

## O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo\*

Mauro Fonseca Andrade\*\*

**Sumário:** Introdução. 1. Necessidade de Definição Sistêmica. 2. O Sistema Acusatório Delineado pelo Projeto. 2.1. Grau de Imparcialidade dos Juizes. 2.1.1. A Proibição de Iniciativa na Fase de Investigação. 2.1.2. A Concretização do Juiz-Defensor. 2.1.3. O Propalado Juiz das Garantias. 2.2. Tecnicidade da Persecução Penal. 2.2.1. Denúncia como Sinônima de Ação Penal. 2.2.2. A Posição do Ministério Público em Segundo Grau. 2.2.3. Ausência de Contraditório na *Reformatio in Mellius*. 2.3. Eficiência da Persecução Penal. Conclusão.

### Introdução

Em março de 2008, o Senador Renato Casagrande protocolou, em sua Casa de origem, o Requerimento nº 227, a fim de que o Senado Federal nomeasse uma comissão de juristas para a confecção de um projeto de novo Código de Processo Penal. Não se tratou, portanto, de um projeto de reforma parcial daquele *Codex*, tal como vem ocorrendo nas últimas décadas, senão a construção de um corpo legislativo inteiramente novo.

A justificativa manifestada em seu requerimento, ao contrário do que se possa pensar, não versou sobre uma necessária adequação da lei adjetiva penal à Constituição Federal, em razão da incompatibilidade dos regimes políticos e ideologias que motivaram a criação de cada um desses textos normativos. Em realidade, a pretensão do ilustre parlamentar foi muito clara: o foco da aludida

---

\* O presente texto é o resultado de estudo apresentado à Consultoria Legislativa do Senado Federal, em atenção ao seu gentil convite para a análise do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.

\*\* Doutor em Direito Processual Penal pela Universitat de Barcelona, Espanha. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da FMP. Promotor de Justiça/RS.  
E-mail: mfandrade@mp.rs.gov.br.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 65	jan. 2010 – abr. 2010	p. 67-97
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	----------

comissão deveria estar voltado à construção de um Código de Processo Penal “mais ágil, célere, eficaz e justo”, de modo a atender à “necessidade de eficácia punitiva estatal”, pois “vive-se um momento de violência amplamente disseminada em nossa sociedade”. Por tudo isso, arrematou o nobre Senador, “Em nome da segurança e previsibilidade jurídicas, o processo deve ser um instrumento de celeridade e distribuição de justiça, algo que não vem ocorrendo presentemente”.

Esse requerimento foi acolhido pela Presidência daquela Casa Legislativa e, por meio do Ato da Presidência nº 011, de 2008, o Senador Garibaldi Alves Filho designou uma comissão de sete notáveis para a elaboração de anteprojeto de um novo Código de Processo Penal, contando, posteriormente, com a colaboração de outros dois juristas.

Em 22 de abril de 2009, a referida comissão apresentou o resultado final de seus trabalhos ao novo Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney. E, entre as inúmeras inovações apresentadas, a que primeiramente nos chamou a atenção foi a fixação do sistema de processo penal a ser seguido pelo código. Convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, o texto apresentado, já em seus artigos iniciais, deixa patente a adoção do sistema acusatório pelo novo Código de Processo Penal, de acordo com os limites e diretrizes por ele traçados. O presente ensaio, portanto, tem, por fim, analisar a proposta de sistema acusatório contida no projeto, e averiguar se, de fato, as diversas inovações e institutos nele inseridos guardam relação com o sistema de processo que norteou os trabalhos daqueles notáveis, e que pode, sem qualquer exagero, ser considerado sua coluna vertebral.

Como apoio à nossa apreciação, utilizaremos não só a redação constante no projeto, senão também outras duas preciosas fontes de informação. A primeira diz respeito aos argumentos elencados no Requerimento nº 227, de 2008, pois ali é que se faz presente a linha ideológica que motivou a confecção de um novo *Codex* Penal adjetivo, e que foi – ou deveria haver sido – seguida pela comissão de notáveis. A segunda é a própria Exposição de Motivos do projeto, por ser considerada o “cartão de visitas do legislador” e, principalmente, pelo cuidado tomado quando de sua redação, servindo de exemplo, assim, a suas equivalentes do direito estrangeiro, que, no mais das vezes, “pouco expõem e pouco ou nada motivam” (DE LA OLIVA, 1988, p. 13-14).

