição de funções decorreria de opção político-ideológica do constituinte, enquanto a gestão de provas ficaria a cargo do legislador, no âmbito da técnica processual, como já exposto. Posição com a qual não se pode concordar.

O constituinte não precisaria ter sido expresso quanto à atribuição da gestão de provas às partes para que esta se tornasse sua opção. O fato de não ter abordado o tema expressamente não o converte em questão de mera técnica processual à mercê de deliberação infraconstitucional, pois ele é o ponto fulcral para a determinação do tipo de sistema acolhido no Estado Democrático de Direito brasileiro e, diante do conjunto principiológico vislumbrado na Constituição, a conclusão pela sua acusatoriedade é inquestionável, por tudo já exposto no primeiro capítulo deste trabalho.

O tipo de sistema processual penal consiste em opção político-ideológica do Estado e, no Brasil, optou-se pelo sistema acusatório, daí decorrendo a necessidade, (implícita, porém lógica) de que a gestão das provas esteja nas mãos das partes, com todos os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados como “trunfos” em face do poder punitivo estatal.

Separar formalmente as funções processuais e manter a gestão de provas nas mãos do magistrado não condiz com o sistema acusatório, pelas suas próprias características. Daí não decorre a conclusão de que o sistema brasileiro seja inquisitório,

mas sim a necessidade de conformação da legislação infraconstitucional à opção constitucional, reconduzindo a iniciativa probatória às partes. Ao menos esta parece ser a postura mais condizente com o que diz o texto da Lei Maior. Infelizmente, a realidade brasileira é bem mais complexa e contraditória.

A atribuição de poder instrutório ao magistrado já estava consagrada desde o texto original do código de 1941⁶⁵, este elaborado sob influência do autoritarismo italiano. Recentemente, por meio da lei 11.690/08, o diploma foi alterado, com vistas a melhor adequá-lo à realidade democrática do país, tendo referida lei feito inúmeras modificações no campo das provas dentro do processo penal, todavia mantendo tal atribuição e alargando-a, em verdade, o que surpreendeu grande parte da doutrina defensora do caráter acusatório do sistema brasileiro⁶⁶. O texto atual do dispositivo assim determina:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

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

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Não bastasse a incompatibilidade entre a atribuição da gestão das provas ao magistrado e a ideia de contraditório e paridade de armas inerente a um sistema acusatório, o maior absurdo que se visualiza em referido dispositivo é a possibilidade de atuação *ex officio* de um juiz cuja jurisdição nem mesmo chegou a ser provocada por meio da ação penal⁶⁷. Significa dizer, sendo já passível de crítica a possibilidade de produção de provas de ofício pelo julgador, quão mais criticável será tal atuação ainda

⁶⁵ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁶⁶ Nas palavras de Oliveira, “*Do mesmo modo, não se pode deixar de criticar e, mais que isso, de rejeitar validade à novidade trazida com a lei 11.690/08, que, alterando o disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, permite ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes.*” (OLIVEIRA, 2009, p. 6)

⁶⁷ Para Ambos e Lima, o art. 156 do CPP somente se mostra incompatível com o sistema processual brasileiro na medida em que permite que o juiz produza provas de ofício ainda na fase preliminar, estando legitimada sua participação ativa na fase processual. Nesse sentido, afirmam: “*Nesse ponto, assim, entendemos que a Lei 11.690/08 acabou por arranhar o princípio acusatório, pelo menos no modelo brasileiro [...] já que, se o juiz pode, como defendemos, de ofício e de forma supletiva, buscar a prova no processo, antes de iniciada a ação, por outro lado, na fase inquisitorial, não pode assim agir.*” (2009, p. 70).

na fase preliminar da persecução, em que o órgão acusador ainda nem mesmo formou sua *opinio delicti* positiva, concluindo pela existência de provas da materialidade do delito e os indícios de sua autoria? De todo modo, foi essa posição adotada pelo legislador brasileiro⁶⁸.

O dissenso doutrinário acerca do tema é enorme. No entanto, aproxima-se aqui da doutrina de autores como Geraldo Prado, quando afirmam que, dentro de um Estado Democrático de Direito, não há como legitimar a concessão de poderes instrutórios aos juízes (PRADO, 2006, 137)⁶⁹. Santiago Neto nega também a constitucionalidade da atribuição de iniciativa probatória aos magistrados, asseverando que o Estado Democrático de Direito “*não comporta o juiz ator, protagonista, este modelo de juiz volta-se ao inquisidor, prima por colocar a hipótese em preponderância sobre os fatos. O juiz deve deixar às partes a atuação ativa, apenas interferindo para fins de assegurar a isonomia entre os sujeitos.*” (SANTIAGO NETO, 2012, p. 174).

Tratando dessa iniciativa probatória dos juízes, Lopes Jr. (2005, p. 175) afirma que artigos como o 156 do CPP “*externam a adoção do princípio inquisitório, pois representam uma quebra de igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia de jurisdição, que é a imparcialidade do julgador.*” Para o autor, dispositivos como este devem ser rechaçados, pois não resistem “*à necessária filtragem constitucional*”(Op. Cit., p. 177).

Por fim, tem-se a doutrina de Cordero, para quem a concessão de poderes instrutórios ao julgador auxilia na formação de “quadros paranoicos”, favorecendo a primazia da hipótese sobre os fatos (CORDERO, 2000, p. 19) e, assim, dando margem à atuação parcial do magistrado, que buscará obter provas sempre no sentido de confirmar as hipóteses que já possui. Não há como imaginar que, dotado de tamanho poder, o magistrado, enquanto ser humano, possa manter-se sequer imparcial.

⁶⁸ Válido frisar que o legislador brasileiro ainda não reviu tal postura, haja vista que ainda no projeto de lei nº 156/09 (que tramita atualmente perante o Senado Federal e consiste no projeto do novo código de processo penal brasileiro), atribui poder instrutório ao magistrado por meio de seu art. 165, que dispõe: “*As provas serão propostas pelas partes/Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.*”. Embora venha consagrando expressamente o sistema acusatório, em seu art. 4º - “*O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*” – mantém a gestão das provas nas mãos do juiz, abrindo mais uma porta à inquisitorialidade.

⁶⁹ Todavia, discorda-se do autor quando este afirma que a atribuição de poderes instrutórios aos juízes poder-se-ia justificar quando em favor da defesa, como forma de assegurar a liberdade do réu, rompendo com o desequilíbrio processual mantido junto ao Ministério Público. Porém, a presente questão será melhor tratada mais adiante, no último item deste capítulo.

Em que pese tal entendimento e a aparente incompatibilidade da atribuição da gestão de provas aos juízes em face do sistema acusatório (hoje constitucionalmente vigente no país), a tendência legislativa é a manutenção de tal poder aos julgadores. Percebe-se que a doutrina mais crítica acerca da iniciativa probatória judicial tem sido ignorada pelo legislador ordinário. Lembrando a teoria de Dworkin, tem-se a violação do princípio legislativo, uma vez que a norma produzida parece não ter sido orientada pela moralidade política expressa por meio da Lei Maior do país, restando somente apelar à prudência judicial para corrigir tal falha legislativa. Portanto, de suma importância a análise dos critérios hermenêuticos adotados no Direito brasileiro no trato do tema, o que passa a ser feito a seguir.

3.2.2 CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS EMPREGADOS PELA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO TEMA.

Aqui, repita-se o que foi dito no item 1 deste capítulo, acerca dos limites da presente análise, haja vista que a pesquisa do entendimento mantido junto os tribunais superiores, quais sejam, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, é mais eficiente e útil à reflexão aqui pretendida, acerca do sistema processual penal brasileiro e por isso somente suas decisões serão objeto de estudo.

A primeira decisão analisada foi proferida pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus nº 143.889/SP e julgado em 18.05.2010 (tendo por relator o Ministro Nilson Naves), no qual o impetrante pugnava pela nulidade de sentença penal condenatória prolatada após a oitiva de testemunha não arrolada pelas partes, ou seja, determinada de ofício pelo magistrado. Referida decisão contém a seguinte ementa:

Processo penal (natureza). Provas (produção). Iniciativa (juiz/Ministério Público). Magistrado (imparcialidade).

1. É acusatório, ou condenatório, o princípio informador do nosso processo penal, daí, então, ser vedado ao juiz o poder de investigação. Cabe à acusação a prova da culpabilidade do réu.
2. Incumbe ao juiz, é verdade, dirigir o processo, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento, não lhe sendo lícito, também é verdade, substituir a acusação. Permitido lhe é, isto sim, auxiliar a defesa, tal o eterno princípio da presunção de inocência: "ninguém será considerado culpado..."
3. Pode o juiz ouvir outras testemunhas (Cód. de Pr. Penal, art. 209), porém não o pode fazendo as vezes da acusação, substituindo-a, em caso, como

este, em que não havia testemunhas a serem inquiridas, porque não havia testemunhas arroladas pelo Ministério Público (tampouco pela defesa).

4. São diferentes iniciativa probatória e iniciativa acusatória, aquela é lícita, claro é, ao juiz em atitude complementar – por exemplo, tratando-se de diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (atual art. 402).

5. Já a iniciativa acusatória – o desempenho das funções que competem a outrem – bate de frente com princípios outros, entre os quais o da imparcialidade do julgador, e o da presunção de inocência do réu, e o do contraditório, e o da isonomia.

6. Ordem concedida a fim de se anular o processo desde quando se determinou a inquirição.

Embora a ementa não mencione, a decisão supratranscrita trata também do art. 156 do código de processo penal, pois este é a porta principal à iniciativa instrutória do juiz no processo brasileiro. Em referido processo, o julgador determinou a oitiva de testemunha, sem que qualquer das partes o tivesse feito, isso já finda a instrução, em sede de diligências. Para o Ministro-relator do feito, ter-se-ia de fazer uma importante distinção no caso analisado, a suposta distinção existente entre “iniciativa acusatória” e “iniciativa instrutória”, sendo a primeira totalmente inadmissível no processo penal acusatório, como o brasileiro e a qual teria se configurado no caso concreto. Assim, a ordem foi concedida e o processo anulado a partir da inquirição da testemunha.

A iniciativa instrutória consistiria numa atividade de apoio do magistrado em relação às partes, não no sentido de substituir qualquer uma delas ou de atuar supletivamente, mas sim de dirimir dúvidas surgidas em decorrência da instrução penal e que tornassem as diligências por ele determinadas imprescindíveis, nos termos do que apregoa o diploma processual (iniciativa esta que, segundo ele, seria inerente aos objetivos do processo). Porém, no caso concreto, entendeu o julgador que, diante da ausência de qualquer testemunha arrolada pelas partes, não haveria como se sustentar a existência de dúvida decorrente da própria instrução processual, a qual justificasse a atuação de ofício do magistrado, configurando, portanto, iniciativa acusatória, pois estaria ele a favorecer e substituir o órgão ministerial no exercício de seu mister, o que deve ser inibido pelo sistema acusatório vigente no Estado brasileiro.

Em seu voto-vista, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura baseou-se ainda na ideia de verdade real para sustentar a necessidade de uma certa margem de iniciativa instrutória dos julgadores, porém opondo-se à iniciativa acusatória tomada pelo juiz *in casu*, assim se manifestando:

Trazendo, pois, o termo para a atividade jurisdicional, no que condiz com a produção de provas no processo penal condenatório, como é o caso em análise, pode-se concluir que a atividade do juiz, então, é de auxílio às partes na busca da verdade real e não de liderança, no sentido de, por conta própria, na total inércia dos litigantes, tomar para si a pretensão probatória e determinar o que lhe pareça necessário e condizente com o caso concreto, consoante, de fato, aconteceu na espécie.

O Ministro-relator também não rechaçou referido “princípio” da verdade real, muito pelo contrário, utilizou-o como fundamento para a legitimação do poder instrutório dos magistrados, ainda que de modo restrito, afirmando:

É instigante – do mesmo modo, de bom sabor intelectual – a questão suscitada nestes autos. Que de direito? Será que tudo parece girar em torno da busca da verdade real, ou será que o que o magistrado fez foi fazer as vezes da acusação? Embora se reconheça a iniciativa probatória do juiz, talvez ainda mais com a edição da Lei nº 11.690, essa atividade probatória, a meu ver, somente deve desenvolver-se a partir da existência "de dúvida razoável sobre ponto relevante do processo", não sendo aceitável, porém, a adoção de posição supletiva à do órgão de acusação. Salta à vista que não é lícito ao juiz substituir a acusação.

Pergunta-se, portanto, diante do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, o poder instrutório do juiz é, de fato, inerente ao processo penal? Em sendo, o fundamento seria realmente a busca pela verdade real? O conjunto principiológico consagrado pela Constituição Federal teria reconhecido tal busca como legítima ou trata-se ainda de construção doutrinária incompatível com a atual ordem democrática brasileira? A teoria política expressa por tais princípios seria compatível com tal entendimento? De todo modo, pode-se afirmar que verdade real e imprescindibilidade da iniciativa instrutória dos juízes fazem parte dos critérios adotados pela jurisprudência daquela corte no trato da gestão de provas no sistema brasileiro.

