



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Sistema Acusatório, Sistema Inquisitório e Os Reflexos No Direito Penal Moderno

Marivaldo Sena Sacramento

Rio de Janeiro
2012

MARIVALDO SENA SACRAMENTO

Sistema Acusatório, Sistema Inquisitório e Os Reflexos No Direito Processual Penal Moderno

Artigo Científico apresentando como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2012

SISTEMA ACUSATÓRIO, SISTEMA INQUISITÓRIO E OS REFLEXOS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL MODERNO

Marivaldo Sena Sacramento

Graduado pela Universidade Gama Filho.
Advogado.

Resumo: O presente trabalho analisa e traça um paralelo entre os dois sistemas presentes no processo penal pátrio. Trata das discrepâncias que tornam o direito processual penal maculado. Enfoca a violação à Constituição Federal e em diversos artigos contidos no Código de Processo Penal que, a rigor, não foram ou não deveriam ter sido recepcionados pelo ordenamento jurídico moderno. Discute a atuação do Ministério Público como titular da ação penal e seu poder investigativo, ora inquisitório, ora acusatório. Faz-se uma análise crítica da atuação do Ministério Público e do julgador quando ambos ultrapassam os limites do sistema acusatório, transformando-o em um “sistema inquisitório branco”. Com dados históricos, critica as ofensas praticadas contra a Democracia quando o juiz atua como perseguidor e produtor da prova. Por fim, o trabalho sugere um processo penal mais justo e um julgamento que não macule o princípio da paridade das armas.

Palavras-Chave: Dados históricos do sistema aplicado no processo penal; Duplicidade de sistemas; sistema acusatório e democracia; juiz perseguidor das provas; Ministério Público; função precípua; resíduos do sistema inquisitório; princípios aplicados; oralidade; publicidade; paridade das armas. Aplicação e observância da Constituição da República na aplicação do Processo Penal.

Sumário: Introdução. 1. Sistema Acusatório. 1.1. Princípio da Oralidade. 1.2. Princípio da publicidade. 1.2.1. Da Publicidade Tradicional. 1.2.2. Dos Juízos Paralelos da Imprensa. 1.3. Características dos Sistemas. 2. Do Sistema Acusatório na Constituição de 1988. 2.1. Breve Histórico do Processo Penal Brasileiro. 2.2. Características do Sistema Processual Brasileiro. 2.3. Da *Mutatio Libelli*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo traçar uma visão crítica do sistema híbrido aplicado no processo penal brasileiro, especialmente no que toca ao poder ainda dado ao juiz de produzir e perseguir a prova contra o acusado. A função do Ministério Público, em suma, é provar os fatos contra o acusado e apresentar tais provas ao Juiz da causa. Contudo, o sistema

inquisitório (resquícios da ditadura) ainda impera no direito processual penal brasileiro e faz com que o acusado fique ainda mais vulnerável perante o Estado.

Juristas como Geraldo Prado, Rubens Casara, Sérgio Verani, Lênio Luiz Streck e outros, defendem que a prova deve ser dirigida ao Juiz e esse deve ficar inerte, para ao final do processo emitir juízo de procedência ou improcedência. Entretanto, não é o que ocorre. Mesmo com o advento do sistema da *cross examination* (permite que as partes façam perguntas diretamente ao acusado sem a intervenção do juiz) que afastou o sistema presidencialista (todas as perguntas passavam pelo crivo do julgador), o Código de Processo Penal ainda permite ao Juiz inquirir diretamente o réu, ou ainda, buscar provas contra ele, poderes que violam frontalmente o sistema acusatório e a paridade das armas ambos estabelecidos pela Constituição Federal.

Inspirado nas obras de Rubens Casara e Geraldo Prado, esse trabalho traz à baila os prejuízos sofridos pelo acusado por conta dos resquícios do sistema inquisitório e propõe um sistema acusatório puro, que assegure as garantias constitucionais do acusado.

1.SISTEMA ACUSATÓRIO

O processo penal brasileiro tem em seu bojo uma sistemática híbrida, uma dicotomia. Os sistemas acusatório e o inquisitório implicam designar uma dupla alternativa: de um lado, modelos opostos de organização judicial; de outro, métodos que objetivam a perseguição da prova realizada pelo juiz natural. O resultado é dois tipos de sistema inseridos num sistema único, um sistema híbrido.

O sistema acusatório concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida

pelo juiz segundo sua livre convicção. Em tese, esse é o sistema que deveria ser empregado, contudo, o sistema penal e processual penal que se aplica modernamente, não atende à vontade do legislador de 1.988.

1.1. PRINCIPIO DA ORALIDADE

Nas palavras de Francisco Morato¹, compreende-se por oralidade a forma procedimental em virtude da qual se reúnem os seguintes caracteres:

- a predominância da palavra falada;
- a imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios de prova;
- a identidade física do órgão judicante em todo decorrer do processo;
- a concentração da causa no tempo.

