

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 183 • edição especial
Julho/setembro 2009

Reforma do Código de Processo Penal

Organizador: Fabiano Augusto Martins Silveira

A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz

Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório

Leonardo Augusto Marinho Marques

Sumário

1. Introdução. 2. O processo penal no marco do constitucionalismo democrático. 3. Princípio inquisitório x princípio acusatório: o problema da gestão da prova no processo penal sob a perspectiva constitucional da separação de poderes. 4. O avanço no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal.

1. Introdução

Este artigo pretende, inicialmente, situar o processo penal no marco do constitucionalismo democrático, demonstrando que o Estado Democrático de Direito resulta da superação dos paradigmas antecedentes do Estado Liberal e do Estado Social.

Em seguida, com ênfase tanto na moderna leitura do princípio constitucional da separação de poderes, compreendido como técnica eficiente de controle e promoção de poder, quanto na inteligência do princípio constitucional acusatório, conformador da técnica processual vigente, objetiva-se justificar a exclusividade da função acusatória para o Ministério Público e explicar a vedação da atuação supletiva do Juiz na proposição da prova.

A análise da realidade histórica e legislativa brasileira e a mudança promovida pelo recente Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal enriquecerão

Leonardo Augusto Marinho Marques é Doutor em Ciências Penais pela UFMG, Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Processo da PUCMinas, Advogado em Belo Horizonte.

bastante o entendimento de que enquanto o Ministério Público se desincumbe da função acusatória, o Juiz volta toda a sua atenção para a difícil tarefa de promover a tutela dos direitos fundamentais, nesse ambiente plural de permanente tensão entre normas jurídicas que concorrem, entre si, para regerem intrincadas situações.

2. O processo penal no marco do constitucionalismo democrático

A observação feita por Oliveira (2004, p. 1) de que no Brasil, neste início do século XXI, a teoria do processo penal se conscientizou de que a pesquisa dogmática precisa se desenvolver a partir do referencial constitucional, à primeira vista, parece ser bastante óbvia e até mesmo dispensável. Afinal, em todo Estado Democrático de Direito, a Constituição sempre cumpre o papel de legitimar e de articular tanto o Estado quanto o Direito, evitando, conseqüentemente, que ambos se fundem em si mesmo. (Cf. CARVALHO NETTO, 2004, p. 25-26)

Porém, o comentário perde toda a sua obviedade diante da nossa realidade social que revela uma forte tradição autoritária, cujas raízes se fincaram no período colonial das capitânicas hereditárias e dos senhores de engenho e cujos frutos se consolidaram na República Velha e na República Nova, em décadas de coronelismo e ditadura. Essa tradição tem sobrevivido em tempos modernos, permitindo que práticas constitucionais anteriores, típicas de uma ordem autocrática, passem a concorrer com as práticas novas, próprias de uma ordem democrática.

Necessário compreender que, na realidade do processo penal, as práticas autoritárias antigas encontram sobrevida no atual Código de 1941, infeliz cópia do Projeto do Código fascista de Benito Mussolini, que, despidoradamente, prima por uma ação repressiva, justificada na primazia do interesse público sobre o interesse do indivíduo, e que acaba por renunciar à tutela dos direitos fundamentais, classificados na

Exposição de Motivos, de “pesudodireitos individuais”, “franquias”, “imunidades” e “extenso catálogo de garantias e favores”.

Distanciando-se da Constituição, vista equivocadamente a como um Direito superior e diferente do demais Direito (Cf. CARVALHO NETTO, 2004, p. 25), e refletindo aquela tensão entre faticidade e validade inerente a qualquer realidade social, o processo penal passa a desenvolver sua própria prática interpretativa e argumentativa, ganhando foro de legitimidade na legislação processual penal infra-constitucional (Cf. OLIVEIRA, 2007, p.145). Por conseguinte, inúmeras práticas antigas, que a Constituição pretendeu abolir, mantêm seu dinamismo na realidade cotidiana, exatamente porque o Código de 1941 se torna autossuficiente na justificação do processo penal.

Complementando o raciocínio, entende-se que a observação de Oliveira (2004) é extremamente relevante e precisa ser devidamente contextualizada no paradigma do Estado Democrático de Direito, sob pena de não ser apreendida em toda sua exatidão.

Pensar o processo penal por meio do referencial constitucional significa bem mais do que partir de um modelo pré ordenante, no qual os direitos fundamentais ocupam a centralidade do ordenamento, expressando ora o limite imposto ao poder estatal em favor da liberdade individual (Estado Liberal), ora o consenso ético em torno do qual os cidadãos se reúnem em sociedade, buscando o bem comum (Estado do Bem-Estar Social). (Cf. PEREIRA, 2008, p. 82-84)

Pensar o processo penal no contexto do Estado Democrático de Direito pressupõe a compreensão histórica de que a modernidade já superou os paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social. Enfim, exige-se, por coerência epistemológica, que se tenha em mente que o constitucionalismo democrático se assenta em bases específicas. Senão, corre-se o sério risco de se empreender uma pesquisa dogmática fora do referencial constitucional contem-

porâneo e de se extrair conclusões que não mais se sustentam.