## 1 Necessidade de definição sistêmica

Apesar de o tema *sistemas processuais penais* constituir-se no primeiro e mais importante estudo a ser feito na seara do direito processual penal, é com pesar que constatamos que a doutrina – nacional e estrangeira – a ele não tem se dedicado com a devida seriedade e respeito.

Mesmo sendo uma afirmação forte, ela se faz comprovar com um simples experimento. Se fizermos um pequeno levantamento entre os principais autores de diversos países – e de diversas ideologias – que, de alguma maneira, dedicaram seu tempo à abordagem dos sistemas de processo penal, sem grandes esforços chegaremos à constatação de que, de dez autores consultados, dez apresentarão conceitos diferentes para os sistemas acusatório, inquisitivo e misto.

Esse fenômeno se deve ao fato de a doutrina, de um modo geral, utilizar-se de *tipos ideais* à hora de apresentar o que acredita ou deseja serem os sistemas de processo penal conhecidos. Em síntese, as definições apresentadas nada mais são do que conceitos exagerados, genéricos, abstratos, que não representam uma realidade histórica e tampouco atual (WEBER, 1986, p. 109). E, para chegar a esse ponto, é possível identificar os mais variados artifícios que são utilizados para que determinado conceito venha a refletir a ideologia, personalidade e interesses profissionais ou corporativos de seu proponente.

Em geral, o que vemos são autores utilizarem um ou dois documentos históricos de um determinado sistema para, a partir daí, proporem conceitos que não se encaixam às diversas manifestações que esse mesmo sistema apresentou ao longo de toda sua existência. Também encontramos afirmações peremptórias, pronunciadas do alto de suas cátedras, sobre temas que seus defensores só conhecem através da leitura e interpretação de um outro autor, relativa a um documento histórico que só sabem de sua existência por *ouvir falar*. Ou, o que é pior, é possível encontrar autores que negam a existência de um determinado sistema – no caso presente, o misto – sem, ao menos, darem-se ao trabalho de conhecer e analisar o documento histórico que foi o seu ícone (*Code d'Instruction Criminelle* francês, de 1808).

Como já tivemos oportunidade de referir em outra oportunidade, os sistemas de processo penal representam manifestações históricas – passadas e presentes – de como o processo penal foi regulamentado em determinado período da humanidade. E isso faz com que a análise desses textos históricos deva ser exaustiva, sob pena de, *i.e.*, um determinado conceito de sistema acusatório ou inquisitivo vexatoriamente não encaixar-se a um modelo de processo representativo desse mesmo sistema que um autor está conceituando. Em termos simples, o que a doutrina – repito, nacional e estrangeira – tem feito é propor conceitos sobre algo que não conhece, a partir de um estudo que não foi feito sobre documentos que nunca foram lidos (ANDRADE, 2008a, p. 37).

O reflexo dessa conduta é perfeitamente sentido no direito brasileiro, em razão das diversas opiniões sobre o tipo de sistema de processo penal adotado em nosso país. Atualmente, todos os argumentos invocados pela doutrina, de

modo a afirmar que o Brasil adota o sistema acusatório (*i.e.*, titularidade da ação penal ao Ministério Público, existência de garantias fundamentais, adoção do Estado Democrático de Direito), sem grandes esforços também são encontrados ao longo da história dos sistemas inquisitivo e misto. Em relação aos defensores de que nosso país adotou o sistema misto, há o esquecimento de que os *sistemas de processo penal* dizem respeito à fase *processual* da persecução penal, o que leva à exclusão do inquérito policial (de natureza administrativa) como fator determinante para a identificação daquele sistema. Por fim, os alarmistas, que veem nossa legislação como representativa do sistema inquisitivo, pecam pelo desconhecimento de singelos dados históricos, pois, o que encontram de errado nesse sistema, também já existiu, ou ainda existe, no sistema acusatório (ANDRADE, 2008a, p. 449-458).