Não se concebe procedimento penal no curso do qual os atos de instrução criminal, (de aquisição e conservação das provas e de debates sobre o material incorporado), para o fim de conformação da convicção judicial, O que se tem são diferentes atos praticados por diferentes juízes. Desde a audiência da prova, até as razões finais das partes e o interrogatório do acusado, nas hipóteses legais em que esteja previsto, a concentração dos atos processuais é imperativo de bom senso e de respeito ao direito ao julgamento justo, o que demanda, dadas as peculiaridades da expressão oral, fundamente o juiz sua decisão sobre aquilo com o que diretamente teve contato. É evidente que esse é o panorama ideal, mas que raramente se aplica. A sentença pode ser proferida oralmente, desde que seus fundamentos tenham decorrido da força do contato imediato com as provas, que vão impregnar o raciocínio judicial. Não se dispensa a documentação dos atos praticados. É da natureza do sistema acusatório que a audiência seja utilizada que haja maior cognição dos fatos.

¹ MORATO, Francisco. *A Oralidade*: In Processo Oral. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 1-24.

Lúcio Bittencourt² advertia que livre convencimento sem processo oral é pura ficção.

Há que se considerar também que o caráter histórico e político do processo penal refletem com grande clareza a racionalidade de uma cultura jurídica e a discussão política acerca das posições jurídicas na produção do caso e na preparação da sentença, postulado fundamental do sistema acusatório. O processo se orienta em direção a uma espécie de procedimento que assegure a máxima contraposição dialética, ou seja, é imperioso que seja oportunizado ao acusado e à defesa técnica o esgotamento de todas as teses defensivas na direção do menos grave para o mais grave. A defesa não deve ser apenas ampla e sim amplíssima, sem perder de vista a noção básica de que não há dialética sem possibilidade de diálogo. O diálogo sugere a compreensão do caso e das posições que os sujeitos processuais legitimamente devem ocupar, assim como a existência de um espaço onde possa ser travado. O julgador deve ser para o sistema acusatório, uma figura inerte, alguém com irreparável saber jurídico que não vai julgar a pessoa do acusado, mas os fatos a ele imputados. Vedado o pré-julgamento, ou a cessão a clamores públicos ou midiáticos. Mais do que isso, na constituição da conclusão, a propósito da existência da infração penal e da responsabilidade do imputado, há a tendência de o juiz levar em conta as impressões registradas por ele durante o processo, formando sua convicção com base nelas, mas explicitando-a por meio de referência a métodos de interpretação - gramatical, histórica, teleológica ou sistemática - que em verdade servem apenas para expor racionalmente a própria conclusão, definida com anterioridade.

Os que têm experiência forense sabem que não raramente as partes acreditam em virtude do modo como o juiz dirige a audiência, que determinado tipo de prova está exercendo significativa influência na formação da convicção do julgador e acabam se surpreendendo quando leem a sentença e descobrem que para o juiz a prova decisiva era

² BITTENCOURT, Lúcio *apud* José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. 3 ed. vol. I. São Paulo: Millemium, 2009 p. 73.

outra, sobre a qual as partes não perceberam qualquer espécie de atenção diferenciada. Isso ocorre quando o mesmo juiz preside o processo do início ao fim e é ainda mais grave e perigoso quando são diferentes juízes, cada qual participando de uma etapa processual, os responsáveis pela aquisição e ingresso da prova no processo e por sua avaliação definitiva.

Para que a análise dos casos penais não se perca em um círculo de interpretação de textos - dos textos que registram, nem sempre fielmente, os depoimentos das testemunhas, aos das razões das partes e da sentença - é indispensável que o diálogo processual tenha lugar em um ambiente apropriado, no qual as provas sejam produzidas, as partes possam debater livremente e o juiz, antes de decidir compreenda o que provavelmente aconteceu, sem sofrer qualquer influência externa, nem basear-se em frustrações de sua própria trajetória de vida.

Por isso a oralidade deixa de ser, exclusivamente, uma questão de predominância da palavra falada para se constituir em exigência de que uma causa não seja decidida por juiz que não haja tido contato com as provas e com os argumentos das partes, em um ambiente capaz de proporcionar condições ideais de diálogo.

Ultrapassada a fase da oralidade, o juiz deve prolatar a sentença e o julgamento deve ser baseado na matéria de fato sem abandonar a fundamentação jurídica, para que na hipótese de eventual recurso o relator tenha condições de conhecer de toda a matéria.

1.2. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A publicidade também se insinua como característica do sistema acusatório, na medida em que o segredo, como ficou assentado em outra passagem, é compatível, como regra geral, exclusivamente com regimes autoritários e processos penais inquisitórios. O sistema inquisitório ainda está presente no processo penal brasileiro, o que significa que o ordenamento jurídico pátrio ainda carece de avanço.