Ora, no paradigma do Estado Liberal ou do Estado de Direito, os esforços se voltavam para impedir o retorno ao absolutismo. A lei limitava o poder do Estado na esfera pública da sociedade política, assegurando aos cidadãos livres o pleno exercício de sua autonomia na esfera privada da sociedade civil. Nesse quadro, o ideal da separação de poderes representava a mais bem elaborada técnica de controle do poder, capaz de assegurar racionalmente a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade. (Cf. PE-REIRA, 2008, p. 239-241)

Verdadeira amarra da legalidade no paradigma liberal, a separação de poderes criou esferas rígidas de competência. O Legislativo, interpretando a vontade política da população já associada à soberania popular, encarregava-se da produção das leis e da fiscalização da administração pública. Uma legislação mínima para não ferir a meta de liberdade máxima.

O Judiciário nada interpretava, apenas reproduzia a palavra da lei, exercendo aquela atividade mecânica de aplicação silogística da norma ao caso concreto. Partindo da premissa de que os textos legislativos deveriam ser claros e precisos, bastava dizer a lei. Sintetizando, a atividade jurisdicional se resumia ao *jus dicere* e não alcançava o *jus dare* (Cf. FERRAJOLI, 2006, p. 41).

O Executivo, considerando a redução do espaço público ao estritamente necessário à contenção do poder, orientava-se pela proposta do Estado mínimo, que não interviria jamais na esfera de liberdade dos cidadãos. O que não era proibido era imediatamente permitido. Consequentemente, competia-lhe policiar a sociedade para que a liberdade individual não fosse violada. (Cf. CRUZ, 2001, p. 217-218; CARVALHO NETTO, 2004, p. 32-34)

A prevalência da liberdade sobre a igualdade, o exercício indiscriminado do direito de propriedade e a concentração do capital em poucas mãos promoveram a ex-

ploração do homem pelo próprio homem, formando um ambiente hostil de miséria e de profunda injustiça social. Surgiram, então, os primeiros movimentos sociais, reivindicando paulatinamente a inclusão, na pauta jurídica, dos direitos sociais e coletivos. Após a Primeira Guerra Mundial, esses movimentos, antes classificados como casos de polícia, ganham a força necessária para desferir o golpe final contra o Estado de Direito.

Assim, nasceu o Estado do Bem-Estar Social com a tarefa de intervir na sociedade para atender as demandas sociais. Como o bem-estar da população depende efetivamente das prestações positivas do Estado, os direitos sociais e coletivos foram constitucionalizados e legitimaram a nova forma de atuação do Leviatã.

Imediatamente, a liberdade de fazer tudo o que não está proibido perdeu sua condição absoluta. A legislação liberal foi ampliada para absorver leis que contemplem a seguridade social, a saúde pública, o direito à greve, ao salário mínimo, à livre organização sindical e partidária. Abandonou-se o modelo consubstanciado na igualdade formal perante a lei e na liberdade plena para instituir-se a restrição de liberdade em favor da igualdade material.

Na nova realidade que se configura, o Direito público se sobrepõe ao Direito privado, do mesmo modo que o Estado se sobrepõe à sociedade. E o Direito, que antes dava ênfase à sociedade civil, agora se organiza em torno da sociedade política, refletindo uma suposta identidade ética. A Constituição é concebida como uma ordem de valores pretensamente compartilhada pelos integrantes da sociedade política (Cf. CARVALHO NETTO, 2004, p. 35-37; CRUZ, 2001, p. 219-222; OLIVEIRA, 2007, p. 32-33 e 116).

No plano teórico, a primeira dificuldade a ser enfrentada é concepção liberal da separação rígida de funções. Aquela divisão estanque cedeu lugar à cooperação entre os poderes, argumento indispensável para

ampliação da competência do Executivo e do Judiciário, mediante constante delegação dos poderes do Legislativo. Inevitavelmente, o Executivo obteve destaque no modelo do Bem-Estar, porque passou a intervir diretamente na realidade para atingir as metas sociais e reduzir a desigualdade.

Na reformulação da separação de poderes, o juiz se viu obrigado a abandonar o raciocínio silogístico de subsunção da lei ao caso concreto e passou a se esforçar para compreender o espírito da lei e a vontade do legislador, promovendo uma análise teleológica, sistêmica e histórica da legislação. Ampliando consideravelmente o horizonte liberal da boca que profere a palavra da lei, o Judiciário agora se depara com o quadro de leituras possíveis, resultante da suposta carga axiológica subjacente ao Direito. Recorre à ponderação dos valores, na análise do caso concreto, e decide com discricionariedade, tornando-se verdadeiro o aliado do Executivo na eleição das prioridades sociais.