Por outro lado, no julgamento do habeas corpus nº 242.412/DF, julgado em 11.02.2014, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, seguindo o voto do Ministro-relator Jorge Mussi, assentou o entendimento de que a produção de provas de ofício pelo magistrado em fase de diligências e pautada no art. 156 do código de processo penal não viola o princípio acusatório. Mais uma vez, o fundamento principiológico utilizado para embasar tal posição foi o “princípio” do livre convencimento motivado. A decisão contém a seguinte ementa:

[...] USO DE DOCUMENTO FALSO. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DETERMINAR A PRODUÇÃO

DE PROVAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DO SEU LIVRE CONVENCIMENTO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessária para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade.

2. Nesse sentido é o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao magistrado, de ofício, "*determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.*"

3. Assim, a determinação de realização de prova pericial de ofício pelo togado singular, ao contrário do que sustentado na inicial do *writ*, não caracterizou ofensa ao princípio acusatório, pois conquanto a mencionada prova tenha sido utilizada para corroborar a tese da acusação, foi considerada indispensável pelo Juízo para analisar o mérito da causa, estando a atuação jurisdicional, no caso em apreço, em consonância com as regras constitucionais e processuais penais pertinentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

Enquanto no julgado anterior o órgão jurisdicional buscou impor limitações à iniciativa instrutória por parte dos julgadores, aqui, quatro anos após aquela decisão, percebe-se um reconhecimento acrítico do poder probatório através do art. 156 do diploma processual, legitimando a produção *ex officio* de provas tanto “pró-acusação” quanto “pró-defesa”, sob o discurso de que o permissivo legal impede que a atuação do magistrado afronte o princípio acusatório. Nesse sentido, manifestou-se o relator:

Tem-se, assim, que a determinação de realização de exame grafotécnico de ofício pelo togado singular, ao contrário do que sustentado na inicial do *writ*, não caracterizou ofensa ao sistema acusatório, pois, conquanto a mencionada prova tenha sido utilizada para corroborar a tese da acusação, foi considerada indispensável pelo Juízo para analisar o mérito da causa, estando a atuação jurisdicional, no caso em apreço, em consonância com as regras constitucionais e processuais penais pertinentes.

Talvez a atuação judicial esteja sim de acordo com as regras legais, mas estará ela de acordo com as regras constitucionais? O princípio acusatório a que a ementa se dirige não é oriundo da lei, mas sim da Constituição e de sua base garantista, portanto simples artigo do código não basta de escudo a normas a ele contrárias. O julgador deveria ter buscado também na Lei Maior o fundamento para seu posicionamento.

Talvez se pudesse vislumbrar como fundamento constitucional o “princípio” do livre convencimento motivado, mas ele, usado de tal forma, não resiste à análise mais aprofundada do conjunto de princípios que norteiam o processo penal brasileiro, os

quais apontam para o sistema acusatório e a primazia da tutela dos direitos e garantias fundamentais do réu. Embora a ideia do livre convencimento motivado possa tornar a decisão adequada, ela não se mostra plenamente justificada pela teoria política consagrada no Estado brasileiro.

Importante evidenciar a oscilação jurisprudencial no trato da matéria. No ano de 2010, a lei 11.690/08 (com as alterações no campo das provas no código de processo penal) havia entrado em vigor recentemente e, de certo modo, ampliado o poder instrutório dos julgadores. Todavia, naquele momento o Superior Tribunal de Justiça mostrara uma posição mais restritiva de tal poder. Atualmente, passados mais de quatro anos, o mesmo tribunal, através de turma distinta, apresenta-se menos crítico com a limitação àquele poder. Esta não parece ser a postura mais acertada diante do contexto normativo brasileiro.

Em nova decisão analisada da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, proferida em sede de recurso ordinário em habeas corpus, nº 53.470 /PA (tendo por relator também o Ministro Jorge Mussi), cujo julgamento deu-se em 2 de dezembro de 2014, o órgão judicial esposou entendimento segundo o qual a ausência do *parquet* ao ato de oitiva de testemunhas, tendo o juiz singular feito as perguntas diretamente às mesmas, com suposto fundamento no atual art. 212⁷⁰ do código de processo penal, não viola o sistema acusatório, apoiando-se na busca da verdade real e no livre convencimento motivado do julgador, utilizando, inclusive, o próprio art. 156, inciso II, do mesmo diploma em seu apoio. Segue a ementa do julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA EM AUDIÊNCIA NA QUAL O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO ESTEVE PRESENTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. Esta Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento de que a simples ausência do órgão acusatório na audiência de oitiva de testemunhas não enseja a nulidade do ato, impondo-se à defesa a comprovação do efetivo prejuízo suportado pelo réu. Precedentes.

2. Conquanto o Ministério Público não estivesse presente na ocasião em que ouvidas as testemunhas comuns da acusação e da defesa, o certo é que o próprio artigo 212 do Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, outrossim, na busca da verdade real, a

⁷⁰ Art. 212. “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”/ Parágrafo único. “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do artigo 156, inciso II, do mencionado diploma legal, o que revela a inexistência do prejuízo suportado pelos acusados, sendo certo que o togado de origem não atuou como acusador, mas dentro dos limites que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico vigente.

3. Recurso desprovido.

Em seu voto, o Ministro-relator chega a afirmar:

No caso dos autos, conquanto o Ministério Público não estivesse presente na ocasião em que ouvidas as testemunhas comuns da acusação e da defesa, o certo é que o próprio artigo 212 do Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, outrossim, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do artigo 156, inciso II, do mencionado diploma legal, o que revela a inexistência do prejuízo suportado pelos acusados, sendo certo que o togado de origem não atuou como acusador, mas dentro dos limites que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico vigente.

Interessante notar que, primeiramente, admitiu-se a atuação probatória de ofício do magistrado, desde que não configurasse “iniciativa acusatória” e tão somente instrutória, no sentido de solver dúvidas emergentes da instrução processual implementada pelas partes. Num outro momento, já se admitiu tanto a atuação a favor da acusação quanto da defesa, desde que em busca da verdade real e nos limites do necessário ao livre convencimento motivado do juiz. Nesta última ementa já se admite até mesmo instrução processual sem a presença do órgão acusatório, tendo o julgador realizado as perguntas que entendeu pertinentes sem que se possa falar em “complementação” da atuação ministerial. A substituição do órgão acusador aqui fica mais que evidente, a partir do momento em que este nem mesmo chegou a agir.

Como pode o Superior Tribunal de Justiça manter entendimento consolidado⁷¹ no sentido de que não há nulidade processual em tal hipótese, bem como não haveria violação ao sistema acusatório? Aqui, vislumbram-se tão somente duas hipóteses as quais conduzem basicamente à mesma conclusão: de que a imparcialidade judicial foi violada. Isso porque, ou o juiz elaborou perguntas no interesse da defesa e aí

⁷¹ Alguns julgados em mesmo sentido, ratificando a pacificação do entendimento junto ao Superior Tribunal de Justiça: HC 245.081/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 25/08/2014, HC 289.479/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 26/05/2014, HC 243.260/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014, HC 217.948/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 17/02/2014, HC 79.712/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 10/12/2013, entre tantos outros.

houve a quebra da isonomia, pois não foram formulados questionamentos favoráveis à acusação, ou o juiz formulou perguntas no interesse da acusação, sem que esta o fizesse, havendo clara substituição do julgador pelo acusador, em afronta ao princípio acusatório e toda a lógica do sistema processual brasileiro.

Pois bem, tem-se demonstrado o entendimento mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, com seu dever de tutela da legislação federal e de uniformização jurisprudencial, agora passa-se à análise do trato da matéria feito pelo Supremo Tribunal Federal, guardião último da Constituição e um dos principais responsáveis pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais consagrados pela ordem jurídica brasileira. E o panorama não muda muito, sendo a sistemática da Constituição Federal pouco considerada em decisões referentes ao poder instrutório dos juízes, senão vejamos.

Em decisão proferida por sua primeira turma, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de habeas corpus nº 121.689/DF, tendo por relator o Ministro Luiz Fux e julgada em 15 de maio de 2014, trata expressamente da questão aqui debatida. Diz sua ementa:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CF, ART. 102, I, “D” E “T”. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP). EXAME GRAFOTÉCNICO. DILIGÊNCIA REQUERIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. ART. 156, II, DO CPP. *HABEAS CORPUS* EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. O juiz pode determinar, de ofício, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPC).

2. As provas que o magistrado entender imprescindíveis à formação de sua convicção podem ser ordenadas, de ofício, em qualquer estágio do processo, desde que antes de proferida sentença. Precedente: AR 1.538- AgR-AgR, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 08.02.02.

3. *In casu*, a paciente foi denunciada como incurso nas sanções do artigo 304 do Código Penal, por ter, em tese, apresentado documento público (histórico escolar) e documento particular (diploma de qualificação técnica) falsos perante o Conselho Regional de Enfermagem do Estado do Mato Grosso a fim de exercer, ilegalmente, a profissão de auxiliar de enfermagem. Concluída a instrução criminal, o juiz singular converteu o julgamento em diligência a fim de determinar a realização de exame grafotécnico para, após, sentenciar o feito.

4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

5. *Habeas corpus* extinto por inadequação da via eleita.

Talvez nesse julgamento deva-se preocupar mais com o que não consta na fundamentação, do que com o que ali foi consignado. Isso porque, num julgamento perante o tribunal de cúpula do Judiciário brasileiro, última instância a responder pelo ordenamento jurídico, tem-se como base normativa para fundamentar a manutenção da decisão condenatória o próprio art. 156 do código de processo penal, sem qualquer menção a um só dispositivo constitucional, um só direito ou garantia fundamental⁷², mas, tão somente, o que dispõe a legislação inferior, num evidente culto ao positivismo jurídico, aqui tão criticado. Para exemplificar o que se tem dito, segue manifestação do Ministro- relator:

O artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, confere ao magistrado a faculdade de determinar, de ofício, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, *verbis*:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

(...)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AR 1.538-AgR-AgR, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 08.02.02, fixou entendimento no sentido de que o magistrado, *“em qualquer estágio do procedimento, de ofício, pode ordenar a realização das provas que entender imprescindíveis à formação de sua convicção⁷³”*. [...]

⁷² Os únicos dispositivos constitucionais referidos na decisão não dizem respeito à impugnação à atuação probatória de ofício dos magistrados, mas sim a questões de cabimento processual do *habeas corpus*, sendo, portanto, indiferente à reflexão aqui proposta.

⁷³ A decisão referida possui a seguinte ementa: *EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. DESPACHO SANEADOR. REALIZAÇÃO DE PROVAS POR INICIATIVA DO JUIZ. ARTIGO 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. A preclusão é instituto processual que importa em sanção à parte, não alcançando o magistrado que, em qualquer estágio do procedimento, de ofício, pode ordenar a realização das provas que entender imprescindíveis à formação de sua convicção. 2. Código de Processo Civil, artigo 130. Aplicação do princípio do livre convencimento do juiz, a quem cabe a direção do processo, determinando, inclusive, as diligências necessárias à solução da lide. Instrução probatória. Preclusão pro judicato. Inexistência. Agravo. regimental não provido” - Sem grifos no original.*

Ora, não seria necessária a manifestação do Supremo Tribunal Federal para indicar o que dispõe o art. 156 do código de processo penal. Seu conteúdo é conhecido, sua literalidade está evidente a quem quiser conhecê-la. A questão não é se a lei brasileira permite ao juiz produzir provas de ofício, mas sim se o Direito brasileiro o faz. Que o Supremo tivesse realizado uma análise sistemática dos direitos e garantias fundamentais que conformam o processo penal e chegado à conclusão de que nada obsta a validade daquele artigo e mantido a decisão, talvez não se questionasse tanto a mesma, mas com a omissão do órgão em fazer tal análise não se pode conformar, diante do papel democrático que o tribunal exerce no Estado brasileiro.

A discussão proposta pela defesa não era se o poder instrutório do juiz está ou não submetido às regras de preclusão, mas sim se tal poder encontra guarita no ordenamento jurídico nacional. Se a preclusão é a perda do direito de praticar o ato, realmente não se pode falar em preclusão se entende-se que o magistrado não possui tal direito, ao se vedar a gestão das provas a ele. Porém, como se enfatizou no início deste item e resta claro no momento, a jurisprudência insiste em manter-se alheia à discussão, aplicando acriticamente o art. 156 do código de processo penal, quando seria dever seu compatibilizá-lo com os ditames da Constituição Federal.