Se a doutrina nacional é confusa e contraditória à hora de definir o sistema de processo penal adotado no país, por certo que essa mesma realidade chegaria, mais cedo ou mais tarde, aos nossos Tribunais Superiores, pois é justamente nessa doutrina que o julgador busca informação para o exercício de sua atividade-fim.

Ninguém desconhece, por certo, que, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, vêm, de modo repetitivo, afirmando que nossa Constituição Federal adotou – implicitamente, é verdade – o sistema acusatório. Contudo, esses mesmos tribunais não poupam argumentos para dar cobertura constitucional a investigações criminais presididas pelo Poder Judiciário, tenham elas expressa previsão legal<sup>1</sup> ou não,<sup>2</sup> sendo que estas investigações, como se sabe, absolutamente nada têm a ver com o sistema acusatório. Ao contrário, investigações judiciais somente são admissíveis pelos sistemas inquisitivo e misto, que são aqueles onde existem as figuras dos juízes-inquisidores e juízes-instrutores, respectivamente. Em outras palavras, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem deixando claro que o texto constitucional não aponta para a adoção de nenhum sistema de processo penal em específico, pois a Carta Constitucional de 1988 se presta a dar guarida ao sistema acusatório, ao sistema misto e, até mesmo, ao sistema inquisitivo.

<sup>1</sup> STF, HC 94.278-4, rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. em 25-09-2008, DJ 28-11-2008. STF, HC 88.280/SP, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15-08-2006, DJ 08-09-2006, p. 43. STF, RHC 84.903/RN, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 16-11-2004, DJ 04-02-2005, p. 27. STF, HC 77.355-8, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. em 01-02-1998, DJ 02-02-2001. STJ, HC 32.391, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. em 10-02-2004, DJ 15-03-2004. STJ, HC 30.707, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. em 18-12-2003, DJ 16-02-2004. STJ, REsp 113.159, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, j. em 14-04-1997, DJ 09-06-1997. STJ, AR, rel. Min. Assis Toledo, j. 10-05-90, RSTJ 17/179.

<sup>2</sup> STF, HC 75.769-3, rel. Min. Octávio Gallotti, 1ª Turma, j. em 30-07-1997, DJ 28-11-1997. STF, HC 68.784, rel. Min. Celso de Mello, j. 01-10-1991, DJ 26-03-1993, p. 53. STJ, RHC 4.074-2, rel. Min. Pedro Acioli, j. em 28-11-1994, DJ 20-02-1995.

Essa situação nos ajuda a identificar uma outra realidade, qual seja, a de que nosso país não segue um sistema de processo penal em específico. Basta ver que nossa legislação adjetiva – seja o Código de Processo Penal, sejam leis especiais – permite a existência de processos representativos de, ao menos, dois sistemas, sendo o acusatório como regra, e o inquisitivo ou misto em caráter excepcional, decorrentes, estes últimos, da presença daquele juiz-investigador. Isso faz com que, na verdade, o Brasil tenha somente *modelos de processo*, ao invés de um *sistema de processo*, graças à absoluta ausência de unidade sistêmica (também chamada de *principium unitatis*), que nada mais é do que a consolidação do processo penal de um determinado país, em torno de um sistema previamente eleito. Com essa unidade, evitar-se-ia a desconexão no tratamento de situações idênticas, de modo a preservar o respeito ao princípio da igualdade em relação às pessoas submetidas a esse mesmo sistema (CANARIS, 1989, p. 12-20; CASTANHEIRA, 1995, p. 179). Dito de maneira mais simples, a opção pela igualdade de tratamento leva à adoção de uma única visão de como o processo deve pautar-se, o que, por sua vez, determina a identificação de um *sistema* de processo nesse mesmo país.

É por essa soma de fatores que vimos, há algum tempo, defendendo a ideia de que, a exemplo de Portugal, nossa Constituição Federal deveria estabelecer, de modo expresso e sem meias palavras, qual o sistema de processo penal brasileiro (ANDRADE, 2008a, p. 461-463), sendo ele preferencialmente o acusatório.<sup>3</sup> Mas, ante as dificuldades políticas que envolvem uma Proposta de Emenda Constitucional, não deveríamos desperdiçar o passo ousado, dado pelo Senado Federal, em pretender construir um Código de Processo Penal integralmente novo, para nele também deixar patente o sistema que deve reger nosso processo penal (ANDRADE, 2008b, p. 116-120).