Ocorre que o Estado Social não suportou tamanha responsabilidade e frustrou expectativas, no momento em que se revelou incapaz de promover a igualdade material e de reduzir o prejuízo social proporcionado pelo capitalismo. O modelo do Bem-Estar também não deu conta de demandas heterogêneas que ultrapassavam a fronteira daquele projeto ético para a consecução do bem comum, construído a partir de uma visão unitária do mundo.

Foi assim que novos movimentos, com novas reivindicações, abriram espaço para o pluralismo de ideias e incluíram na pauta jurídica a diferença étnica, religiosa, moral, sexual e cultural, forçando o Estado e o Direito a enxergar modos de vida alternativos, mas igualmente legítimos, porque afirmativos da dignidade humana.

Com Cittadino (1999, p. 77-78), Galuppo (2001, p. 51-52) e Wolkmer (1994, p. 160) aprende-se que a sociedade moderna se caracteriza pela diferença e não pela homogeneidade. Portanto, aquele projeto único do que seja uma vida boa, imposto

verticalmente pelo Estado Social, será sempre incapaz de atender as expectativas de grupos tão heterogêneos.

Para contemplar a multiplicidade de valores étnicos, religiosos, morais e culturais, o novo Estado e o novo Direito precisam se fundamentar na dignidade humana. Os direitos humanos continuarão ocupando a centralidade do ordenamento, não para limitar o poder estatal em favor da liberdade individual ou para refletir o consenso ético dos cidadãos na busca do bem comum, mas essencialmente para explicar que todos os projetos de vida são igualmente válidos quando giram na órbita da dignidade humana.

Galuppo (2001, p. 54) explica que:

“o Estado Democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da sociedade contemporânea, e que, portanto, não se pode legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem interferir na auto-identidade de uma determinada sociedade. Ao contrário, ele deve reconhecer que todos os projetos que compõem uma sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua identidade. Se os diversos projetos estão em conflito, a solução dada ao problema pelo Estado Democrático de Direito não é pressupor que um consenso radical, homogêneo e ilimitado seja historicamente possível, ou que seja possível criar-se, artificialmente (ou seja, sem a participação popular no processo decisório), um projeto ‘alternativo’, mas que é possível, por meio de um debate público o mais ilimitado possível, preservarem-se condições mínimas para que todos os projetos se realizem”

Conforme adiantado por Galuppo (2001, p. 54), a diferença, como elemento conformador do Estado Democrático Direito, promoverá um resgate da cidadania e incentivará a participação dos cidadãos nos mecanismos de decisão. Afinal, a gestão

democrática de poder exige que as decisões resultem o máximo possível do debate público, absorvendo, sempre que for viável, a argumentação de todos os interessados. No constitucionalismo democrático, os direitos fundamentais e a dimensão participativa nas instâncias decisórias se consubstanciam como fatores de legitimação do poder e de preservação do pluralismo.

Entretanto, o poder que, na visão liberal precisava ser freado para evitar o arbítrio, e na visão social devia intervir para promover a igualdade, agora se rende ao ideal democrático de exercício compartilhado, no qual os direitos fundamentais constituem sempre a fronteira intransponível. Mas o Estado Democrático de Direito não se satisfaz com aquela fórmula negativa-limitadora de contenção do poder, indispensável para a tutela da liberdade individual, proposta pelo liberalismo.

Nele, a atenção se volta para a possibilidade de desvio do poder, e a preocupação se concentra no momento em que ele está sendo exercido, ou mais precisamente, “dirige-se ao controle da adequação do exercício de certas condutas” (PEREIRA, 2008, p. 35). Logicamente, esta foi uma das lições extraídas do intervencionismo exagerado promovido pelo Estado Social.

Pereira (2008, p. 20) elucida essa relação entre poder e controle no constitucionalismo democrático, ao passar pelo pensamento de Karl Loewenstein:

“O controle de poder é, pois, concebido como a chave para a compreensão da diferença entre os sistemas autocráticos e democráticos. Ao postular o controle dos ‘destinatários do poder’ (power addressees) sobre os ‘detentores do poder’ (power holders) como a essência do Estado constitucional, distingue-se sistemas com *exercício compartilhado* e *controle de poder* de sistemas de *exercício concentrado* e *ausência de controle*. Redesenha a divisão de poderes e cria uma nova tripartição: ‘policy determination’, ‘policy exe-

cution’ e *policy control*’, atribuindo a esta o lugar de centralidade, sobretudo ao definir o constitucionalismo como governo contido e responsável”.

Percebam que, na democracia constitucional, o controle de poder forçará uma releitura do princípio da separação de poderes, que afetará tanto o intervencionismo do Poder Executivo quanto a análise axiológica desenvolvida pelo Poder Judiciário. O pluralismo característico da sociedade moderna reclama por um “Direito participativo, pluralista e aberto” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 37). Em consequência, a hermenêutica romperá com aquela interpretação valorativa de leituras possíveis, no qual a ponderação e a discricionariedade do julgador eram determinantes para se resolver o caso concreto.