Basicamente, é este o panorama nacional acerca da iniciativa instrutória e da formação do convencimento judicial no sistema processual penal brasileiro, dentro de uma análise bastante restrita para o debate que o tema oferece. Porém, os elementos até o momento levantados já permitem uma boa crítica dos critérios hermenêuticos utilizados pela jurisprudência brasileira e a demonstração de que forma a teoria do direito como integridade de Dworkin pode favorecer uma melhor aplicação e efetivação do Direito nacional.

3.3 CRÍTICAS AOS CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS EMPREGADOS PELA JURISPRUDÊNCIA.

Conforme exposto no primeiro capítulo desta pesquisa, por todos os direitos e garantias fundamentais consagrados no âmbito da Constituição Federal, bem como pela configuração dada por tal norma ao processo brasileiro, não há como negar a natureza acusatória do atual sistema processual penal aqui vigente. Direitos como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, presunção de inocência e direito

à não auto-incriminação são incompatíveis com um sistema de cunho inquisitorial, não importa o quanto a legislação infraconstitucional siga tal rumo.

No entanto, a análise das decisões apresentadas mostra uma racionalidade distinta, que segue o viés autoritário do código de processo penal de 1941 e não a primazia dos direitos fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito. Questiona-se, portanto, se a leitura feita em tais julgados dos dispositivos contidos no art. 155 e 156 do código de processo penal está de acordo com a leitura constitucional que se deve fazer de ambos.

Dworkin, em sua Teoria do Direito como Integridade, argumenta que decisões judiciais devem pautar-se por questões de princípios e que tais princípios devem apresentar justificações coerentes com as demais decisões judiciais, num plano horizontal e, num plano vertical, devem melhor justificar os planos legislativos e o plano constitucional⁷⁴. Pois bem, não foi isso que se percebeu dos julgados apresentados, pois não se pode dizer que a opção político-ideológica do Estado pelo sistema acusatório tenha sido respeitada.

Poder-se-ia entender a ordem constitucional brasileira como uma cadeia de justificação. Em sua base, encontram-se os direitos e garantias fundamentais, os quais conformam um sistema processual penal acusatório e este, por sua vez, é inerente a um Estado Democrático de Direito. Em determinada decisão judicial, o julgador deve encontrar a decisão que mais favoreça os direitos fundamentais das partes. Caso vários direitos fundamentais estejam em jogo, deve ele recorrer ao nível de abstração superior, buscando a decisão que mais favoreça o sistema acusatório como um todo e, se ainda assim houver uma pluralidade de decisões cabíveis, buscar aquela que mais favoreça o Estado Democrático de Direito e suas características. É dessa forma que se deve buscar a resposta certa ao caso concreto. Não porque uma divindade mostrou o caminho ou porque se realizou um feito sobre-humano, mas tão somente porque se buscou ao máximo compreender o Direito dentro de sua melhor perspectiva, à luz da moralidade política do Estado e dos objetivos por ela definidos.

Portanto, a primeira pergunta que o julgador deveria ter feito ao analisar os casos expostos anteriormente seria “Qual a função do inquérito e do processo penal?”

⁷⁴ O autor assim leciona: “*Hércules [o juiz] deve organizar a justificação de princípio em cada um desses níveis, de tal modo que a justificação seja consistente com os princípios que fornecem a justificação dos níveis mais elevados. A ordenação horizontal requer apenas que os princípios que devem justificar uma decisão em um nível devem ser também consistentes com a justificação oferecida para outras decisões no mesmo nível.*” (DWORKIN, 2011, p. 183).

Pode-se ainda afirmar que têm como escopo principal o combate à impunidade? O combate à criminalidade e à busca da verdade real? A existência de um processo todo estruturado sobre um conjunto de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados não contradiria essa visão, indicando outro rumo, qual seja, ter o processo o objetivo de resguardar o investigado e o réu contra arbitrariedades advindas do poder punitivo estatal?

É exatamente essa a posição de autores como Prado, para quem a instrumentalidade do processo consiste no fato de ser ele “*uma primeira garantia, em razão de que outras hão de operar, especialmente a imparcialidade e independência do juiz, o contraditório e a ampla defesa e a iniciativa da parte para a ação (ne procedat iudex ex officio), sacramentando-se, na medida do possível, a igualdade das partes*” (PRADO, 2006, p. 45). Lopes Jr. também segue referido entendimento, sustentando:

É fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória).

Ao lado dela, está a função constitucional do processo, como um instrumento a serviço da realização do projeto democrático (e não instrumento de defesa social, por evidente). Nesse viés, insere-se a finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual. (LOPES JR, 2006, p. 10-11)

Streck, por sua vez, afirma mais especificamente ao sistema processual brasileiro: “*De minha parte, entendo que é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal. Pelo sistema acusatório, ganha terreno aquilo que Dworkin chama de fairness. Mais do que isso, é a porta de entrada da democracia.*” (STRECK, 2012b, p. 219).

Pois bem, dentro da ideia de interpretação construtiva de Dworkin, os institutos processuais penais e a própria prática jurídica existente no Brasil devem ser compreendidos à luz do escopo instrumental-garantista do processo, sempre no sentido de favorecer direitos fundamentais do réu, em oposição àquela ideologia autoritária de defesa social, mais condizente com sistemas inquisitoriais, seja como forma de otimizar o sentido da norma, seja no sentido de refutar sua validade dentro da ordem democrática brasileira.

Da análise proposta nos itens 1 e 2 deste capítulo, conclui-se que dois foram os principais fundamentos invocados pela jurisprudência para sustentar seus

entendimentos: o “princípio” do livre convencimento motivado e a busca pela verdade real⁷⁵. Ocorre que, do atual panorama constitucional brasileiro, não se retira qualquer fundamento para a busca pela verdade real e o livre convencimento motivado não se sustenta da forma proposta nas decisões, embora seja sim o sistema de valoração probatória indicado pelo constituinte.

3.3.1 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E O USO DO INQUÉRITO POLICIAL NA FASE JUDICIAL.

Embora seja mencionado tanto no trato da iniciativa instrutória dos juízes, quanto na utilização do inquérito policial na fase judicial do processo, embasando assim a aplicação dos artigos 155 e 156 do código de processo penal, é em relação à segunda questão que o “princípio” é aplicado com mais ênfase, como se depreende das decisões analisadas. Referido sistema de valoração de provas encontra-se consagrado por meio do art. 93, inciso IX da Constituição Federal, onde o constituinte passa a exigir do julgador, em todas as decisões, a devida fundamentação. Porém, infelizmente, tem ele sido distorcido e sua aplicação utilizada no sentido contrário à lógica do processo penal brasileiro.

O “princípio” do livre convencimento motivado vem sendo utilizado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como um verdadeiro escudo às impugnações a seus julgados, bem como escudo protetor de suas arbitrariedades no exercício do poder jurisdicional brasileiro, viabilizando também o exercício arbitrário do poder punitivo estatal. Afirma-se isso quando se evidenciam tantos direitos e garantias fundamentais violados por meio de decisões autoritárias e policialescas, como as mencionadas no item 1 deste capítulo.

Diferentemente do que se possa pensar acerca do permissivo do art. 156 do código de processo penal, quando viabiliza o exercício de poder instrutório pelo juiz, não se pode defender a inconstitucionalidade do art. 155 daquele diploma legal, pura e simplesmente por permitir o uso de elementos obtidos na fase preliminar da persecução penal na formação do provimento judicial. Isso porque, de fato, existem provas que não

⁷⁵ O livre convencimento motivado aparece como principal fundamento nas decisões proferidas no HC 141.874/SP da quinta turma do STJ, no recurso em HC 117.192/MG da primeira turma do STF, habeas corpus nº 143.889/SP julgado pela sexta turma do STJ, no habeas corpus nº 242.412/DF julgado pela quinta turma do STJ e também no recurso ordinário em habeas corpus julgado pela mesma turma. A busca pela verdade real é mencionada em praticamente todas as decisões, igualmente.

podem ser obtidas com o decurso do tempo, tendo o legislador ordinário sido sensível a tal questão. Impossibilitar que se utilize um exame pericial num crime de estupro, por exemplo, realizado imediatamente após o ato e, assim, apontando ainda os vestígios da ação delituosa, seria inviabilizar qualquer propositura futura de ação penal.

Portanto, não se chega ao radicalismo de defender a não utilização de quaisquer elementos informativos colhidos na fase de investigação policial, nos termos do que propõe o art. 155 do código de processo penal. Não está aí a incompatibilidade do dispositivo com a ordem constitucional e, desse modo, com o sistema acusatório eleito no âmbito penal. Ocorre, todavia, que a interpretação que se tem dado à norma legal não se coaduna com o conjunto de princípios que conforma o processo penal brasileiro, devendo ela ser revista, a partir de uma análise hermenêutica, considerando todas as perspectivas do Direito pátrio.

Primeiramente, considere-se o texto do art. 155, *caput* do código de processo penal, que diz: “*Art. 155. 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*”. Uma pluralidade de interpretações poderia ser extraída dele, porém nem todas plenamente compatíveis com os direitos e garantias fundamentais consagrados na Lei Maior.

Poder-se-ia interpretar que o artigo permite a utilização de elementos colhidos mediante o inquérito policial, porém não de modo exclusivo, desde que estes confirmem o que as provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório, indiquem e que as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas podem ser consideradas indiscriminadamente. Esse tem sido o sentido atribuído a ele pela jurisprudência nacional, de forma quase uníssona.

Ou, poder-se-ia interpretar que “elementos informativos” colhidos na investigação não podem embasar uma decisão judicial, salvo se constituírem provas de natureza cautelar, não repetíveis ou antecipadas (sendo estas três as hipóteses exclusivas de utilização de elementos pré-processuais na formação da decisão) e que, em regra, a convicção judicial será formada por prova produzida sob o contraditório judicial. A jurisprudência nega completamente essa segunda forma de compreender o artigo, porém quando se atenta à distinção feita pelo legislador, no corpo do texto, entre “elementos informativos” e “prova”, ela não se torna tão absurda. Uma vez que se argumente a necessidade de considerar a expressão “exclusivamente” para afastar a interpretação

aqui proposta, argumente-se também a necessidade de considerar a distinção antes referida, frequentemente esquecida pelos julgadores brasileiros na aplicação do art. 155 do código de processo penal.

De todo modo, pode-se afirmar que ambas as interpretações são comportadas pela literalidade do artigo, mas nem todas são compatíveis com o Direito brasileiro, cujo sentido deve ser buscado tendo por norte a Constituição Federal e seus princípios. Ou seja, dentro da perspectiva do Direito como integridade, as duas compreensões adequam-se ao disposto na norma, mas apenas uma delas encontra melhor justificativa perante a teoria política que rege o Estado brasileiro.

A primeira forma de interpretar o dispositivo tem em seu amparo somente o “princípio” do livre convencimento motivado, aplicado de um modo totalmente distorcido, além da forte cultura positivista existente no Brasil. Por outro lado, tal forma de interpretação colide com alguns dos direitos mais fundamentais dentro da ordem democrática brasileira, dentre os quais estão o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, bem como a vedação ao uso das provas ilícitas.

A ideia de que elementos informativos podem auxiliar, desde que não exclusivamente, a formação do convencimento judicial permite a inversão da lógica do processo penal, como se percebe das decisões selecionadas, pois, na prática, busca-se a produção de qualquer indício sob o crivo do contraditório, por mais insignificante que seja, e o emprega como prova chave a ser “subsidiada” pelo inquérito policial.

Exemplo melhor não poderia ser dado do que a decisão proferida no habeas corpus nº 141.874/SP, em que a única “prova” judicial produzida foi o depoimento do proprietário do estabelecimento assaltado, o qual confirmou que, de fato, seu funcionário compareceu à delegacia de polícia para realizar o reconhecimento formal do então investigado. Não estivera presente durante a prática do roubo, nem no ato de reconhecimento, apenas fora informado de que o empregado, possivelmente ausente do trabalho, dirigiu-se à repartição policial para prestar o depoimento.

O que prova o depoimento do proprietário? Prova a hora ou as circunstâncias do fato penal? Prova que o réu disparou a arma de fogo? Prova que foi ele efetivamente o autor do delito? Não, não prova qualquer um dos elementos, nem atinentes à materialidade, nem atinentes à autoria da infração penal. Porém referido depoimento funciona como verdadeira “condição de possibilidade” do uso dos elementos informativos do inquérito policial que, a partir de então, passam a ser usados

indiscriminadamente pelo julgador através do discurso oficial construído com base no livre convencimento motivado.

Relembre-se a ideia dos “quadros paranoicos” de Cordero também aqui, pois considerando-se o tratamento dado ao art. 155 do código de processo penal, tem-se que a hipótese de culpabilidade do réu é inculcada no magistrado através das peças informativas e ele passa a buscar qualquer elemento que ratifique o que fora produzido na fase inquisitorial, na qual doutrina e jurisprudência majoritárias insistem em negar vigência aos direitos ao contraditório e à ampla defesa.