Renovando nossas esperanças de construção de um processo penal brasileiro mais técnico e menos improvisado, o legislador optou por seguir este último caminho, propondo-se a dar fim à controvérsia referida. Assim, em que pese haja agregado certos dados que merecem um pouco mais de nossa atenção, o artigo 4º foi apresentado com a seguinte redação: “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”.

---

<sup>3</sup> A título de exemplo, sugerimos a seguinte redação para o inciso LIX do artigo 5º: “o processo penal será de natureza acusatória, sendo admitida ação penal privada nos crimes de ação penal pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

## 2 O sistema acusatório delineado pelo projeto

A fixação do sistema acusatório, como sistema de processo a ser seguido pelo Brasil, foi um passo enorme no sentido de unificar nossa cultura processualista em torno de uma só concepção. Além do mais, aponta para uma futura e necessária revisão e/ou extinção de diversos institutos que sabidamente são incompatíveis com esse mesmo sistema, como é o caso, *i.e.*, das hipóteses de juizado de instrução ainda presentes em lei ou convalidadas judicialmente pelos Tribunais Superiores. Contudo, para que esses resultados sejam produzidos, faz-se necessário um exame do conteúdo do sistema acusatório proposto no projeto, exame este que envolve dois cuidados básicos.

O fato de a doutrina utilizar-se de tipos ideais – à hora de construir e apresentar definições de sistema acusatório – deixa patente seu descompromisso com a história desse mesmo sistema, pois diversos institutos que a ele vêm sendo integrados, jamais estiveram presentes no sistema acusatório, seja em sua formação no Direito Antigo, seja em sua formação no Direito Contemporâneo. Mais que isso, esse fenômeno nos permite identificar o que Langer define como “autêntica luta por uma apropriação do termo *acusatório*”, onde, tendo a retórica como arma, determinado autor – ou grupo de autores – procura inserir nesse termo tudo o que entende correto ou conveniente, ou, então, em sentido reverso, dele excluir todos aqueles elementos ou características que considera negativos ou criticáveis, neles gravando o rótulo de *inquisitivo* (LANGER, 2001, p. 252). Em termos simples, não basta nosso futuro código prever que o processo será acusatório; na verdade, há que se ver, em um primeiro momento, se o que está proposto no corpo do projeto realmente guarda relação com o sistema acusatório.

Por outro lado, quando o legislador se decide por definir o sistema de processo penal a implantar em seu país, três critérios de política criminal são por ele considerados, a saber: a) o grau de imparcialidade que se atribuirá aos juízes criminais; b) o grau de eficiência de sua repressão criminal; e c) o grau de tecnicidade de sua repressão criminal, de modo a ajustá-la aos postulados da ciência processualista atual. Ao menos, foram esses os critérios que, ao longo da história do processo penal, levaram o sistema acusatório, inquisitivo ou misto a serem eleitos pelos governantes e/ou legisladores, o que é possível verificar desde a Idade Antiga até a Contemporânea (ANDRADE, 2008a, p. 437-439). Como segundo cuidado, há que se observar, portanto, se tais critérios foram seguidos pelo projeto em análise.

## 2.1 Grau de imparcialidade dos Juízes

Demonstrando a correção dos critérios que norteiam a escolha de um sistema ou outro, o projeto de novo Código de Processo Penal, já no artigo que estampa nossa futura adoção ao sistema acusatório, apresenta linhas gerais que devem nortear a atuação judicial ao longo de todo seu texto.

Apresentadas sob a ótica de vedações, essas linhas gerais dizem respeito à forma de atuação dos juízes durante a persecução penal primária (fase de investigação) e secundária (fase processual), esta última em especial no período de produção de provas. Vejamos cada uma delas.

### 2.1.1 A proibição de iniciativa na fase de investigação

Como primeira característica do sistema acusatório proposto, o artigo 4º do projeto veda “a iniciativa do juiz na fase de investigação”.