1.2.1. DA PUBLICIDADE TRADICIONAL

Cumpra dizer, em abono ao acima princípio acima mencionado, que a publicidade tanto pode ser analisada como decorrência da necessidade de participação do público na gestão da coisa pública, inclusive, evidentemente, na gestão das decisões judiciais sobre os casos penais, como pode ser vista na condição de dar ao público, na qualidade de espectador, satisfação a respeito da maneira pela qual os agentes do Estado exercem as suas funções.

Neste último caso, Vicente Greco Filho, afirma que a publicidade tem a função de assegurar outras garantias, inclusive da reta aplicação da lei³, por cujo meio podem os cidadãos controlar, adequadamente, o cumprimento das exigências de respeito aos direitos básicos, além da moralidade e impessoalidade da ação estatal, ficando limitada a publicidade, sem perigo inaceitável para o sistema e para preservação de outros direitos fundamentais, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Justamente em virtude das restrições designadas expressamente na Constituição, aplica-se a publicidade para as partes e em geral, para que toda sociedade tenha conhecimento pleno da aplicação legal e que todos os direitos fundamentais do homem foram observados e preservados. Isso dá legitimidade e legalidade à sentença proferida.

A eleição da publicidade como elemento comum e permanente do processo permite-nos chegar à conclusão de que, contemporaneamente, o próprio processo pode ser definido como procedimento público em contraditório. Reduzida a publicidade, fora dos casos expressamente previstos nas Constituições e nas leis (no Brasil, na Constituição da República), os atos processuais não estarão aptos a produzir efeitos jurídicos, sendo, por isso, inválidos.

³ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 113.

A publicidade para as partes, ou publicidade interna, significa que todos os atos processuais das partes, do juiz e dos demais sujeitos deverão ser conhecidos na totalidade e tempestividade pela parte adversa, por isso este modelo de publicidade está ligado ao princípio do contraditório.

É evidente que os atos de investigação criminal (inquérito policial e outros) dependerão, na maioria das vezes, da preservação do sigilo para que conduzam a resultados positivos. Pode-se dizer, então, que esses atos, embora procedimentais e sujeitos ao princípio da legalidade, não são atos processuais e, independentemente de passarem pelo filtro do contraditório, nunca estarão dotados da aptidão para produzir efeitos jurídicos. Todavia, o juiz valora erroneamente os atos praticados pela autoridade policial, atos esses que não passaram pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Neste caso, a publicidade interna funciona de forma diferida, muito embora não se possa recusar à Defesa acesso às informações porventura obtidas e aos procedimentos adotados por ordem judicial.

A Lei 9.099/95 prevê no artigo 69 da Lei n. 9.099/95, que o termo circunstanciado substitui o inquérito policial em relação às chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo. Trata-se, sem dúvida, de modalidade de investigação criminal cuja instauração define *a priori* quem é o investigado e quem é o suposto ofendido, de sorte a estabelecer posições processuais que serão importantes conforme o desenvolvimento do procedimento. Não há ação penal deflagrada e o nome do suposto autor do fato não fica apontado nos distribuidores enquanto não houver recebimento da denúncia ou da queixa.

A rigor, como procedimento de investigação, o termo circunstanciado deveria estar protegido pelo sigilo peculiar a toda investigação criminal. No entanto, as regras dos artigos 74, 75 e 76, da Lei, prescrevendo a possibilidade de o investigado, do ofendido e do Ministério Público chegarem a acordo sobre a composição do conflito em torno de infração penal de menor potencial ofensivo, transação a ser homologada por sentença, gera

necessidade de dotar estes procedimentos do mesmo tipo de publicidade que acompanha os processos penais tradicionais. A transação penal não sugere assunção de culpa e não gera, portanto, qualquer apontamento penal. Não se pode deixar de frisar, entretanto que o suposto autor do fato, fica vinculado ao período de prova que é de cinco anos.

1.2.2. DOS JUÍZOS PARALELOS DA IMPRENSA

É preciso salientar que a nota de democracia, referida ao moderno processo penal, há de propor nos dias atuais novas reflexões no tocante à publicidade, por conta da modificação tanto da esfera pública, que não mais se restringe ao Estatal ou não se confunde com ele, como em virtude da verdadeira revolução proporcionada pelo desenvolvimento das tecnologias de comunicação e sua forma de penetração influencia na complexa sociedade de massas.

A doutrina muito chamou a atenção para isso no artigo e preconizou nova postura diante do fenômeno da mídia e das suas relações com o processo penal.