A jurisprudência, trilhando esse caminho, inverte a lógica que se poderia extrair da leitura do dispositivo, pois ao invés de usar os elementos informativos para confirmar os fatos atestados pelas provas produzidas em contraditório, acaba utilizando estas para confirmar o que já fora “provado” pelos elementos informativos colhidos no inquérito, como entendeu o julgador no recurso especial nº 1.367.765/SC, ao afirmar: “*não há ilegalidade na consideração de provas produzidas na fase do inquérito desde que ratificadas em juízo ou corroboradas por outras produzidas na fase judicial sob o crivo do contraditório*”. Mais uma vez evidenciando-se aquilo que Cordero denuncia como a primazia da hipótese sobre os fatos (CORDERO, 2000, p. 19).

Outro equívoco em referido julgado consiste no erro do julgador em não fazer qualquer menção à distinção legal, já referida, entre provas e elementos informativos. Do contrário, qual seria a justificativa para o uso de diferentes expressões no *caput* do art. 155 do código de processo penal? Seguindo o raciocínio de que tudo pode ser considerado como prova no processo penal, por que teria o legislador distinguido as provas, dos elementos informativos e até mesmo dos indícios?⁷⁶ Não se pode ignorar *a priori* distinções terminológicas quando as mesmas, associadas à moralidade política consagrada na Constituição, forneçam uma melhor interpretação de dispositivos legais, mais condizentes com os objetivos democráticos da comunidade.

⁷⁶ Por oportuno, é válido frisar que há jurisprudência junto ao Supremo Tribunal Federal, primeira turma, no sentido de legitimar a condenação do réu com base em prova indiciária, mesmo quando o código de processo penal expressamente exige a existência de provas que lhe imputem a responsabilidade pelo delito, conforme dispõe seu art. 386. É o que disse o órgão em decisão proferida no autos do habeas corpus nº 97.781/PR, cuja ementa afirma: “*A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória, quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta. [...]*” (julgado em 26 de novembro de 2013, tendo por Ministro-relator Marco Aurélio e por Ministro-redator Luiz Fux). Se a interpretação mais plausível fosse igualar indícios e provas, por que, então, teria o legislador diferenciado os mesmos, por meio de artigos como o 126, 239, 312, 414, entre outros? Parece ter sido mais um equívoco hermenêutico na aplicação do código de processo penal.

Interpretado desta forma, o art. 155 do código de processo penal acaba funcionando como uma grande porta aberta à inquisitorialidade do sistema, mantendo o diploma processual ainda preso à velha racionalidade francesa do início do século XIX, com a pretensão de um sistema misto, que nunca existirá de modo autônomo. Nem todas as garantias processuais imagináveis impedirão a natureza inquisitória do processo penal enquanto os elementos informativos colhidos no inquérito policial continuarem a ser utilizados indistintamente na formação do convencimento judicial.

Infelizmente, o sistema do livre convencimento motivado, introduzido na ordem constitucional pelo art. 93, inciso XI⁷⁷, como um aprimoramento do sistema de valoração de provas, em oposição àquele sistema legal existente em períodos inquisitoriais do processo, tem sido distorcido e, ao invés de inibir arbitrariedades judiciais, tem-nas favorecido através da discricionariedade dos julgadores. A ideia de tutela dos direitos fundamentais deveria também nortear o julgador na compreensão de tal preceito. A liberdade que lhe é conferida não é plena, não implica arbitrariedade e poder instrutório (ao menos não deveria implicar), mas sim a ausência de imposição legal quanto ao valor de cada elemento probatório, evitando que confissões obtidas mediante tortura fossem sagradas “rainha das provas”.

Significa dizer, ainda que o julgador vá formar sua decisão sem taxaço das provas, ele sofre sim limitações nessa valoração, as quais advêm de todos os planos normativos, constitucional e infraconstitucional. Se a atual compreensão jurisprudencial acerca da plena discricionariedade do juiz nessa atividade fosse a melhor diante da moralidade política do Estado, então não haveria justificativa para a existência de preceitos normativos limitando-a. O silêncio do constituinte e do legislador seria bastante. Todavia, eles foram expressos ao impor-lhes limite e isso por um motivo muito simples. Não se admite exercício ilimitado do poder estatal em Estados Democráticos de Direito. A expansão daquele poder é marca de Estados autoritários.

A consagração de tão extenso rol de direitos e garantias fundamentais no texto constitucional não leva a outra conclusão, senão a de que o principal escopo do Estado brasileiro é a preservação da dignidade de seus cidadãos, suas liberdades, seu pleno desenvolvimento. Assim, eles devem servir de norte em todos os segmentos da

⁷⁷ Streck é crítico até mesmo com tal afirmação, pois sustenta o autor: “*Quero contestar, portanto, aqueles processualistas penais que afirmam o livre convencimento albergado no art. 93, IX da Constituição. Não há qualquer indicador nesse sentido. Ao contrário: se todas as decisões devem ser fundamentadas, isso não quer dizer que ‘basta ter uma fundamentação’.* Ora, decisão não é o mesmo que escolha.[...]” (STRECK, 2012b, p. 219). No entanto, discorda-se desse posicionamento, conforme exposto.

esfera pública (e também privada), limitando as variadas formas de exercício do poder estatal, que deve vergar sempre diante dos direitos fundamentais, como verdadeiros “trunfos”.

Destarte, também (e, por que não, principalmente) o exercício do poder jurisdicional deve ser guiado por eles, usando-os para obter o sentido do Direito e como freio à interpretação realizada. Por isso, o livre convencimento motivado, longe de legitimar arbitrariedades, como tem feito tanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quanto a do Supremo Tribunal Federal, deve manter-se coerente com suas raízes acusatórias, auxiliando o processo penal a afastar-se dos resquícios inquisitoriais. Como bem considera Streck:

Se nele [o sistema acusatório] colocarmos o “livre convencimento do juiz” e estiver não balizado pelo processo constitucionalizado, retornaremos a inquisitorialismo. O que quero dizer, nesse ponto, é que o problema não está na obrigação de fundamentar e, sim, na possibilidade de o juiz ter o livre convencimento; como veremos, o simples dever de fundamentar, não resolve o problema do livre convencimento. (STRECK, 2012b, p. 219).

O que chama atenção na fala de Streck é a ideia de um livre convencimento “balizado pelo processo constitucionalizado”. Não se questiona aqui (como faz o autor gaúcho) ser este o sistema de valoração eleito pela Constituição de 1988, mas questiona-se sim a forma como tem ele sido compreendido. Discricionariedade e democracia não combinam e toda a Lei Maior reveste-se de normas e valores que indicam sua pretensão democrática, portanto todos os esforços serão poucos no sentido de sempre limitar o poder estatal, através da ordem constitucional vigente e esta foi bastante cuidadosa em fornecer instrumentos a tal limitação. Se por um lado afirma que a Constituição não imporá peso às provas, também afirma que nem todas as provas serão admitidas.

O contraditório e a ampla defesa, como já indicado, não têm plena aplicabilidade na fase investigativa da persecução, tendo em vista o caráter sigiloso do inquérito policial. Ainda que se busque aplicá-los, como timidamente tem buscado a jurisprudência, eles nunca serão consagrados de modo efetivo. Realidade esta que não pode ser alterada. No entanto, a flexibilização dos mesmos nesta fase surte impacto na eficácia probatória dos elementos aqui colhidos, restringindo-a, como leciona Lopes Jr, até o ato de recebimento da denúncia, quando devem exaurir seus efeitos. Não se pode usar o argumento de que, sendo mera peça informativa, o inquérito não comporta a aplicação daquelas garantias e, ao mesmo tempo, ignorar sua natureza meramente informativa, para considera-lo elemento de prova no processo.

Portanto, quando o art. 155 do código de processo penal menciona a expressão “em contraditório judicial”, ele está indicando um critério para que o elemento obtido tenha a eficácia probatória necessária a integrar o rol de provas que formará o convencimento do magistrado, deixando de fora os “elementos informativos” a que alude a norma. Da mesma forma, quando o legislador entendeu por bem atribuir a certos elementos colhidos na fase preliminar a eficácia probatória, referiu-se aos mesmos como provas (não repetíveis, cautelares e antecipadas), deixando ainda mais clara a distinção – ressaltando que quanto às mesmas, será sim exercido o contraditório, porém de modo diferido. Portanto, a liberdade na valoração das provas do juiz não pode ser vista de modo ilimitado como tem feito a jurisprudência nacional. Inúmeras são as restrições impostas tanto pelo legislador quanto pelo constituinte nesta atividade judicial valorativa para que se possa conferir tamanha discricionariedade ao julgador.

Outra limitação constitucional à valoração das provas pelo juiz é a vedação ao uso de provas ilícitas no processo⁷⁸. Pois bem. Os elementos informativos coletados na fase investigativa o são em prejuízo do contraditório e da ampla defesa, uma vez que sua função é a formação da *opinio delicti* do órgão julgador, tão somente. Ao passarem a integrar o processo, tem-se que são elementos colhidos com plena violação da norma constitucional contida em seu art. 5º, inciso LVI, e pela sistemática da Constituição Federal, deveriam ser considerados “provas” ilícitas, não dignas de integrar o conjunto probatório num processo acusatório.

Mais um direito fundamental que faz frente à visão jurisprudencial acerca do livre convencimento motivado e da utilização dos elementos informativos na fase judicial é o direito ao devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal. Isso porque, embora o art. 155 permita se argumente (dentro daquela interpretação tida aqui como equivocada), que o uso do inquérito policial para fins probatórios está legalmente previsto no ordenamento, resguardando a dimensão formal do princípio, sua dimensão material restaria violada, pois tal interpretação não se coaduna com a moralidade expressa no texto da Lei Maior. O emprego de tais elementos para formação do convencimento judicial mitiga uma série de direitos e garantias fundamentais por ela tutelados, não passando pelo crivo constitucional, o que

⁷⁸ O comando constitucional, consagrado no art. 5º, inciso LVI da Lei Maior, foi regulamentado pelo atual art. 157, do código de processo penal, que determina: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”.

afasta tal compreensão dos ideais democráticos do Estado e, portanto, de sua teoria política.

Ou seja, do que fora dito acima, conclui-se que o juiz é de fato livre para apreciar as provas na formação de seu convencimento, mas sua liberdade restringe-se àquelas provas produzidas sob o contraditório, mediante o exercício da ampla defesa, no bojo da relação processual, respeitando todas as demais garantias constitucionalmente asseguradas, independentemente de regulamentação legislativa, haja vista que tais direitos têm aplicabilidade imediata e devem nortear a compreensão das normas postas. A moralidade contida na Constituição é o norte para uma correta interpretação das leis e da própria jurisprudência, impondo limites à discricionariedade judicial, tão festejada pela doutrina positivista. O livre convencimento motivado somente se coaduna com a ordem política brasileira entendido desta forma, sempre no sentido de favorecer a acusatoriedade do processo penal e não em sentido contrário, ampliando a discricionariedade do julgador.

Considerando que o inquérito policial é expressamente mencionado pela Constituição Federal de 1988⁷⁹, conclui-se que o mesmo é inerente ao processo penal e dele não pode ser abolido, sob pena de se inviabilizar por completo a persecução penal, logo é o tratamento legal e jurisprudencial que lhe são dados que devem ser revistos, à luz dos direitos e garantias fundamentais que conformam o sistema acusatório brasileiro.

Duas, portanto, seriam as formas de se aproximar o processo penal brasileiro do ideal democrático através do instituto do inquérito policial. A primeira seria resguardando os direitos já na fase preliminar, respeitando plenamente os direitos do investigado ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. A segunda

⁷⁹ O art. 109 da Lei Maior, ao dispor sobre a competência da justiça federal, refere em seu §5º: “*Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.*”. Também seu art. 129, inciso VIII, elenca como funções do Ministério Público: “*requeritar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais*”. O art. 144, §1º, inciso I e §4º do mesmo diploma não se refere expressamente ao inquérito policial, porém atribui às polícias federal e civil a incumbência de apurar as infrações penais (Art. 144: “§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; §4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”).

forma seria fechando as portas ou, ao menos, limitando sobremaneira o uso de elementos pré-processuais na fase judicial da persecução penal⁸⁰.

A primeira proposta não se sustenta a partir do momento em que a consagração plena do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa inviabilizaria medidas importantes como interceptações telefônicas, buscas e apreensões⁸¹, entre outras de caráter mais cauteloso e sigiloso. Assim, embora aqui se defenda que, num Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais devam ser interpretados sempre no sentido de ampliar sua abrangência, buscando concretizá-los ao máximo, não se vislumbra, no atual estágio da sociedade brasileira e partindo da moralidade política consagrada no texto constitucional, como aquelas liberdades poderiam ser aplicadas de forma plena na fase investigativa. Esta interpretação não se adequa à realidade jurídica brasileira.