A nova hermenêutica sugere que se desenvolva um raciocínio problematizado, em homenagem à complexidade do Direito. A ideia de integridade (Dworkin) substitui a antiga concepção de que o Direito é um conjunto de regras hierárquicas e harmônicas (Kelsen) e que, diante de leituras possíveis, basta ao Juiz, fundamentar sua escolha em uma regra isolada desse conjunto, aplicando-a imediatamente ao caso.

Agora, exige-se que o Juiz inverta esse caminho, que ele parta do caso concreto em direção ao Direito, e identifique as leituras possíveis, não porque o ordenamento encerra uma carga axiológica, mas porque o Direito em sua integralidade se apresenta como “um mar revolto de normas em permanente tensão concorrendo entre si para regerem situações” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 40). Concretamente, espera-se que desse raciocínio problematizado, construído sob o alicerce do pluralismo social e jurídico, resulte a resposta adequada para cada situação individualizada, obviamente contando com a participação das partes na elaboração do provimento.

Pois bem, delimitado o paradigma do Estado Democrático de Direito, em breves linhas, inúmeras frentes se apresentam

para se pensar o processo penal a partir do referencial constitucional, evitando que ele se funde em si mesmo e passe a desenvolver autonomamente sua própria prática interpretativa e argumentativa.

Contudo, fica a advertência de que o novo Direito Processual Penal, participativo, pluralista e aberto, capaz de expressar a força normativa da Constituição, foi inaugurado em 1988 e não se compatibiliza com a ideologia repressiva, centralizadora e fechada adotada pelo Código fascista de 1941.

Registre-se, por exemplo, que no modelo constitucional de processo penal, a dimensão participativa revigora o contraditório e potencializa direito de defesa, do mesmo modo que permite rever e justificar a atuação da vítima para além dos interesses patrimoniais consagrados numa futura ação de reparação de dano, que raramente se inicia após a condenação. Igualmente, o pluralismo traz novos ares para a interdisciplinariedade em matérias tormentosas como a insanidade mental, o erro médico e o sistema financeiro, dentre tantas que extrapolam o universo jurídico e, em especial, o orbe do processo penal.

Há ainda a importante contribuição de Oliveira (2004), que, após a empreender sua pesquisa dogmática a partir da moderna hermenêutica constitucional, concluiu acertadamente que o processo penal não pode mais se fundamentar na perspectiva liberal do conflito entre segurança pública e liberdade individual. Ao demonstrar que o processo penal se depara com uma relação de complementariedade e de reciprocidade entre direitos fundamentais potenciais (perspectiva pública) e direitos potenciais individualizados (perspectiva do acusado), e ao apresentar sua proposta de transformar o processo penal em um abrangente ambiente de proteção aos direitos fundamentais, Oliveira reposicionou a teoria, apontando para uma nova direção.

As frentes que se apresentam para pensar o processo penal a partir do referencial

constitucional definitivamente são múltiplas e não podem ser apontadas uma a uma neste tópico. Por delimitação metodológica, tomar-se-á como referência no constitucionalismo democrático, para desenvolver o presente trabalho, o princípio da separação de poderes compreendida como técnica eficiente de controle e promoção de poder.

A preocupação inicial com o intervencionismo do Poder Executivo no Estado Social fez amadurecer a ideia de que o princípio da separação de poderes precisava evoluir da condição de técnica de liberdade, em que se manifestava como mecanismo de controle e contenção, para a condição de técnica de eficiência, na qual se manifesta como mecanismo eficiente de controle e promoção de poder. (Cf. PEREIRA, 2008, p. 236-250)

Segundo Pereira (2008, p. 247), a “separação de poderes seria, então, um mecanismo dirigido a atribuir a correta função à correta instituição a fim de melhor servir aos objetivos para os quais a ação coletiva foi tomada”

Este é o ponto de partida para se compreender, a partir de uma leitura constitucional adequada, por que a função acusatória deve ser exercida exclusivamente pelo Ministério Público. Antes, porém, precisamos mergulhar na realidade dos métodos processuais e entender de que forma seus princípios reitores, inquisitório e acusatório, negaram ou conformaram a gestão da prova no processo penal, fazendo prevalecer ou o exercício concentrado e sem controle de poder ou o exercício compartilhado e controlado.

3. Princípio inquisitório x princípio acusatório: o problema da gestão da prova no processo penal sob a perspectiva constitucional da separação de poderes

Na dogmática processual penal, o estudo dos princípios inquisitório e acusatório está interligado ao estudo do sistema processual correspondente, que seria composto de normas e princípios ordenados, mas especialmente orientado pelo princípio

estruturante ou unificador do qual o respectivo sistema herdaria o nome (Cf. PRADO, 2006, p. 104; COUTINHO, 2000, p. 3; COUTINHO, 2004, p. 16).

Todavia, independente da relevância teórica do estudo de cada princípio reitor, tem-se insistido na substituição do termo sistema pelo termo método. A insistência se justifica porque a História não registra, em nenhum de seus cortes, a existência de um modelo normativo lógico e racional que esteja orientando simultaneamente culturas jurídicas diversas.