A exploração das causas penais como casos jornalísticos, em algumas situações com intensa cobertura por todos os meios, tem levado à constatação de que, ao contrário do processo penal tradicional, no qual o réu e a defesa poderão dispor de recursos para tentar resistir à pretensão de acusação em igualdade de posições e paridade de armas com o acusador formal, o processo paralelo difundido na mídia é superficial, emocional e muito raramente oferece a todos os envolvidos oportunidade para expor seus pontos de vista. Essa questão é crucial. Indaga-se o que o Ministério Público faz ao lado do juiz. Se há paridade das armas, defesa e Ministério Público são iguais perante o processo e perante a sociedade, logo, o representante do órgão acusador deveria sentar-se na mesa de audiência, face a face com a defesa.

A cobertura feita pela mídia, em muitas ocasiões, é tratada como cobertura isenta e lisa do meio de comunicação, o qual procura acentuar sua liberdade em face dos investigados quando porventura estes integram ou são vistos como parte das elites políticas, econômicas ou intelectuais, na verdade está a descobrir um fato e produzir algumas danosas consequências: a presunção de inocência sofre violação, pois a imagem do investigado é difundida como da pessoa responsável pela infração penal; e em vista disso, o desequilíbrio de posições que os sujeitos têm de suportar durante o período de exposição do caso pela mídia transfigura os procedimentos seculares de apuração e punição, passando subliminarmente a ideia do caráter obsoleto e ineficiente das garantias processuais, a que se soma a percepção do processo penal como meio demorado de se fazer justiça em comparação com a sumariedade e perfeição da investigação da mídia.

Convém aprofundar um pouco mais a análise para trazer à tona a questão dos procedimentos ilegais de apuração dos fatos, de que os meios de comunicação se socorrem em muitas oportunidades, e que transmitem a imagem do crime flagrado enquanto ocorre (a antiga verdade real, agora com nova roupagem), amplamente documentado e provado, supostamente cabendo à Justiça apenas sacramentar o veredicto de condenação e punir o culpado sem influências externas.

No plano do processo penal, a proibição do emprego da tortura, a garantia da inviolabilidade física, do domicílio, das comunicações e do patrimônio conjuga-se como regras destinadas a proteger a honra, a liberdade e a vida dos indivíduos, sendo que a crônica do exercício arbitrário do poder registra o emprego do processo penal como forma de exclusão e controle dos grupos sociais indesejáveis, naturalmente que ao mesmo tempo em que se procurava controlar as ações que realmente atentavam contra interesses expressivos das comunidades. Ter tudo em um mesmo conjunto sempre facilitou o poder no instante de encontrar um pretexto para excepcionar o emprego de meios processuais racionais e éticos de

apuração das infrações penais, de sorte que a defesa social fundamentou discurso de compreensão de exercício de direitos fundamentais em condições de justificar o processo penal dos regimes autoritários de meados do século XX, na Europa Ocidental.

O sistema inquisitório é exatamente isso. Há um massacre na forma de se apurar. O acusado começa a responder a ação penal já condenado e de forma inquisitiva, vê maculado todo o seu direito.

Com base nisso, parece que o controle das situações de conflito entre liberdade de imprensa e devido processo legal está em se proibir à imprensa aquilo que é igualmente proibido ao Estado, isto é, fazer uso de informações obtidas criminosamente. Como a censura prévia é impossível, duas alternativas podem ser consideradas: o recurso aos mecanismos de responsabilidade tradicional, de natureza reparatória; e a intransigente proibição de que as partes do processo lancem mão das provas obtidas dessa maneira, a qualquer título.

Ademais, a fidelidade ao sistema acusatório implica em estipular que a sede para a solução dos conflitos de interesses de natureza penal é - e sempre deverá ser - o processo judicial. Portanto, o ponto de vista defendido em "Opinião pública e Processo Penal", em 1995, continua válido.

1.3. CARACTERÍSTICAS DOS SISTEMAS

Várias são as opiniões sobre o assunto, algumas das quais até mesmo opostas ou conflitantes entre si, motivo por que convém a advertência de José António Barreiros:

Não há, assim, um conceito aprioristicamente fundado de estrutura acusatória - a que os concretos ordenamentos processuais penais se tenham que sujeitar - mas uma filosofia da máxima acusatoriedade possível, que só após a análise especificada de cada ordenamento processual penal se poderá delinear concretamente no que à sua caracterização fundamental respeita. A aferição da constitucionalidade de um sistema processual penal passa, deste modo não pela subsunção estática dos institutos jurídicos concretos que ela admita aos comandos abstractos da Constituição mais pela análise ponderada da respectiva estrutura constitutiva, tendo em vista recortar-lhe os grandes princípios estruturadores, reconstituir-

lhe o jogo de inter-relações dos vários agentes nele participantes, extractar-lhe os módulos, fases e graus de procedimento.⁴

O sistema acusatório tem como característica principal maior flexibilidade em favor do acusado. Oportuniza maior dilação probatória, o juiz posiciona-se distante das partes e as provas são a ele dirigidas, o julgador não busca produzi-las, ao revés, aguarda que a acusação ou defesa lhe convença na emissão de um juízo de procedência ou de improcedência.