De outro modo, os direitos fundamentais podem ser tutelados no processo penal, mitigando sua flexibilização, por meio da utilização restrita de elementos informativos na fase judicial da persecução penal. Prefere-se esta segunda interpretação, uma vez que o modo como o art. 155 do código de processo penal tem sido aplicado não expressa a melhor interpretação possível, pois, embora se adequa à prática jurídica nacional, não mostra o instituto sob a melhor perspectiva à luz da teoria política consagrada pelo Estado. Usando a expressão de Dworkin, tal interpretação não passa pelo teste da justificação política, embora vença a dimensão da adequação.

Quando o legislador descumpra seu dever de respeito aos princípios conformadores da teoria política do Estado, ou seja, contradiz sua moralidade política, viola o que Dworkin chama de princípio legislativo, sendo o julgador chamado a readequar a norma produzida, dentro das possibilidades interpretativas que ela comporta, àquela moralidade, atribuindo-lhe o melhor sentido possível que o Direito

⁸⁰ A jurisprudência demonstrou tal intenção ao editar a súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal. O fato de se defender o não uso de elementos informativos como a melhor maneira de compatibilizar o inquérito com os direitos fundamentais, não torna a postura de reconhecê-los, ainda que timidamente, no âmbito pré-processual passível de crítica, uma vez que a tutela das liberdades públicas é o principal escopo do processo, sendo válida toda medida que amplie sua efetividade.

⁸¹ Lembrando que a interceptação telefônica tem respaldo no próprio texto constitucional, através do art. 5º, inciso XII, que determina: “*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”, assim como a busca e apreensão, por meio do inciso XI do mesmo artigo: “*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*”.

como integridade possibilite. É o que deve ocorrer com a compreensão do art. 155 do código de processo penal.

Nessa perspectiva, a segunda interpretação conferida àquele dispositivo legal se mostra mais condizente com a moralidade política consagrada pela Constituição Federal, pois, embora se admita o uso de elementos (provas) obtidos no âmbito do inquérito policial, somente o legitima de maneira restrita, minimizando a relativização do contraditório e da ampla defesa, que passam a ser postergados somente quando impeçam a própria persecução penal, hipótese em que serão exercidos de modo diferido, já no curso da ação penal.

Dessa forma, não se concorda com a ideia de que quaisquer elementos informativos possam ser utilizados na fase judicial da persecução penal, mas tão somente aqueles contemplados pela ressalva legal contida no próprio art. 155 do código de processo penal, quais sejam, provas não repetíveis, provas cautelares e as provas antecipadas⁸² e ainda assim de forma criteriosa.

Todavia, a despeito do entendimento aqui defendido, as decisões analisadas no item 1 deste capítulo demonstram a falta de preocupação da jurisprudência com a aplicação criteriosa do art. 155 do código de processo penal. Isso porque, nelas, há a inversão da lógica do sistema acusatório, havendo primazia dos elementos informativos colhidos de modo inquisitorial em detrimento das provas obtidas sob o crivo do contraditório. Não é o inquérito que subsidia as provas judiciais, mas sim as provas judiciais que subsidiam o inquérito.

Aliás, nesse ponto a própria jurisprudência dos tribunais se contradiz, afastando-se ainda mais do ideal de integridade aqui proposto. Isso porque, enquanto na aplicação daquele artigo, ela se mostra acrítica, indiferente a quais tipos de elementos podem ser considerados como prova, usando ora depoimentos testemunhais, perícias repetíveis, interrogatório extrajudicial, reconhecimentos formais em sede policial, na aplicação do art. 366 do código de processo penal⁸³ a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido mais criteriosa.

⁸² Considerações não que ser feitas acerca das provas antecipadas produzidas já na fase do inquérito policial, como permitido pelo art. 156 do código de processo penal, porém, em se tratando de prova produzida *ex officio* pelo magistrado, trata-se de tema a ser abordado no próximo subitem deste capítulo.

⁸³ Art. 366. “*Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.*”

Referido tribunal, em 2010, editou a súmula 455, de seguinte conteúdo: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”. No julgamento do recurso em habeas corpus nº 21.519/DF, julgado em 27 de setembro de 2007, sendo de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a sexta turma do tribunal assim se manifestou:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DA PRESCRIÇÃO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. JUSTIFICAÇÃO EM TORNO DO ASPECTO TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. CONSTRANGIMENTO.

Causa constrangimento a decisão que aceita a produção antecipada de provas, consoante previsão do art. 366 do CPP, e se limita tão-somente a justificá-la em torno da temporalidade da memória.

No caso, é indispensável que o juiz aponte concretamente as razões do deferimento da medida, sobretudo no que diz respeito à sua necessidade e urgência, não cabendo mera presunção de perecimento das informações sobre o crime.

Recurso provido e ordem concedida para impedir a realização da prova antecipada, sem prejuízo de nova determinação fundamentada em dados concretos.

Pois bem, o decurso do tempo não justifica a produção antecipada de provas, mas justifica a utilização de elementos informativos colhidos no inquérito policial como forma de preservar a celeridade processual? O tribunal, cauteloso na aplicação da antecipação prevista no dispositivo legal em caso de suspensão do processo, não mostra a mesma cautela no uso do inquérito policial, sendo que a preocupação com relação à garantia de contraditório e ampla defesa deveria preservar-se em ambos.

Seguindo tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça afirma que a busca desenfreada por elementos probatórios contrários ao réu não é o principal norte do processo penal, sendo forçoso analisar qualquer instituto que flexibilize direitos fundamentais de modo restritivo e crítico, ao contrário do que demonstra quando julga questões atinentes ao uso de elementos informativos na formação do convencimento judicial. Não se afirma que todos os direitos fundamentais relativos ao processo penal sejam absolutos, porém o magistrado há que realizar um esforço teórico no sentido de atestar porque a flexibilização se justifica à luz da ordem democrática brasileira, o que não tem ocorrido no uso de elementos informativos na esfera judicial.

Analisando a antecipação da produção de provas viabilizada pelo art. 366 do código de processo penal, o que se tem, senão, uma prova produzida com mitigação do contraditório e da ampla defesa sendo utilizada pelo magistrado na formação de sua decisão? O mesmo não representaria o uso de elementos informativos colhidos perante a autoridade policial na formação do convencimento judicial? Por que, então, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apresenta maior preocupação no trato da primeira questão, que em tese já se desenvolve sob proteção da jurisdição e do mister judiciário de tutela dos direitos e garantias fundamentais e não no trato da segunda, em que os elementos são colhidos por autoridade administrativa? Ainda que a preocupação expressa pela súmula 455 do tribunal se justifique plenamente, maior preocupação ainda teria ele de apresentar quanto à aplicação do art. 155 do código de processo penal.

O que se percebe da análise da jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, é a falta de integridade no trato das questões relativas aos direitos fundamentais. Ela oscila entre uma posição altamente repressiva e autoritária e uma posição mais garantista⁸⁴ e condizente com a ideologia da Constituição Federal de 1988. Não existe o que Dworkin chamaria de “coerência de princípios” e isso demonstra uma visão equivocada do Direito brasileiro. Há grande discricionariedade ainda na prática jurídica nacional, legitimada com base na doutrina positivista e na ideia de pluralidade de respostas juridicamente válidas, como demonstrado no início do 2º capítulo deste trabalho.

Assim, para se compreender o art. 155 do código de processo penal em sua melhor perspectiva, necessário que se reveja a forma como o “princípio” do livre convencimento motivado tem sido aplicado e que a utilização dos elementos informativos do inquérito policial seja feita de modo restrito, dentro das ressalvas legalmente feitas e preservando ao máximo os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, veículo condutor da moralidade política do país.

⁸⁴ Sem referência ao garantismo penal de Ferrajoli, mas sim ao garantismo enquanto ideal de tutela dos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente protegidos.

3.3.2 A VERDADE REAL E A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DOS JUÍZES NO PROCESSO PENAL.

O que se observa das decisões selecionadas é que a jurisprudência nacional ainda apela à ideia de “verdade real⁸⁵” no processo penal para justificar a aplicabilidade de dispositivos contidos no já defasado código de processo penal quando aquela não possui qualquer fundamento que a embase no ordenamento jurídico brasileiro, muito pelo contrário, vários são os dispositivos que denotam a primazia das garantias fundamentais em detrimento de uma busca desenfreada pela reconstituição dos fatos objetos do processo, porém ignorados pelos tribunais no momento de aplicação do diploma infraconstitucional.

Não se pode defender o acerto das decisões, pois nas mesmas os acórdãos foram proferidos analisando isoladamente a norma processual infraconstitucional. Aplicam-se, de fato, os arts. 155 e 156 do código, porém sem a utilização da norma constitucional como parâmetro para a sua interpretação, conferindo-lhe sentido. Lembra-se aqui a ideia de interpretação construtiva de Dworkin, segundo a qual o objeto da atividade interpretativa deve ser entendido à luz de seus objetivos, otimizando seu conteúdo. No panorama processual penal, os princípios contidos na Constituição são expressão da moralidade política brasileira, devendo servir de norte à compreensão de todos os institutos processuais. Todavia, não foi essa a postura adotada pelos julgadores e não se pode dizer que os mesmos obtiveram a melhor interpretação possível no caso concreto.

Para chegar a tal conclusão e afastar a busca da verdade real como objetivo do processo penal basta analisar os direitos fundamentais que a atual Lei Maior consagra a todos os brasileiros, indistintamente, sejam vítimas ou acusados na relação processual. De todos os listados no art. 5º da Constituição Federal, destacam-se aqui o direito ao estado de inocência ou à presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, ao juiz natural e imparcial, ao devido processo legal e até mesmo o direito à coisa julgada como óbices ao entendimento de que o julgador deve primar pela busca da verdade real na condução do processo. Sendo os direitos fundamentais “trunfos” do

⁸⁵ A verdade real opor-se-ia à ideia de verdade formal, oriunda do processo civil, em que o juiz forma sua convicção a partir das provas trazidas aos autos pelas partes, sem maiores pretensões de alcançar a verdade absoluta, de descobrir o que de fato ocorreu. A verdade aqui se refere tão somente à conclusão possível diante do conjunto probatório formado, não buscando elementos de convencimento na realidade, fora do processo. No processo penal, ao contrário, costuma-se utilizar o direito fundamental do réu à liberdade e o interesse social à segurança, como justificativa para ir além daquela verdade processual, devendo o juiz esforçar-se em se aproximar ao máximo da realidade fática, embora se saiba que uma verdade absoluta é inatingível via processo.

cidadão, em face do Estado, não podem ser mitigados por questões de política criminal no combate à impunidade.

A Constituição, como já exposto, consagra como cláusula pétrea o princípio da presunção de inocência, por meio de seu art. 5º, inciso LVII. Segundo este princípio, ninguém pode ser considerado culpado senão em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado. Ou seja, até que se comprove a culpa do réu, este deve ser presumido inocente pelo Estado brasileiro.

Referido direito influencia sobremaneira a questão do ônus probatório no processo penal, pois, a partir do momento em que cria uma presunção *juris tantum* a favor da inocência do réu, atribui à acusação o ônus de desconstituir tal presunção através de um conjunto probatório robusto no sentido da culpabilidade daquele. Então, indaga-se: como pode a busca pela verdade real ser um objetivo do processo penal e principal fundamento para o uso do inquérito policial na fase judicial e a iniciativa instrutória do juiz se o próprio constituinte disse, em outras palavras, que diante da ausência de provas contra o réu, mesmo que inexistassem provas de sua inocência, deve o julgador “fechar os olhos” às suas suspeitas e julga-lo inocente?

Se a intenção da comunidade brasileira fosse consagrar a busca da verdade real, não teria criado uma presunção constitucional de inocência do réu, mas sim silenciado e deixado ao legislador infraconstitucional o trato da questão do ônus probatório, sua distribuição. Se não o fez, foi porque atribui ao processo objetivo distinto, que muito mais se aproxima da sua concepção garantista de tutela do réu frente ao poder punitivo do Estado do que de sua concepção autoritária, de combate à criminalidade. Por tal motivo discorda-se veementemente da posição de Badaró, no sentido de que a questão da gestão de provas tem caráter meramente de técnica processual, pois o legislador preocupou-se sim com a matéria e determinou expressamente a quem caberia o ônus probatório dentro do processo penal, através daquela presunção. A gestão da prova nas mãos das partes é consequência lógica da opção político-ideológica do Estado por um sistema processual penal acusatório.