De fato, nunca houve um conjunto orgânico que reunisse todas as características essenciais de um determinado esquema, seja ele inquisitório ou acusatório. Ao contrário, identificam-se, em vários momentos, estruturas normativas acusatórias e inquisitórias não absolutamente coincidentes, conforme reconhece Prado (2006, p. 7 e 53).

Com Binder (2003, p. 31-33), aprende-se que nenhuma dessas estruturas confere uma visão completa de um sistema processual, elas são apenas o ponto de partida para se compreender o Direito Processual Penal ao longo de sua evolução histórica.

Diante desta realidade incontestável, corre-se o risco de se incorrer em uma inadequada simplificação histórica e de sustentar uma tendência hegemônica sem validade universal. Preferível, portanto, empregar o termo método, totalmente desvinculado da hipótese de uma estrutura normativa padrão e do aspecto temporal.

Concebido no plano da idealidade, o vocábulo método seria compreendido como o resultado do esforço teórico e da pesquisa histórica de diversos modelos existentes. Delineadas as características gerais de cada método, seria possível então pensar na identificação do sistema processual eleito pela Constituição, em cada realidade jurídica.

Dentro da revisão proposta, o princípio inquisitório seria conformador do método inquisitório, assim como o princípio acusatório seria estruturante do método acusatório. Cada princípio definiria o núcleo

elementar de cada método, permitindo, pois, individualizá-los na teoria.

O princípio inquisitório inspira-se na ideologia da defesa social e instrumentaliza a gestão centralizada de poder. Monopolizando toda informação relevante, o princípio prima pelo poder concentrado e sem controle, voltado para a realização do Direito Penal. Ele molda o método inquisitivo a partir de uma investigação secreta da verdade, na qual o Juiz investigador detém a gestão da prova e o poder de demonstrar a culpa antecipadamente.

Dotado de elevado grau de racionalidade, o princípio inquisitório promove a descontinuidade entre a instrução e o julgamento e concentra na pessoa do Juiz inquisidor todo o conhecimento adquirido na investigação. Acumulando as funções acusatória, defensiva e judicante, em um procedimento sem partes, ele constrói sozinho, e em segredo, todo o saber que mais tarde será enunciado como verdade real.

Essa é a construção teórica do princípio inquisitório a que se chega, consultando os autores que são referência na matéria: Coutinho (2000, p. 2-3; 2004, p. 24); Maier (2004, p. 292 e 448); Gossel (2007, p. 16); Lopes Junior (2005, p. 173-177); Prado (2006, p. 104-105).

Seguindo o caminho contrário, o princípio acusatório viabiliza a democracia processual, instituindo a descentralização do poder. Optando pelo poder compartilhado e controlado, mira a tutela dos direitos fundamentais. O princípio configura o método acusatório como um debate público, oral, contínuo, em contraditório, promovido pelas partes. Na verdade, ele transforma o processo penal em um ambiente argumentativo de abrangente proteção aos direitos humanos.

A meta de exercício compartilhado e controlado de poder exige que a função acusatória e a função defensiva sejam entregues às partes, abrangendo naturalmente a iniciativa probatória. Em consequência, as provas deixam de ser produzidas de

ofício e sigilosamente, sob o argumento de que se busca a verdade, e passam a ser introduzidas pelos destinatários do provimento, à luz da publicidade, para serem incorporadas no julgamento.

Nesse quadro, a decisão final deixa de ser uma pré-compreensão de uma realidade, formulada por um único sujeito, para se converter em um raciocínio devidamente problematizado, que enfrenta possibilidades distintas e resulta da ampla argumentação jurídica que se desenvolve em torno do caso concreto. Decerto, o princípio acusatório assegura a unidade entre a produção da prova, o debate e o julgamento.

Em linhas gerais, essa é a definição do princípio acusatório que se extrai de Bovino (2005, p. 37-50); Cordero (2000, p. 88), Coutinho (2000, p. 5); Deu (2008, p. 121-150); Prado (2006, p. 106); Roxin (2003, p. 86-76).

Pelo ângulo da democracia constitucional, marco referencial da modernidade, não há dúvida de que o método acusatório deve gerir a prática cotidiana do processo penal, justamente porque prima pela descentralização do poder, resgatando a dimensão participativa, e preza pela tutela dos direitos fundamentais. O princípio acusatório, portanto, é subjacente ao paradigma do Estado Democrático de Direito e ao modelo constitucional de processo penal.

Em decorrência da força normativa da Constituição e da opção pelo poder compartilhado e controlado, o processo penal brasileiro precisa se converter definitivamente em um processo de partes e se desenvolver por meio do debate público, oral, contínuo, em contraditório.

No novo paradigma, as práticas autoritárias, derivadas do poder concentrado e sem controle, e que encontravam sobrevida no Código de 1941, não podem concorrer jamais com as práticas democráticas. Simplesmente, porque, no Estado Constitucional moderno, o poder somente pode ser exercido pelo canal democrático.