O sistema inquisitório é repressor, rígido, privilegia a acusação, faz do juiz um perseguidor da prova, ou seja, aquele que irá julgar é o mesmo que produz a prova. Isso macula o livre conhecimento.

2. DO SISTEMA ACUSATÓRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o advento da Constituição de 1.988, mitigou-se a atuação do juiz como perquiridor da prova, embora o fenômeno ainda remanesça no sistema acolhido pelo Código de Processo Penal. No Brasil, certamente não é tarefa simples assinalar com precisão, acima dos interesses que movem os juristas, motivados pelo sentido e função que atribuam ao processo penal e pela maneira como vivem ou viveram a experiência política do seu tempo, que sistema processual penal vigora ou em outras épocas que o sistema imperou.

2.1. CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Embora o Código de Processo Penal não seja aplicado nos moldes do sistema acusatório, como pretendeu o legislador de 1.988, é preciso fazer um exame dos sujeitos principais e da forma como a atuação deles se desenvolve, ordenada e sistematicamente, para que se possa avaliar em que medida a lei processual penal vigente abraça um dos sistemas.

⁴ BARREIROS, José António. *A Nova Constituição Processual Penal: o Sistema Político Constitucional*. Coordenação Mario Batista Coelho. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídicas, 1989, p. 769.

Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, em 5 de outubro, vedada está a iniciativa em processo condenatório, por crime de ação pública, salvo pelo Ministério Público ou, em excepcional hipótese, pelo ofendido, conforme dispõem, respectivamente, os artigos 129, inciso I, e 5º, inciso LIX⁵, da Carta Magna, sendo certo que há crimes cuja ação penal é de iniciativa privativa do ofendido e há outros que, embora de ação pública, exigem a representação do ofendido (ou de quem tenha qualidade para representa-lo) ou a requisição do Ministro da Justiça.

A propositura da ação penal condenatória, todavia, está condicionada à demonstração prévia, pelo autor, das condições mínimas de viabilidade da pretensão que objetiva deduzir. Isso decorre da tutela constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República), projetada, no campo do processo penal, pela exigência de justa causa para a sua deflagração, sob pena de caracterizar, irremediavelmente, coação ilegal, a ser arrostada por Habeas Corpus.⁶

Assim, faz-se necessária, antes da propositura da ação penal condenatória, qualquer que seja ela, a realização de uma investigação criminal, que a rigor demanda a instauração de inquérito policial ou peças de informação (artigos 5º e 27 do Código de Processo Penal), visando reunirem-se indícios de autoria e prova razoável da existência da infração penal. Pelas leis vigentes, o inquérito policial, quase sempre um procedimento de natureza jurídica administrativa, é dirigido pela autoridade policial encarregada do exercício da atividade de polícia judiciária (art. 144, §1º, inciso IV, e §4º, da Constituição da República), enquanto as peças de informação de caráter oficial, têm lugar em crime de ação pública, quando a notícia da infração penal é levada diretamente e por escrito ao conhecimento do Ministério Público.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em 02 abr. 2012.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em 02 abr. 2012.

O inquérito policial, pelas regras atuais, é sigiloso, escrito e não contraditório, podendo ser instaurado, em todo o caso, se for hipótese de apuração de crime de ação pública incondicionada, de ofício, pela autoridade policial, ou por requisição do juiz ou do membro do Ministério Público, ou em decorrência de notícia crime levada à autoridade policial por qualquer pessoa. Ainda em se tratando de crime de ação pública incondicionada, é possível a instauração do inquérito, à vista da comunicação espontânea do próprio indiciado ou em virtude da instauração de auto de prisão em flagrante ou de auto de resistência (artigos 301 e 292 do Código de Processo Penal), ou, por derradeiro, a requerimento do ofendido, em consideração ao interesse público na repressão das infrações e punição de seus autores, que irá refletir na obrigatoriedade da ação penal pública. Se o crime a apurar, contudo, for de ação penal privada ou pública condicionada, o início do inquérito demandará manifestação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representar ou requisitar (artigos 5º, §§4º e 5º, e artigo 24 do Código de Processo Penal).

Logo se vê, pela distribuição da legitimidade para início das investigações, que, embora a ação penal só possa ser proposta pelo Ministério Público ou pelo ofendido (ou seu representante legal), conforme o caso, além deles está o juiz autorizado a ordenar a instauração de inquérito, em crime de ação pública incondicionada. Verberando contra a previsão, salientou a doutrina que a ortodoxia acusatória do processo penal brasileiro exigia mais do que simplesmente afastar do juiz a possibilidade de inicia-lo, mediante o procedimento aventado no artigo 531 do Código de Processo Penal, sendo caso, também, de proibir-lhe a requisição da instauração de inquérito. A lei recomenda que só o Ministério Público em regra pode iniciar o procedimento e depois encaminhar ao juiz.