A Constituição Federal, com seus direitos e garantias fundamentais, resguarda um certo grau de acusatoriedade, o qual não pode ser mitigado pelo legislador ordinário, mas tão somente regulamentado no mesmo sentido, sempre. Lembrando a já referida teoria de Dworkin, em decorrência da integridade, nem todos os direitos fundamentais precisam estar expressos para ser considerados consagrados pelo Direito. Existem direitos que são inerentes à moralidade política conformada pelos demais

princípios⁸⁶. A atribuição da gestão de provas às partes, tão somente, e não ao julgador é decorrência lógica da análise holística da Constituição.

Importante considerar que, como todas as demais liberdades fundamentais, o direito à presunção de inocência impede que o legislador ordinário disponha em sentido contrário no trato da matéria. Logo, disposição que inverta o ônus probatório ou que ignore tal presunção não se compatibiliza com a moralidade política do país e o sistema processual por ela escolhido. Ocorre que, quando se reconhece, por exemplo, a iniciativa instrutória do juiz, aplicando indiscriminadamente o disposto no art. 156 do código de processo penal, se está exatamente violando a distribuição do ônus probatório, que cabe em sua totalidade à acusação, diante da presunção constitucional de que o réu é inocente. Se este não fosse o sentido da norma do art. 5, inciso LVII, da Lei Maior, qual seria? É a interpretação que maior utilidade lhe confere, compatibilizando-a plenamente à ideia do sistema acusatório e todas as demais garantias que dele advenham.

Não se pode imaginar que, diante da presunção constitucional de inocência do réu, tenha querido o constituinte atribuir a gestão de provas ao magistrado. Cite-se aqui, por exemplo, a decisão proferida no habeas corpus nº 53.470/PA, cuja ementa já fora transcrita, em que diante da ausência do representante ministerial, o próprio magistrado realizou as perguntas diretamente às testemunhas. O comando constitucional impõe que se presuma inocente o réu diante da ausência de provas de sua culpabilidade. Se o órgão acusador ausentou-se da audiência de instrução, deixou de produzir provas favoráveis à sua tese acusatória, cabendo à defesa produzir provas da inocência do réu tão somente como forma de precaver-se de arbitrariedades na aplicação do sistema do livre convencimento motivado. Todavia, teve-se mais uma vez a norma constitucional, condutora da moralidade política brasileira, ignorada em prol de uma norma infraconstitucional mais repressiva e menos garantista.

De igual modo, a decisão proferida no habeas corpus nº 242.412/DF, também já transcrita, aponta a inexistência de qualquer irregularidade na produção de ofício de exame pericial pelo juiz, desde que haja dúvida sobre ponto relevante decorrente da instrução processual. Pois bem, diante do princípio da presunção de

⁸⁶ Dworkin afirma que os cidadãos possuem direitos morais, que são direitos transformados em direitos jurídicos pela Constituição (2011, p. 292). Em momento algum adota a concepção jusnaturalista de que o homem, pelo simples fato de ser homem, possui direitos que lhe sejam inerentes. Tão somente reconhece que a moralidade política é conformadora do Direito e mesmo que a ordem normativa ainda não consagre expressamente dada liberdade, a prática e história institucional da comunidade pode assegurá-la, resguardando-a de modo implícito.

inocência, o juiz não pode ter dúvidas quanto aos fatos. Ou está ele completamente convencido de que o réu é culpado do fato penal e, então, deve condená-lo, ou não tem subsídios suficientes a incriminá-lo, logo, a Constituição vem em seu amparo, eliminando espaços para dúvidas e preenchendo-os com uma presunção constitucional de inocência. Não sendo as provas suficientes, inocente o réu. Ponto. A ideia de que o juiz deve ser dotado de poder instrutório para dirimir dúvidas relevantes não se sustenta diante de um sistema que consagre a presunção de não culpabilidade do réu.

A atribuição da gestão das provas ao julgador somente se justificaria diante de uma busca da verdade real que não mais vigora no sistema brasileiro. No período da inquisição, talvez, fosse justo falar na procura de uma verdade absoluta, da mais precisa reconstrução dos fatos, e aí sim justificar um poder instrutório nas mãos do magistrado. Mas hoje, diante de um sistema constitucional como o brasileiro, cujo principal escopo veiculado pela Constituição Federal é a proteção dos direitos e garantias fundamentais, não há base para legitimar aquele poder, muito pelo contrário, freios devem ser impostos a todo momento ao poder estatal. Do contrário, não teria justificativa para a consagração do direito à presunção de inocência.

Até mesmo a proteção constitucional à coisa julgada⁸⁷ vai de encontro à busca da verdade real no processo brasileiro. Isso porque o código de processo penal, ao regulamentar a matéria⁸⁸, vedou a revisão criminal *pro societate*, inviabilizando a reinstauração de ação penal quando já transitada em julgado sentença absolutória, independentemente de novas provas ou fundamentos.

Ora, se de fato a busca pela verdade real fosse um princípio do processo penal, em detrimento de sua instrumentalidade na garantia dos direitos fundamentais do réu, então pouco importaria se a revisão fosse *pro reo* ou *pro societate*, pois a descoberta da verdade acerca dos fatos apurados estaria acima da liberdade obtida pelo réu e de sua segurança jurídica. Porém e felizmente, não é o que se extrai da ordem constitucional pátria e nesse ponto o legislador parece ter atingido o espírito da atual carta constitucional, tutelando liberdades e impondo restrições ao exercício do poder

⁸⁷ Art. 5º.- XXXVI – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

⁸⁸ Art. 621. “A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - “quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;” III – “quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

punitivo estatal. Mais uma prova de que a verdade real, com a atual Constituição, foi alijada do processo, consagrando-se o sistema acusatório.

Se há uma presunção constitucional que milita a favor da inocência do réu, qualquer prova que seja produzida por parte do magistrado tenderá sempre a alterar aquele *status* jurídico. Inocente o réu já é, se o juiz precisa ainda de prova para convencer-se disso, então não está levando em consideração a presunção que a Lei Maior lhe impõe. A inércia de ambas as partes, portanto, levaria à absolvição do denunciado, no sentido do que decidiu a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do habeas corpus nº 143.889/SP, já referido, quando julgou acertadamente nulo processo em que o magistrado determinou a oitiva de testemunha, sem que qualquer uma das partes (acusação e defesa) a tivessem arrolado ou arrolado qualquer outra testemunha, numa clara violação ao sistema acusatório⁸⁹. Não sendo colhidas provas favoráveis à acusação, perdura o estado de inocência do réu também.

Mas, sendo produzidas provas favoráveis à acusação, o magistrado tem duas opções ao término da instrução: entender que as mesmas foram suficientes a elidir a presunção de inocência do denunciado ou entender que não foram. No primeiro caso, tem-se uma sentença penal condenatória. No segundo caso é que se encontra o equívoco, senão vejamos.

Duas seriam as possíveis formas de lidar com a hipótese: não foram produzidas provas suficientes a desconstituir o estado de inocência do réu, logo a norma contida no art. 5º, inciso LVII da Constituição deve ser aplicada e a inocência do réu prevalecer, não importa quanta dúvida o julgador carregue no seu íntimo (como se sabe, a neutralidade judicial é inalcançável e não se pode exigir que o magistrado prive-se de seus preconceitos, enquanto estes permaneçam na esfera da sua intimidade). Ou, o julgador pode exercer poderes instrutórios no sentido de erradicar tal dúvida. Mas, nessa segunda interpretação, haveria chance de a prova ser produzida a favor do réu? Qual dessas duas formas de interpretação melhor se justifica à luz dos direitos e garantias consagrados no texto constitucional e diante do escopo garantista do processo, por eles mesmos imposto?

A resposta usual a tal questionamento seria que é possível o juiz atuar ativamente e imparcialmente na produção de provas, desde que vise a “verdade real”.

⁸⁹ Embora entenda-se como acertada a postura do tribunal, discorda-se da mesma quando, em sua fundamentação, faz a distinção entre iniciativa instrutória e iniciativa acusatória, sustentando ser a primeira legítima diante da necessidade de o magistrado esclarecer dúvidas relevantes emergentes da instrução.

Porém, essa verdade não tem amparo no Direito brasileiro (como se espera ter demonstrado a essa altura), mas tão somente na cultura repressiva dos agentes responsáveis pela instrumentalização do processo penal. Apoiam-se, ainda, na existência de normas como o art. 156 do código de processo penal, que legalizam a iniciativa instrutória dos juízes, esquecendo-se que, antes de analisar a legalidade de algo, deve-se analisar sua constitucionalidade e, enfatize-se, sua moralidade política. Pensamento este fruto do velho positivismo que reina ainda na cultura jurídica brasileira.

A postura legislativa de concessão de poderes instrutórios aos magistrados, bem como a postura judicial de legitimá-los no exercício da jurisdição não encontra amparo na teoria política da comunidade brasileira. Isso porque, a partir do momento que o constituinte consagrou o direito ao contraditório, além da ideia de imparcialidade judicial, inerentes ao processo, a paridade de armas entre as partes é essencial à sua legitimação. Não há processo constitucional penal sem igualdade entre as partes (ressalvadas as exceções constitucionais) e a concessão de poderes instrutórios ao magistrado acaba mitigando referida igualdade.

Como já denunciado por Cordero e diversas vezes referido neste trabalho, a concessão da gestão das provas ao julgador permite que neste se formem “quadros paranoicos”, através dos quais a hipótese ganha primazia sobre os fatos. A partir de então, as provas que serviriam para a compreensão dos fatos, passam a ser produzidas como forma de manipulá-los, representando a “verdade real” já constituída no íntimo do juiz antes mesmo deste iniciar sua atividade probatória. Não há imparcialidade que se sustente nesse cenário.

Isso porque, se o intuito do julgador é favorecer o réu diante de uma defesa ineficiente, pois acredita na sua inocência e entende que o conjunto probatório não é contundente quanto à sua culpabilidade, então basta recorrer à presunção constitucional de inocência. Se, contudo, a dúvida do julgador é no sentido da culpabilidade do réu e implementa sua atividade probatória na busca de elementos favoráveis à acusação, faz as vezes do acusador, quebra a paridade de armas e isonomia processual e, assim, viola o sistema acusatório, constitucionalmente conformado. Seguindo entendimento diverso, portanto, daquele esposado por Prado, entende-se aqui que a iniciativa probatória dos juízes não se justifica de modo algum, nem mesmo quando, em tese, seja exercida a favor da defesa (PRADO, 2006, p. 137).

A iniciativa instrutória, no caso de uma defesa ineficiente, não seria a melhor solução para tutelar a liberdade do réu. Existem outras medidas, mais condizentes com a teoria política brasileira, que poderiam resguardá-lo, tais como fortalecimento da defensoria pública, da advocacia privada, efetivação das demais garantias processuais. A gestão de provas na mão do juiz é ampliação de poder estatal e, num Estado Democrático de Direito, sempre deve ser vista de forma crítica, ainda que o discurso oficial a coloque como mecanismo de defesa dos direitos fundamentais.

Destarte, o direito fundamental à presunção de inocência é o “carro chefe”⁹⁰ de confronto à legitimação de poderes instrutórios aos juízes, porém não é único. Como exposto desde os primeiros capítulos deste trabalho, a teoria política de um país é construída a partir dos princípios de moralidade que a comunidade toma para si como seus regentes e deve ser extraída de uma análise holística de tais princípios. O sistema constitucional deve ser o amparo para a devida interpretação construtiva do Direito brasileiro, promovendo uma visão íntegra e promissora em relação aos objetivos do Estado.

A gestão de provas a cargo do julgador viola as bases do processo penal constitucional brasileiro, pois colide com o contraditório, a igualdade processual, ampla defesa, imparcialidade judicial e, por óbvio, com o próprio devido processo penal, inviabilizando a legitimação do exercício do poder punitivo por afastar o processo dos ideais democráticos contidos na Constituição. A iniciativa instrutória dos juízes dentro do Estado brasileiro é a mais clara e evidente mitigação do sistema acusatório conformado pela norma constitucional, ainda que a jurisprudência mantenha-se omissa quanto a referida inconstitucionalidade.

Importante esclarecer que não se fez aqui a análise específica dos dois incisos contidos no dispositivo legal, por se entender que a produção probatória de ofício pelo magistrado não se sustenta em nenhuma das formas, seja na fase investigativa (o que é mais absurdo ainda diante da ausência de provocação da jurisdição, que deveria ser inerte como forma de manter sua imparcialidade), seja já na fase processual.

⁹⁰ Diz-se isso porque, diante de sua consagração, cai por terra a alegação de ser a busca da verdade real um objetivo do processo penal, fragilizando grande parte do discurso oficial quanto à gestão de provas em tal sede. Como exposto, os principais fundamentos para justificar a aplicação plena do art. 156 do código de processo são a busca pela verdade real e o livre convencimento motivado. Ambos, da forma como têm sido compreendidos, são contraditórios à lógica da presunção constitucional.