Nesse instante, o princípio constitucional da separação de poderes entra em cena

para viabilizar, ao lado do princípio acusatório, a democracia processual. Resolve-se, assim, no âmbito da constitucionalidade, eventual tensão existente entre faticidade e validade. Como mecanismo eficiente de controle e promoção de poder, lembre que a separação de poderes procura “atribuir a correta função à correta instituição a fim de melhor servir aos objetivos para os quais a ação coletiva foi tomada” (PEREIRA, 2008, p. 247).

No Estado Democrático de Direito, o controle de poder não se realiza somente pelo compartilhamento, mas igualmente pela atribuição de competências às instituições democráticas responsáveis pelo seu exercício (controle pela promoção). Na realidade, o princípio acusatório densifica a separação de poderes no orbe do processo penal, ao redistribuir a função acusatória e a função defensiva entre as partes, e ao reservar a função judicante para o Juiz.

No ponto, cumpre questionar: em que consistiria exatamente a função acusatória? Com certeza, trata-se de uma função pública, constitucionalmente atribuída ao Ministério Público, por ser a instituição adequada para atingir da maneira mais eficaz os objetivos traçados no processo penal para o exercício da acusação pública.

No exercício dessa função pública, compete-lhe privativamente: (1) formular a hipótese acusatória, delimitando a responsabilidade penal, em homenagem à dignidade do acusado; (2) assumir o ônus da prova, como consequência desfavorável proveniente da ausência de prova sobre a responsabilidade penal; (3) realizar todos os atos inerentes à acusação, como o aditamento da denúncia, a modificação da hipótese acusatória (*mutatio libelli*), a proposição e a complementação da prova, a requisição de diligências finais, a sustentação do pedido de condenação, ao final do processo, quando a prova permitir, a impugnação das decisões desfavoráveis, etc.

Delimitada constitucionalmente a função acusatória, com cláusula de exclusivi-

dade, sob que perspectiva seria possível justificar a atuação supletiva do Juiz na proposição da prova, senão pelos mitos de que o processo penal deve buscar a verdade real e de que o Juiz é o órgão suprapartes que tem condições de desvelar, a qualquer instante, a verdade absoluta.

Definitivamente, chegou a hora de desconstruir esse mito que foi forjado na Inquisição. Coutinho (2001, p. 26) comenta que “a verdade possibilita a rendição dos pecados”. Acreditando nessa hipótese, a Inquisição pregava a salvação da alma pela confissão, demonstração inequívoca de arrependimento. Não importa se a confissão foi extraída mediante tormento ou se ela conduz à morte. O suplício purifica a alma do pecador.

Boff (2003, p. 9-11) ensina que a verdade absoluta é intolerante e resulta da crença de que “a humanidade foi criada na graça de Deus”. Na medida em que os homens não mais conseguem compreender a vontade divina, e dela começam a se distanciar, as escrituras sagradas precisam ser reinterpretadas, porque é necessário manter a humanidade em sua caminhada rumo à vida eterna.

Entretanto, essa interpretação não cabe ao homem comum, mas a quem está mais perto de Deus, inegavelmente o Papa – seu enviado direto – e os Bispos – seus legítimos representantes. Por sinal, os Bispos, que se transformaram nos Juizes inquisidores nos Tribunais Eclesiásticos, receberam do Papa o poder de declarar a verdade contra o herege, uma verdade inquestionável que se alimentava do calor da fogueira. Os meios se justificavam para combater a heresia. (Cf. LOPES JUNIOR, 2005, p. 163)

Atente-se à lição sábia de Lopes Junior (2005, p. 267): “A verdade real é inalcançável, até porque a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós (...) a reconstrução de um fato histórico é sempre minimalista e imperfeita (...). É o absurdo de equiparar o real ao imaginário, esquecendo que o passado só existe no

imaginário, na memória, e que, por isso, jamais será real.”

Como a Inquisição tinha todo um ritual para promover a propaganda do triunfo contra a heresia – procissão, sermão, leitura pública da confissão, leitura pública da sentença e o suplício (Cf. PAIM, 2000, p. 140-144) – o mito da verdade real se desvinculou da intolerância religiosa, saiu das dependências do Tribunal do Santo Ofício, resistiu à sua extinção e continuou seduzindo o processo penal no mundo laico de hoje.

Na atualidade, a verdade real aparece retratada como sinônimo de justiça. Seduz, porque está associada ao discurso de combate à impunidade, corolário da ideologia da defesa social. Esse discurso contamina o método acusatório ao colocar em segundo plano a tutela dos direitos fundamentais. Claro está que o mito da verdade absoluta legitima os poderes instrutórios do Juiz, permitindo-lhe correr atrás de informações penalmente relevantes, depois de encerrada a instrução e desenvolvida a atividade probatória das partes.