É imperioso ressaltar que, se a instauração da investigação pode, em excepcionais situações, derivar de ordem judicial, a orientação sobre os caminhos a seguir e a pesquisa e a crítica ao material probatório colhido, em todos os casos a cargo do juiz, na fase pré-

processual, especialmente se a ação penal pública não é proposta por falta de suporte mínimo probatório (artigos 10 e 28 do Código de Processo Penal), violentam, decisivamente, o princípio acusatório. Esse expediente fere com veemência as conquistas democráticas do povo que lutou bravamente contra a fúria insaciável da ditadura.

Não se justifica, dentro do sistema acusatório ou sob a égide do princípio acusatório, a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público, em busca da formação da *opinio delicti*. A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório, de sorte a avaliar imparcialmente, por ocasião do exame da acusação formulada, com o oferecimento da denúncia ou queixa, se há justa causa para a ação penal, isto é, se a acusação não se apresenta como violação ilegítima da dignidade do acusado.

Neste plano, a manutenção do controle, pelo juiz, das diligências realizadas no inquérito ou peças de informação, e do atendimento, pelo Promotor de Justiça, ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, naquelas hipóteses em que, em vez de oferecer denúncia, o membro do Ministério Público requer o arquivamento dos autos da investigação, constitui inequívoca afronta ao princípio acusatório.

Em vista disso, e por considerarem que a partir de 1988, com a nova Constituição, o processo penal brasileiro realmente aderiu ao modelo acusatório, alguns tribunais, têm editado atos normativos pelos quais a tramitação dos autos de investigação criminal ocorre diretamente entre as unidades de polícia judiciária e os órgãos do Ministério Público. Assim, o Provimento n. 7, de 14 de abril de 1997, do Corregedor Geral de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, e o Provimento n. 47, de 12 de novembro de

1996, do Vice-Presidente e do Corregedor do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ambos impugnados por Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁷, perante o Supremo Tribunal Federal, sem notícia de deferimento de medida liminar ou julgamento da causa até a presente data. Contudo, o Congresso Nacional não aprovou a PEC 37 que garantia apenas à polícia judiciária praticar atos de investigação.

Não há motivo para ser de outra forma, uma vez que é inconcebível, sistematicamente, desconfiar-se do Promotor de Justiça que pleiteia o arquivamento, uma vez que a ação do integrante de uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, como é o caso do Ministério Público (art. 127, *caput*, da Constituição da República), está erguida sobre princípios de legalidade e moralidade, próprios a toda atividade estatal, presumindo-se que atue o Promotor de Justiça de conformidade com tais máximas. O controle interno do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em uma segunda etapa, por órgão colegiado do próprio Ministério Público, desde que permeado pela intervenção do ofendido e do indiciado, satisfaz plenamente à aspiração de exame da legalidade da atuação do representante do *parquet*, sendo absolutamente desnecessária, e até mesmo indesejável, a intervenção judicial para assinalar ao órgão de acusação pública, como hoje ocorre que deve acusar ainda que a decisão definitiva esteja nas mãos do Procurador-Geral de Justiça. Acaso atendido o pleito judicial, manifestado pela discordância quanto ao pedido de arquivamento dos autos de investigação criminal, pedido este formulado pelo Promotor de Justiça, não há dúvida que o acusado tem a temer pela tendenciosidade precocemente demonstrada pelo juiz, antes mesmo da dedução da ação penal. Dizia-se com razão, na Idade Média, que aquele que tem um juiz por acusador, precisa de Deus como defensor. E, às vezes, isso não é suficiente.

⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, maioria, ADIN 1605-9, rel. Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1605%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/13n9eph>>. Acessado em 27 de agosto de 2012.

Portanto, é estranho ao sistema acusatório, porque incompatível com o princípio acusatório, o poder do juiz, por exemplo, de ofício decretar a prisão preventiva do indiciado (artigo 311 do Código de Processo Penal). Em que pese tal conclusão, também neste tópico não há, do Supremo Tribunal Federal, reserva quanto à declaração da constitucionalidade (ou expresse reconhecimento de inconstitucionalidade) da mencionada previsão.

Esse tipo de controle, deduzido, a princípio ou no decorrer do processo, até a sentença, permitirá que o acusado não fique refém da classificação jurídica emanada da acusação, em virtude da qual poderá, ou não, ser cabível a prisão preventiva ou a liberdade provisória, com ou sem fiança.

2.3. DA *MUTATIO LIBELLI*

Se é viável, conforme a máxima acusatoriedade, a aplicação do disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal, o mesmo não acontece com a previsão contida no dispositivo seguinte, que autoriza, sob diferentes aspectos, a modificação substancial da acusação, por força da alteração do fato investigado, consoante as provas produzidas, ultrapassando-se, em alguns casos, o perímetro traçado pela imputação contida no pedido acusatório.