Porém, uma consideração pode ser feita: o art. 156, inciso I do código de processo penal é ainda mais contundente em expandir o poder estatal, a partir do momento em que permite ao magistrado exercer a jurisdição antes mesmo de ser provocado pelo órgão acusador. Haveria exemplo mais claro de violação ao sistema acusatório do que a possibilidade de o órgão julgador tomar a frente do *dominus litis* e produzir de ofício provas, ainda na fase inquisitorial? Referido dispositivo reúne todas as deformações aqui criticadas.

Aqui não se pactua nem mesmo com a produção *ex officio* de provas a favor do réu, pelos motivos já expostos acima. O entendimento aqui manifestado pode vir a ser taxado de “radicalismo”, porém acredita-se que radicalismos sejam necessários no combate à inercia jurisprudencial em buscar a efetivação das garantias processuais constitucionalmente contempladas.

Partindo-se da ideia de que as decisões judiciais devem manter a integridade do Direito, adequando-se aos princípios impostos pela moralidade política da comunidade, seja através do legislador, seja através dos julgadores, tem-se que as decisões analisadas não preenchem tal requisito, pois os princípios nelas expostos não encontram justificativa à luz da teoria política do Estado brasileiro.

Como se vê acerca das decisões que se pautaram na busca da verdade real, as mesmas não encontram respaldo na ordem constitucional, encontrando em muito maior número princípios que a elas se oponham, fragilizando sua validade. Não se pode afirmar ser a busca da verdade real um princípio processual. O escopo do processo é a tutela, não a repressão. A busca da verdade real é alijada do processo a partir da consagração dos direitos fundamentais expostos, mantendo-se como fundamento das decisões judiciais apenas em decorrência da cultura autoritária que, infelizmente, ainda existe no país, mas que não mais encontra base normativa da esfera constitucional.

Embora a questão do livre convencimento motivado já tenha sido abordada, é válido fazer algumas considerações no tocante à sua aplicação como fundamento legitimante da iniciativa probatória dos juízes. Aqui, pelas decisões colacionadas, fica ainda mais claro funcionar ele como uma porta aberta à discricionariedade no processo penal brasileiro. Isso porque, ao mesmo tempo em que fora usado nas mesmas para justificar a produção de provas *ex officio* pelo juiz, em outras é utilizado como forma de

justificar o indeferimento de diligências requeridas pela defesa⁹¹, com base no art. 400, §1º do código de processo penal⁹².

Em decisão proferida pela quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria coube à Ministra Laurita Vaz, em recurso em habeas corpus nº 30.253/SP, julgado em 1º de outubro de 2013, decidiu-se:

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. ART. 1.º, INCISO I, ALÍNEA A, C.C. O § 4.º, INCISOS I E II, TODOS DA LEI N.º 9.455/97. INDEFERIMENTO DE PERÍCIAS EM PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL DEVIDAMENTE MOTIVADO. SIMULAÇÃO DOS FATOS. DILIGÊNCIA DESNECESSÁRIA. ART. 184, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Quanto ao sistema de valoração das provas, o legislador brasileiro adotou o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o Juiz, ao extrair a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, decide a causa de acordo com o seu livre convencimento, em decisão devidamente fundamentada.

2. Não ocorre cerceamento de defesa nas hipóteses em que o Juiz reputa suficientes as provas já colhidas durante a instrução. O Julgador não está obrigado a realizar outras provas com a finalidade de melhor esclarecer a tese defensiva do Réu, quando, dentro do seu livre convencimento motivado, tenha encontrado elementos probatórios suficientes para a sua convicção. Precedentes desta Corte.

3. No caso, o Magistrado singular indeferiu fundamentadamente os pedidos da Defesa, considerada a desnecessidade da realização de novas provas para a busca da verdade real. Se o Juiz monocrático não constatou a necessidade da realização de novas diligências além daquelas já produzidas na fase inquisitorial para a formação de seu convencimento, não ocorre cerceamento de defesa.

4. Quando as provas requeridas forem desnecessárias ou inconvenientes ao deslinde da causa, devem ser indeferidas, nos exatos termos do art. 184, do Código de Processo Penal, o qual prevê que, "[s]alvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade".

⁹¹ Diversas são as decisões do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido: HC 231.633/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014, RHC 43.453/MG, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 27/11/2014, RHC 36.894/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 27/11/2014, etc. Semelhante posição é seguida pelo Supremo Tribunal Federal: ARE 743298 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado Em 04/06/2013, Processo Eletrônico DJe-114 DIVULG 14-06-2013 PUBLIC 17-06-2013, HC 113160, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Julgado Em 27/11/2012, Processo Eletrônico Dje-243 Divulg 11-12-2012 Public 12-12-2012, etc.

⁹² Art. 400. "Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado."/ § 1º "As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias."

5. Recurso desprovido.

No mesmo sentido já se manifestou a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, como no julgamento do habeas corpus nº 104.609, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, ocorrido em 6 de novembro de 2011, contendo a seguinte ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELO INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS PRETENSAMENTE IMPRESCINDÍVEIS. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS IMPRÓPRIO NA VIA ELEITA. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. A tese de cerceamento de defesa demandaria o reexame do conjunto probatório dos autos, para que se pudesse concluir pela imprescindibilidade das diligências indeferidas para o julgamento da ação penal e, por consequência, pela insuficiência das outras provas dos autos, consideradas para fundamentar a condenação do Paciente, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus.

2. A sentença penal condenatória está fundada em suficiente prova material e testemunhal, a demonstrar e identificar a atuação do Paciente no fato criminoso a ele imputado; ausência de demonstração de cerceamento de defesa decorrente da não-produção das diligências tidas pelo Impetrante como imprescindíveis ao deslinde da causa.

3. O indeferimento das provas testemunhal e pericial não acarreta o alegado prejuízo ao Paciente, posto que indiferentes para a formação do convencimento das instâncias de mérito sobre a autoria e a materialidade.

4. Ordem denegada.

Pois bem, como se viu, o livre convencimento motivado é empregado como fundamento para a utilização dos elementos informativos do inquérito policial, para justificar a iniciativa probatória dos juízes e ainda para legitimar o indeferimento de diligências requeridas e tidas pelo julgador como protelatórias. Onde fica o direito do réu à ampla defesa? O juiz pode produzir provas e pode indeferir provas, dentro de seu livre convencimento motivado. Mas e no caso de decisões como aquela proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em que a defesa requer diligências, mas o magistrado indefere afirmando já existir provas suficientes à prolação de sentença, sendo que, no entanto, são suficientes à prolação de sentença condenatória? Então as provas produzidas ainda não são suficientes à defesa. E se esta última prova elidisse a certeza judicial acerca da culpabilidade? Tem o magistrado como refutar de modo peremptório essa possibilidade?

O que se percebe da jurisprudência na aplicação do “princípio” do livre convencimento motivado é a ausência também de critérios minimizadores da

discricionariiedade judicial, como se esta nenhum risco expressasse à ordem democrática brasileira. Como se executivo e legislativo representassem inimigos dos direitos e garantias fundamentais, mas não o judiciário, embora também dotado de poder estatal. Todo poder existe para se ampliar, faz parte da natureza humana. A democracia faz frente à expansão do poder, por meio exatamente das liberdades fundamentais dos indivíduos.

A pesquisa ora implementada mostra uma triste e preocupante realidade no Direito brasileiro. Ainda não se permitiu à Constituição e aos princípios de moralidade política que ela veicula transformar a realidade, de um Estado autoritário e policialesco para um Estado democrático e garantista.

O art. 156 do código de processo penal teria em seu favor os “princípios” da verdade real e do livre convencimento motivado. O primeiro nem mesmo se adequa à realidade jurídica brasileira e a interpretação atribuída ao segundo não se justifica à luz do Estado Democrático brasileiro. Portanto, a gestão das provas nas mãos do julgador não tem amparo na ordem constitucional brasileira, mas tão somente é viabilizada por comando legal. Diante de uma Constituição garantista como a brasileira, que estrutura a teoria política do país a partir de direitos e garantias fundamentais, sendo estes a base de seu processo penal, não há espaço legítimo para um dispositivo legal daquela natureza, que nitidamente favorece a expansão do poder estatal.

Portanto, enquanto o art. 155 do código de processo penal pode ser interpretado coerentemente com os ditames democráticos da ordem jurídica brasileira, sendo constitucional apenas dentro do que fora proposto no subitem 3.3.1 deste capítulo, o art. 156 do mesmo diploma não comporta melhor interpretação que o concilie com o sistema acusatório delineado pela Lei Maior, sendo lícito reconhecer-lhe a inconstitucionalidade e pugnar-se por sua retirada do ordenamento pátrio.

3.3.3 LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO, VERDADE REAL, DISCRICIONARIEDADE E DWORKIN.

Refutando-se a verdade real como um fundamento válido no Direito brasileiro, por não encontrar justificativa dentro dos princípios consagrados pela moralidade do país e, assim, que conformam a teoria política que o estrutura e

reformulando o que se entende por livre convencimento motivado, não mais se justifica a aplicabilidade acrítica dos artigos 155 e 156 do código de processo penal, pelo simples fato de constarem de diploma legal vigente. A supremacia da Constituição deve ser tutelada e não se pode permitir que o legislador ordinário deforme aquilo por ela moldado. As interpretações e aplicações daquelas normas devem se coadunar com o restante do ordenamento.

A teoria política, que deveria servir à compreensão dos institutos do Direito brasileiro, é formada por princípios como devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, vedação a provas ilícitas, entre outros, os quais, como já demonstrado, não se coadunam com a iniciativa instrutória dos magistrados, bem como com o uso do inquérito policial na formação do convencimento do juiz. Portanto, validar aqueles permissivos devido à permissão expressa do legislador não é suficiente num Estado Democrático de Direito e acaba por violar o sistema acusatório, inerente àquele. Adotar uma atitude positivista e julgar válidos tais artigos tão somente por estarem em vigor, como tem feito a jurisprudência nacional, é esvaziar por completo o efeito normativo da Constituição e sua atual função transformadora, de uma realidade altamente autoritária e repressiva em uma realidade democrática e garantista.

Uma das principais preocupações expressadas por Dworkin na formulação de sua teoria é o combate à discricionariedade judicial, principalmente no campo dos direitos fundamentais. Da pesquisa realizada, percebe-se que os artigos analisados, quais sejam, 155 e 156 do código de processo penal, são verdadeiras portas abertas àquela discricionariedade, por meio de postulados como “verdade real” e “livre convencimento motivado”. Estes permitem que o magistrado faça escolhas diversas, o que é diferente de tomar decisões judiciais numa democracia⁹³.

Ocorre que a Constituição de 1988 trouxe em seu bojo mecanismos diversos de combate à discricionariedade judicial, conferindo aos julgadores um extenso rol de princípios constitucionais os quais devem servir de norte na compreensão do Direito pátrio, preenchendo os espaços vazios, que para Kelsen e seu positivismo, seriam preenchidos pela escolha do operador, com preceitos morais consagrados pela comunidade brasileira personificada, cujo veículo documental é a Lei Maior do país.

⁹³ Streck, mais uma vez, faz importante distinção, afirmando: “*Ora, decisão não é escolha. A decisão – no caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada.* (STRECK, 2012b, p. 219).

Não tenha o julgador pudor em ser “radical”, se seu radicalismo favorecer a ordem democrática e os direitos fundamentais de seus jurisdicionados. A mudança de mentalidade é uma necessidade urgente, pois passados mais de vinte e seis anos desde a promulgação da Constituição Federal, o sistema acusatório por ela determinado ainda sofre deformações no plano legal, justificadas não com base na moralidade política do país, mas numa cultura penal de recrudescimento, autoritária e totalmente desamparada pelos revolucionários imperativos daquela norma. Expurgue-se a iniciativa probatória dos juízes da ordem brasileira, critique-se a forma como elementos pré-processuais têm sido usados no curso da ação penal e, talvez, assim, algumas destas deformações possam ser corrigidas.

Deixe-se a integridade do Direito combater o positivismo e suas discricionariedades – diga-se, arbitrariedades.

CONCLUSÃO

Primeiramente, como forma de tornar viável a discussão aqui proposta, fora necessário firmar a natureza do sistema processual penal brasileiro, constitucionalmente instituído, para que as normas contidas nos artigos 155 e 156 do código de processo penal pudessem ter sua aplicabilidade analisada. Isso porque, a depender do tipo de sistema existente no Brasil, bem como da concepção jurídica adotada, tais dispositivos poderiam ou não compatibilizar-se com o ordenamento pátrio.