Negando a possibilidade concreta de inexistirem provas que sustentem hipótese acusatória, ele, o Juiz inquisidor, mais vivo do que nunca e convencido de que há responsabilidade penal, reassume a gestão da prova e redireciona processo para o caminho da condenação. Mera coincidência? Não, raramente a proposição de provas ocorre porque a hipótese acusatória incomoda o Julgador e porque ele quer fundamentar a absolvição. O benefício da dúvida já socorreria o Juiz democrata nessa situação.

O que se verifica é que a tensão entre faticidade e validade está se distanciando da norma constitucional e se resolvendo por meio de uma prática interpretativa e argumentativa característica do Código fascista de 1941, em benefício da ideologia repressiva por ele adotada.

No momento em que o conhecimento científico se rende à teoria da relatividade,

o exame de DNA afirma uma probabilidade inferior a cem por cento, a Nova História reconhece registros alternativos como fonte de dados relevantes, o processo penal mantém sua arrogância. Declara-se em condições de reconstruir o fato com absoluta fidelidade e capaz de enunciar, ao final, a verdade absoluta.

Desconsidera-se simplesmente a vulnerabilidade humana diante da apuração do fato, da produção da prova, da interpretação do Direito e da própria realização da Justiça. Se o Juiz é feito da mesma matriz humana do Promotor de Justiça, portanto igualmente vulnerável, de que forma ele vai desvelar essa verdade absoluta e evitar a temida impunidade, quando o Ministério Público humanamente falhar? Bom lembrar que ele está suscetível à mesma limitação humana e incorre no mesmo risco de não conseguir demonstrar a responsabilidade penal. Nesse aspecto, certamente, o Magistrado não leva nenhuma vantagem em relação ao Promotor Público.

Registre-se que a falha humana foi cogitada apenas porque não pode ser afastada da realidade concreta. Há de se reconhecer que o Ministério Público exerce satisfatoriamente a função acusatória no processo penal. Se, ordinariamente, o Juiz não precisa exercer supletivamente a função acusatória, porque o órgão legitimado se desincumbe de sua função a contento, nas hipóteses excepcionais, ele não pode fazê-lo, porque encontra-se impedido pelo princípio constitucional da separação de poderes e pelo princípio constitucional acusatório. Desrespeitando-se as regras do jogo, o processo penal se desnatura e se transforma em uma guerra de todos contra um.

Concluindo, a democracia constitucional representa uma conquista da qual a sociedade moderna não pode abrir mão em favor da ideologia da defesa social. O poder que se legitima na técnica de controle e de promoção deve ser compartilhado entre instituições. Essa regra é sagrada. Do contrário, a sociedade vai ser engolida

novamente pelo Leviatã. Preferível que cada instituição dê conta de sua função constitucional.

E mais, atribuir com exclusividade a função acusatória para o Ministério Público, incluindo a proposição de provas, em nada diminui a magnitude da Magistratura. Se a dimensão participativa entregue ao Parquet resgata a cidadania e afirma a democracia, a tutela dos direitos fundamentais entregue aos Juizes consolida o constitucionalismo. Nesse ambiente argumentativo de abrangente proteção aos direitos humanos, a Constituição delegou aos Juizes a mais nobre responsabilidade. Portanto, o processo penal pode se satisfazer perfeitamente com a verdade possível ou, mais precisamente, a verdade construída processualmente com a contribuição das partes.

Não é exagero caracterizar a verdade processual como bricolage de significantes (ROSA, 2006, p. 363-369), nem tampouco dizer que ela não depende da pré-compreensão de um único sujeito, do modo exclusivo como ele enxerga determinada realidade. Ela deriva do raciocínio problematizado, que enfrenta possibilidades distintas, dentre elas a absolvição e a condenação, e precisa refletir necessariamente a argumentação jurídica que envolve o caso concreto.

Podemos, sim, nos confortar na poesia de Andrade (2009)

“A porta da verdade estava aberta, mas só deixava passar meia pessoa de cada vez. Assim não era possível atingir toda a verdade, porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil de meia verdade. E a segunda metade voltava igualmente com o meio perfil. E os meios perfis não coincidiam (...). Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. E nenhuma das duas era totalmente bela. E carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”

Assim, a questão se concentra no ponto exato: o importante é saber de que forma o Juiz deve se portar diante produção das

provas, como mero espectador? Não, porque ele precisa formar o seu convencimento. Como todo ser humano, ninguém pode retirar do Juiz o direito de ter dúvida sobre a prova proposta, sobre a argumentação desenvolvida. Impedir-lhe de esclarecer dúvidas simples e prováveis inviabilizaria o processo penal.

O ordenamento jurídico, em sua integridade, não sugere absolvição pela dúvida, quando a convicção do juízo está ao alcance de uma simples pergunta à testemunha, à vítima ou ao acusado, nas audiências, ou ao alcance de um mero pedido de esclarecimento ao perito. A atividade probatória do Juiz é extremamente saudável e se difere essencialmente da proposição da prova. Sua participação ativa na instrução não revela incompatibilidade com o princípio da separação de poderes e com o princípio acusatório, ao contrário deriva de uma leitura constitucionalmente adequada e do reconhecimento de que o Juiz, como sujeito de conhecimento, interage com a realidade.