É imperioso, desde logo, ressaltar que a *mutatio libelli* se refere a uma mudança de perspectiva, relativamente a elementares ou circunstâncias do fato sobre o qual se funda a pretensão, em decorrência de provas surgidas durante a instrução, mas não corresponde ao acréscimo de uma nova acusação ou de uma acusação por novos fatos. Se isso ocorrer, se na instrução vierem à tona novas infrações penais de ação penal pública incondicionada, cabe ao juiz dar a notícia crime a quem de direito (artigo 40 do Código de Processo Penal).

Como se ressaltou, uma alteração dessa natureza só é compatível com o princípio acusatório se carecer da iniciativa do autor. De outro modo, violado estará sendo o mencionado princípio, ainda que, pela ponderação com o da justiça material, mitigado o efeito negativo pela implementação do contraditório que está de instaurar-se, possa, com reservas, aceitar-se o tratamento legal dispensado. Assim, só o Ministério Público deveria fazê-lo, o que não acontece na prática.

Contudo, a mais grave violação ao princípio da congruência, decorrente do acusatório, é vista, no processo penal brasileiro, no artigo 408, §4º, do Código. No citado dispositivo está consignado que, por ocasião da Pronúncia – decisão interlocutória que admite a acusação por crime doloso contra a vida e remete o processo ao Tribunal do Júri – o juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo. A dispensa do aditamento à denúncia corresponde a uma acusação, independentemente da vontade do acusador, ainda que importe na aplicação, no futuro, de pena mais grave. Só precioso critério de matiz inquisitória, disfarçado em economia processual e obrigatoriedade da ação penal (de ofício), para explicar a medida. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal não lhe declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo, embora setores significativos da doutrina concordem que a real aplicação da disposição está condicionada à manifestação do acusador.⁸

Em que pese o respeito que merece quem sustenta a violação do monopólio de função jurisdicional pelo acusador, ao classificar juridicamente o fato, daí decorrendo uma série de consequências no conjunto das relações jurídicas processuais, o juiz não pode, sob pena de arrostar o princípio acusatório, atribuir à conduta do acusado objeto de sua atenção, e limite da sua futura decisão, uma qualificação distinta da operada pela denúncia ou queixa, se entre

⁸ MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; e STOCO, Rui. *Teoria e Prática do Júri*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 226.

o fato narrado e esta qualificação promovida pelo acusador há perfeito sintonia. Pode ser, por exemplo, que os fatos apurados na investigação criminal sejam diferentes do narrado na inicial (posse de drogas para uso próprio no lugar da conduta de trazer consigo substância entorpecente, para fins de venda); pode ser que a descrição contida na denúncia ou queixa seja fruto de algum delírio, estando desconectada dos fatos efetivamente investigados. Há, portanto, nestas hipóteses, se a inicial acusatória for recebida pelo juiz e o processo penal condenatório seguir o seu curso normal, conformado à equivocada e abusiva classificação, desrespeito à existência de justa causa para a ação penal pelo fato delirantemente deduzido, o que deve ser muito raro.

A rejeição da denúncia ou queixa apesar dos autos da investigação criminal revelarem superficialmente a existência de uma infração penal, garantindo o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, quando for o caso, a liberdade do acusado é mais importante, como direito fundamental, que a suposta necessidade de processar sempre, por todos os fatos. Ademais, conciliam-se os princípios, ulteriormente, se, transitada em julgado a decisão de rejeição da inicial, nova acusação for formulada, pelo fato verdadeiramente verificado na investigação, não estando ao abrigo da coisa julgada, pois esta só alcança o fato principal, que tiver sido objeto da sentença (artigo 110, §2º, do Código de Processo Penal⁹). De se notar que a rejeição da denúncia ou queixa, por falta de justa causa, corresponde a uma decisão necessariamente provisória sobre o mérito, à semelhança da sentença em processo cautelar, desde que não verse a propósito de causa extintiva da punibilidade.

Para finalizar, limitando o exame aos aspectos principais do processo de conhecimento, sem prejuízo de reconhecer na execução penal, atualmente, carente da iniciativa do autor (salvo de modo restrito no caso de aplicação exclusiva de multa), da

⁹BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 02 abr. 2012.

oralidade e de mais intensa publicidade, uma forma inquisitória mitigada pelo contraditório, é imperativo mencionar o duplo grau obrigatório, denominado também recurso de ofício.

No artigo 574 do Código de Processo Penal está prevista a submissão da decisão proferida ao exame obrigatório pelo tribunal, como condição de eficácia da sentença. Assim, em relação à absolvição sumária do procedimento do júri, à decisão que concede a reabilitação (artigo 746 do Código de Processo Penal), ou ainda arquiva inquérito ou absolve acusado, em crime contra a saúde pública ou economia popular (artigo 7º da Lei n. 1521/51), deve o juiz, independentemente de provocação, submetê-la ao reexame obrigatório.