Por tal motivo, propôs-se uma análise hermenêutica das normas constitucionais, de modo a utilizar a Constituição e o sistema de princípios por ela construído para realizar a classificação daquele sistema processual. Isso porque, dentre diversas outras matérias, a natureza de tal sistema é também uma questão de política-ideológica do Estado ou da comunidade e deve ser aferida a partir do que dispôs o constituinte ao elaborar a norma-base do Estado.

Desse modo, da análise dos direitos e garantias fundamentais tutelados pela Constituição, bem como das normas de repartição de poder, concluiu-se pelo cunho acusatório do sistema processual penal brasileiro, construído a partir de direitos como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, vedação de provas ilícitas, separação de funções entre órgão acusador e órgão julgador, direito à não auto-incriminação, entre tanto outros. Não há qualquer permissão constitucional que favoreça o sistema inquisitório. Os resquícios deste no Direito nacional decorrem das normas infraconstitucionais, notadamente do código de processo penal de 1941, ainda fruto do autoritarismo do período do Estado Novo.

Destarte, a configuração da Constituição conduz ao sistema acusatório e essa constatação conduz a uma outra conclusão: a finalidade do processo penal no Brasil não mais se resume ao combate à criminalidade, mas sim obedece a uma racionalidade instrumental-garantista, ou seja, tem por finalidade resguardar os direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal, seja na fase investigativa, seja já na fase judicial, e todo o raciocínio hermenêutico que se fizer deve ter por norte aquele escopo, sob pena de distorção do sentido do processo.

Ocorre que, a concepção positivista, que tem norteador doutrina e jurisprudência no trato do processo penal, afasta este do ideal democrático expresso na Constituição. De nada adianta uma norma tão progressista como a Lei Maior de 1988 se esta não for concretizada por meio de um novo paradigma jurídico, em que aos direitos

fundamentais seja conferida máxima efetividade e concretude. Deve-se, portanto, abandonar visões positivistas como a de Kelsen e aderir a visões mais íntegras do Direito, como a de Dworkin em sua Teoria do Direito como Integridade.

A concepção de Dworkin acerca do Direito afasta a ideia de uma norma vazia, desprovida de sentido certo e gera maior vinculação aos julgadores no ato de decisão. O julgamento deixa de ser um ato de escolha e se torna uma prática interpretativa. Retira do juiz a discricionariedade que o positivismo lhe conferia e atribui uma tarefa mais trabalhosa e técnica, de busca de justificativa política para suas decisões. A moldura a que Kelsen se referia não é o bastante para limitar a atividade judicial, esta deve também ser limitada pelos princípios que integram a moralidade política do país e o magistrado deve esforçar-se para vislumbrá-los nos casos sob julgamento.

No Direito brasileiro, pode-se concluir que a moralidade política do país está documentada principalmente pela Constituição Federal de 1988, que institui uma ordem jurídica inovadora, rompendo com o autoritarismo do Estado anterior e instituindo um Estado Democrático de Direito, através da consagração de vários direitos fundamentais, inerentes à ideia de democracia. Ela servirá de auxílio para compreensão da teoria política construída no Brasil e então de parâmetro para expurgar do Direito, normas e precedentes judiciais que não se compatibilizem com ela. Primeiro utiliza-se a realidade para extrair os princípios que conformam aquela teoria, depois se utilizam esses princípios para conformar a realidade aos objetivos da comunidade.

Destarte, todos os segmentos do Direito brasileiro devem ser interpretados e compreendidos à luz das disposições constitucionais e dos princípios que esta consagra, para que a decisão seja a melhor possível, não bastando tão somente que se enquadre dentro das possibilidades interpretativas fornecidas pela literalidade da norma. A resposta correta deve ser buscada não importam as dificuldades encontradas pelo julgador neste empreendimento. O esforço de justificativa da decisão deve estar presente numa decisão legítima, ao menos perante um Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, e diante da inquestionável incompatibilidade entre o plano normativo constitucional e o infraconstitucional no campo processual, o estudo primou pela análise da jurisprudência acerca dos artigos 155 e 156 do código de processo penal, avaliando o modo como os tribunais superiores têm lidado com a questão do sistema acusatório e a formação do convencimento judicial, a partir do uso de elementos do inquérito policial na fase judicial do processo e da iniciativa instrutória

que ainda se confere aos julgadores. Foram extraídos das decisões critérios hermenêuticos empregados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, os quais foram analisados à luz da Teoria do Direito como Integridade, de Dworkin.

Quanto ao uso do inquérito policial no convencimento judicial, tem-se que o art. 155 do código de processo penal, embora represente um permissivo perigoso, tem servido a distorções do sistema acusatório não por seu conteúdo em si, mas pela interpretação equivocada que se lhe tem conferido. Dentre várias interpretações possíveis do dispositivo, a que mais se adequa à realidade jurídica do país, bem como encontra maior justificativa à luz da teoria política do Estado, é aquela que limita o emprego de elementos pré-processuais àquelas provas cautelares, provas antecipadas e às não repetíveis e não qualquer elemento informativo com amparo em elementos probatórios.

A postura jurisprudencial diante do artigo é contrária, primeiramente, à consagração dos direitos e garantias fundamentais tutelados pela Constituição. Num segundo nível, é contrária ao sistema acusatório que é conformado por tais direitos e, num plano de abstração maior, contraria ainda o ideal do Estado Democrático de Direito. A ideia de que o inquérito policial pode ser usado subsidiariamente às provas produzidas em contraditório, independentemente da natureza do elemento (um depoimento, um interrogatório, uma perícia repetível, etc.), não se compatibiliza com o direito ao contraditório, à ampla defesa, ao princípio do juiz natural, ao devido processo legal, entre muitos outros.

De outro modo, há uma segunda forma de interpretá-lo que o torna compatível com os diferentes níveis de justificação política, consistente na ideia de que o disposto no art. 155 do código de processo penal não permite pura e simplesmente que elementos informativos sejam usados na formação do convencimento motivado do juiz, mas sim permite que os elementos pré-processuais, colhidos na condição de provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis, podem ser utilizados na fase judicial, desde que não exclusivamente. Ou seja, a formação do convencimento judicial não comporta o emprego de elementos informativos, mas somente de elementos probatórios, filtrados pelo contraditório, ainda que diferido. Interpretado desta forma, aquele dispositivo legal encontra amparo no Direito brasileiro, por seguir a racionalidade instrumental-garantista imposta pelo sistema acusatório e as regras de seu “jogo”.

O segundo artigo analisado, art. 156 do código de processo penal, confere ao magistrado poder instrutório para fins de formação de seu convencimento judicial. A jurisprudência dos tribunais superiores tem aplicado de modo acrítico referido dispositivo, deixando de realizar o devido controle constitucional, ainda que difuso, sobre seu conteúdo. A atribuição de tais poderes ao órgão julgador não encontra respaldo num sistema acusatório, como o brasileiro, sendo desprovida de qualquer princípio que a justifique. Diferentemente do que ocorreu com o art. 155 do diploma processual, quanto ao último não se vislumbrou qualquer interpretação compatível com a teoria política do Estado brasileiro pós 1988, chegando-se à conclusão de que não deveria nem mesmo ser tido como recepcionado pela atual ordem constitucional.

Em praticamente todas as decisões judiciais analisadas, os órgãos julgadores embasaram-se em máximas como “busca da verdade real” e o “princípio do livre convencimento motivado”. Todavia, a partir do estudo empreendido, conclui-se que a primeira delas não se sustenta no atual ordenamento jurídico pátrio, uma vez que este consagra no plano constitucional direitos como presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, vedação às provas ilícitas e devido processo legal. Todos estes se mostram como limitações à busca pela reconstrução efetiva dos fatos, demonstrando que os direitos e garantias do réu são mais importantes ao Estado brasileiro do que a aplicação de uma pena. O discurso político de busca da verdade real não tem apoio no Direito brasileiro.

Quanto ao “princípio” do livre convencimento motivado, este é sim o sistema de valoração de provas instituído pelo constituinte brasileiro, portanto fruto de sua moralidade política. Contudo, tem sido compreendido de maneira adversa ao Direito como um todo, pois não seria lógico instituir uma série de garantias em proteção do réu e permitir que, para formar seu convencimento, o juiz empregasse todos os meios que julgasse convenientes. Não é esse o melhor sentido a ser atribuído àquele sistema num Estado Democrático de Direito, em que a limitação do poder estatal é uma das maiores preocupações. Portanto, deve ser entendido como uma liberdade conferida ao julgador de formar sua opinião quanto ao fato penal com base nas provas legalmente e constitucionalmente produzidas no processo penal, respeitando também aqui as “regras do jogo”.

A forma como ambos os dispositivos do código de processo penal têm sido interpretados favorece sempre a discricionariedade do julgador na prolação da sentença. Discricionariedade é exercício de poder sem maiores vinculações e, assim, contrária ao

ideal democrático. A legitimação de tal discricionariedade é fruto de uma concepção juspositivista do Direito, que predomina ainda no cenário jurídico nacional. Deve e pode ser combatida através de novas maneiras de se compreender o Direito, como a Teoria do Direito como Integridade. A busca pela consagração e concretização dos direitos fundamentais torna inevitável a mudança de paradigma, limitando cada vez mais o poder do Estado e, assim, suas arbitrariedades.

O Estado brasileiro já consignou seu ideal democrático, resta agora torna-lo íntegro, aliando sua teoria política à sua realidade jurídica, com a consagração no plano normativo e na prática do sistema processual penal acusatório, revendo a questão da iniciativa instrutória e do convencimento judicial à luz do conjunto de princípios tutelados pelo Estado Democrático de Direito. Peca o legislador ao omitir-se em regulamentar um sistema de caráter acusatório, então que aja o julgador, ao partir do Direito enquanto conceito interpretativo, compatibilizando a realidade com a moralidade política do país, veiculada por meio, principalmente, da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O Processo Acusatório e a Vedação Probatória – Perante as Realidades Alemã e Brasileira.** Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação Entre Acusação e Sentença.** 3ª Edição rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Ônus da Prova no Processo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 20ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26ª Edição Atualizada. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus nº 141.874/SP. Julgado em 17.06.2010. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 20.10.2014.

_____. Sexta Turma. Recurso Especial nº 1.367.765/SC. Julgado em 16.10.2014. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 20.10.2014.

_____. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 143.889/SP. Julgado em 18.05.2010. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 20.10.2014.

_____. Quinta Turma. Habeas Corpus nº 212.412/DF. Julgado em 11.02.2014. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 23.10.2014.

_____. Quinta Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 53.470/PA. Julgado em 02.12.2014. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 02.09.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus nº 121.689/DF. Julgado em 15.05.2014. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 02.09.2014.

_____. Primeira Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117.192/MG. Julgado em 03.09.2013. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 02.09.2014.

BUSATO, Paulo César. **De Magistrados, Inquisidores, Promotores de Justiça e Samabaias: Um Estudo Sobre os Sujeitos no Processo em um Sistema Acusatório.** In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (org.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 103 a 124.

CARNEIRO, Ana Carolina Andrade. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal e sua Conformidade Constitucional.** Vol. 6 – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal.** TOMO I – Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S. A., 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira – 3ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luís Camargo – 2ª Edição – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges – 2ª Edição – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4ª Edição rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Marcus Alan de Melo . **O novo rito do tribunal do júri e o juiz inquisidor**. In Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 1, p. 125-138, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** - 8ª edição – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal Brasileiro**. In Revista Civitas. Porto Alegre, Volume 10, n. 2, p.293-308, Maio-agosto 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal E Sua Conformidade Constitucional – Volume I** – 3ª Edição, rev. e atual. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 3ª Edição rev., Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4ª Edição, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

LOPES, Fábio Motta. **Os Direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª Edição – Campinas: Editora Millennium, 2000.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5ª Edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19ª Edição – São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACELLI, Eugênio. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 3ª Edição – São Paulo: Editora Atlas S. A., 2012.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para Além do Garantismo: Uma proposta Hermenêutica de Controle da Decisão Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do STJ**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Edição Rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Reformas Parciais... Até Quando?: A Necessidade de um Sistema Lógico Unitário**. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcello Andrade Cattoni de (coord.). *Constituição e Processo: Uma análise Hermenêutica da (re)construção dos Códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 39-50.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: A Participação dos Sujeitos no Centro do Palco Processual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª Edição rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

STRECK, Lênio. **De como a Dogmática Jurídica Traiu a Filosofia**. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcello Andrade Cattoni de (coord.). *Constituição e Processo: Uma análise Hermenêutica da (re)construção dos Códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012b, p. 197-229.

_____. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos**. *Hendu – Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, v. 1, n. 1, p. 93-105, jul. 2010.

_____. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In ROSA, Alexandre Morais da. [Et al] (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck, André Karam Trindade – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c, p. 59-94.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito**. 3ª Edição rev., atual. e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Que é Isto – As Garantias Processuais Penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.** 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal.** 4ª Edição - Rio de Janeiro: Editra Revan, 2011.