4. O avanço no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal

O Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, convertido no Projeto de Lei número 156 de 2009, deu um enorme passo para adequar o processo penal brasileiro ao modelo constitucional acusatório. Ao dispor no Título dos Princípios Fundamentais que o processo penal terá estrutura acusatória e ao vedar a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (Cf. artigo 4º), o Projeto rompeu com a matriz inquisitória que formata a realidade processual brasileira desde as Ordenações.

A redação do artigo 4º seria perfeita se não fosse o registro de que os limites da estrutura acusatória estão definidos no Projeto. Na verdade, as diretrizes do sistema acusatório brasileiro estão na Constituição,

que exerce o papel de articular e de legitimar o processo penal. Dizer que os limites estão no Código significa aceitar que ele funda o processo penal, independentemente da existência da Carta de 1988.

Fora esse grave deslize, encontramos nas disposições especiais relativas ao interrogatório em juízo a consolidação da estrutura acusatória, visto que as perguntas sobre as condições pessoais, oportunidades de desenvolvimento pessoal e conduta social ficaram sob a responsabilidade do juiz, mas as relacionadas ao fato foram oportunizadas às partes (artigo 71 e parágrafo único). De se elogiar que o interrogatório, previsto como direito de defesa (artigo 63), está inserido no Capítulo III, intitulado Do Acusado e seu Defensor.

Essa orientação se repete no Título VIII, destinado à Prova. A regra processual determina que as provas serão propostas pelas partes, sendo facultado ao juiz esclarecer dúvida sobre a prova produzida (Cf. artigo 162 e parágrafo único). Sem dúvida, a fase de instrução se orienta pelo princípio da separação de poderes e pelo princípio acusatório, assegurando a exclusividade da função acusatória.

Mais adiante, no Capítulo II, que regulamenta os meios de prova, a estrutura acusatória ganha maior densidade, porque resta claro que as perguntas às testemunhas serão formuladas pelas partes diretamente (artigo 175), sendo permitido ao juiz complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos (parágrafo primeiro do artigo 175). Embora não haja previsão expressa nesse sentido quanto às perguntas dirigidas à vítima (artigo 187), por coerência, o método acusatório deve prevalecer, conferindo às partes a iniciativa de perguntar e, ao juiz, subsidiariamente, a faculdade de elidir eventual dúvida.

A seção V, que se dedica à prova pericial, regulamentou a formulação de quesitos como direitos das partes, do indiciado e da vítima (artigo 196, parágrafo 4º). Não há menção direta à possibilidade do juiz

apresentar quesitos, mas ela é perfeitamente possível, primeiro porque não se pode afastar a possibilidade de dúvida da realidade. Ademais preservou-se a liberdade do juiz para aceitar ou rejeitar o laudo, parcial e integralmente. (artigo 199). Invocando novamente a integridade do Direito, bem melhor esclarecer dúvida sobre a perícia do que simplesmente rejeitar o laudo porque o juiz não conseguiu formar sua convicção. Segundo, porque na hipótese de exame por precatória, o Projeto determinou a transcrição dos quesitos do juiz no instrumento a ser enviado ao juiz deprecado (artigo 210, parágrafo único). Esta previsão elimina qualquer controvérsia a respeito.

Se assim for aprovado, o Projeto número 156 de 2009, encerra a tradição inquisitória da produção da prova de ofício pelo juiz, que se iniciou no período das Ordenações com a adoção das inquirições-devassas do Direito Canônico. A instrução de ofício pelo juiz se perpetuou no Código de Processo Criminal de 1832 e nas reformas seguintes, promovidas em 1841 e em 1871, com o procedimento de formação antecipada da culpa, que antecedia a fase processual. Esta tradição permaneceu viva no Código de 1941, com os poderes instrutórios que permitiam ao juiz produzir prova, antes do julgamento, logo após o encerramento da instrução (artigo 156). E, lamentavelmente, não se modificou com a reforma parcial promovida pela Lei 11.960 de 2008. O Código de Processo Penal reformado continuou concedendo ao juiz a oportunidade de produzir prova antes de proferir a sentença

Referências

ANDRADE, Carlos Drummond. Verdade. In: *Poesia completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2009.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOFF, Leonardo. Prefácio. Inquirição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Directo-*

rium inquisitorium – Manual dos inquisidores. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

BOVINO, Alberto. *Princípios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo direito e justiça distributiva*. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do direito processual Penal brasileiro. *Separata ITEC*, ano 1, n. 4, jan. / fev. / mar. 2000.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DEU, Tereza Armenta. *Estudios sobre el proceso penal*. Santa-fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica e jurisdição constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GOSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal em el estado de derecho: obras completas*. Tomo 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2 ed. 3 reimp. Buenos Aires, 1996.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos*

fundamentos e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

PAIM, Antônio. *Momentos decisivos da história do Brasil*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 1 ed. 2 reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.