Como não há contraditório possível entre juiz e acusado no processo penal inspirado pelo princípio acusatório qualquer tentativa de mudança da peça inicial processual penal, que vise impugnar decisão favorável ao acusado, é contrária à Constituição e passível de nulidade por ferir os princípios garantidos ao réu.

É preciso que se afirme claramente que, mesmo despido da roupagem de recurso, pela ausência do requisito da voluntariedade, o duplo grau obrigatório está previsto na lei exclusivamente para condicionar a eficácia de decisões favoráveis ao acusado, tais como as que o absolvem sumariamente, no procedimento do júri ou por crime contra a saúde pública.

CONCLUSÃO

O interesse público, protegido mediante a atual conformação do duplo grau, confunde-se com os interesses de defesa social perceptíveis a partir da consideração da repressão penal como vetor de uma ordem social que prestigia tal tutela prioritariamente. Em tudo se assemelha a disposição ao contido no inciso II do artigo 669 do Código de Processo Penal, que prevê que só depois de passar em julgado a sentença absolutória, por crime a que a

lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos, será ela exequível.

À evidência o requisito acima mencionado, quanto à suspensão da imediata execução da sentença (art. 669, inciso II, do Código de Processo Penal), não tem mais aplicação porque atinge de plano o princípio da presunção da inocência. Se o réu é presumido inocente mesmo diante de sentença condenatória ainda passível de ser impugnada por recurso, por óbvio que com mais razão atuará a vedação da *mutatio libelli*. Se houver sido absolvido, o Ministério Público ficará adstrito à acusação formulada na denúncia, por mais inconformado que esteja e terá que lançar mão das vias recursais.

E é exatamente isto o que ocorre com o recurso de ofício, no processo penal brasileiro. O acento da preocupação do legislador não está, como deveria, na adequada tutela dos direitos fundamentais, de que tanto se falou neste trabalho. A ênfase toda recai na suspensão incidente sobre sentenças favoráveis ao acusado (ou investigado, ou condenado) que podem indevidamente beneficiá-lo. Ora, não é possível esconder que a dúvida sobre o acerto de tal tipo de decisão representa uma dupla desconfiança: primeiramente, suspeita-se que o juiz não saiba apreciar corretamente os casos em que beneficia o acusado, muito embora, quando a sentença é condenatória, não se presuma a mesma dificuldade; em segundo lugar, e mais uma vez, admite-se que o Ministério Público pode ficar negligentemente inerte diante de decisão injusta ou nula favorável ao réu, apesar de também não se cogitar de negligência se a decisão é contrária ao acusado.

Em ambos os casos, a tutela levada a efeito nada mais significa que uma presunção contra a inocência do agente, presunção que além de tudo está calcada na suposição da inércia do Ministério Público e, portanto, na necessidade de prolongar o processo penal para além do provimento judicial de resolução do conflito acatado pelas partes.

No Brasil, certamente não é tarefa fácil assinalar com precisão, acima dos interesses que movem os juristas, motivados pelo sentido e função que atribuem ao processo Penal e pela maneira como viveram a experiência política do seu tempo, que sistema processual vigora ou que sistema em outras épocas imperou.

Forçoso programar um sistema acusatório puro, pois mesmo com o advento do sistema *cross examination*, o juiz ainda continua com poderes de inquirição e o Ministério Público ainda continua sentado ao lado de quem vai julgar. Logo, inadmissíveis resquícios do sistema presidencialista, para que se homenageie o princípio da paridade das armas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: RT, 1976.

BARREIROS, José António. *A Nova Constituição Processual Penal: Portugal – O Sistema Político Constitucional*. Coordenação Mario Batista Coelho. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídicas, 1989, p. 769.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em 02 abr. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em 02 abr. 2012.

BITTENCOURT, Lúcio *apud* José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. 3 ed. vol. I. São Paulo: Millemium, 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, maioria, ADIN 1605-9, rel. Ministro Sydney Sanches. Disponível Em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%E+E+1605%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/13n9eph>>. Acessado em 27 de agosto de 2012.

GARAPON, Antonie. *Juez y Democracia*. Espanha: Flor del Viento, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 4 ed. São Paulo: Millinnium, Ano 2008.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; e STOCO, Rui. *Teoria e Prática do Júri*. 6 ed. São Paulo: RT, 1997.

MONTEIRO, John Manuel. *Negros da Terra: Índios e bandeirantes nas origens de São Paulo*. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

MORATO, Francisco. *A Oralidade: processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. 38 ed. V.II, Rio de Janeiro: RT, 2001

PRADO, Geraldo. *Opinião Pública e Processo Penal: ensaios críticos sobre Direito Penal e Direito Processual Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

RIBEIRO, Darcy. *Diários Índios*. São Paulo: Cia das Letras, 1996.

TOURINHO FILHO, *Processo Penal*. tomo 4, v. II, São Paulo: Saraiva, 2008.