A impressão inicial que essa vedação nos passa é que ela se tratou de uma resposta direta, e sem meias palavras, ao teor do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, inserido recentemente pela Lei nº 11.690/2008. Como se sabe, esse inciso autorizou o juiz criminal brasileiro a ordenar, de ofício, a produção antecipada de prova ainda na fase de investigação, e, entre os maiores críticos desse dispositivo, acertadamente encontramos Eugênio Pacelli de Oliveira, membro da comissão de notáveis encarregada da redação do novo *Codex* (PACELLI, 2009, p. 296-297). Se essa houvesse sido a intenção do projeto, haveria de ser aplaudida. Contudo, ao tratar dessa vedação, sua Exposição de Motivos a vincula a uma “explicitação do princípio acusatório”, sem que, ao menos, houvesse, com anterioridade, esclarecido qual o conteúdo que entende presente nesse princípio.

Ora, o princípio acusatório nada mais é do que a imprescindibilidade de um acusador distinto do juiz em um determinado modelo de processo penal, distinção esta que deve manifestar-se materialmente, ao invés de ser meramente formal. Ou seja, essa diferenciação deve ocorrer de forma efetiva, com um juiz impossibilitado de determinar a postura a ser assumida pelo acusador, sob pena de utilizar-se desse mesmo acusador como uma marionete, a fim de esconder seu ímpeto acusatório no processo por ele mesmo presidido. Mais que isso, o exame da história do processo penal nos permite afirmar que o princípio acusatório não tem presença exclusiva no sistema acusatório. Em realidade, ele está igualmente presente no sistema misto, o que facilmente se observa não só no *Code d’Instruction Criminelle*, de 1808 (ANDRADE, 2008c), senão também nos motivos pelos quais esse código foi criado na França pós-revolucionária (ESMEIN, 1882, p. 485-509). Portanto, duas questões nos chamam a atenção na justificativa dada pela Exposição de Motivos.

A primeira diz respeito à inviabilidade de o princípio acusatório produzir algum tipo de proibição na atuação do juiz na fase de investigação. Basta lembrar que o juizado de instrução constitui-se no modelo de investigação criminal por excelência do sistema misto, onde, como já se disse, há a presença indiscutível do princípio acusatório. Logo, se o princípio acusatório representasse o que a ele se pretende na Exposição de Motivos, jamais o sistema misto poderia contar com a figura do juiz-instrutor, que nada mais é do que um juiz-investigador com liberdade para, de ofício, determinar a quebra de todo e qualquer direito fundamental do investigado que ele – o juiz – entende conveniente ou necessário ao sucesso de sua própria investigação.

A segunda refere-se a uma aparente equivalência entre os conceitos de princípio acusatório e sistema acusatório. Longe de ser, como prega Rubianes, uma diferença “meramente terminológica” (RUBIANES, 1978, p. 410), princípio e sistema acusatórios são institutos distintos, onde, sem grandes dificuldades, é possível observar a relação de conteúdo e continente que, respectivamente, marca a convivência que há entre eles. Em síntese, os princípios estão inseridos nos sistemas, sendo responsáveis por sua formação. Que o digam os postulados da Filosofia do Direito, ciência que tanto vem se dedicando a dirimir tais dúvidas.

Seja como for, o que há que saudar é a impossibilidade de o juiz ter “iniciativa” na fase de investigação. Entretanto, o que o projeto entende por “iniciativa” é que deve merecer mais atenção.

Em um primeiro momento, essa iniciativa pode ser entendida de modo *restrito*, ou seja, como a vedação de o magistrado instaurar procedimentos na fase de investigação. Assim, não só estaria o magistrado proibido de ordenar a produção antecipada de prova (hoje prevista no inciso I do artigo 156 do atual Código de Processo Penal), senão também determinar a realização de interceptações telefônicas, buscas e apreensões e prisões temporárias sem que, em caráter prévio, houvesse requerimento do sujeito legitimado para apresentá-lo.

Já, em um segundo momento, essa iniciativa pode ser entendida de modo *amplo*, ou seja, não só como a proibição de instaurar procedimentos voltados à investigação, senão também como a vedação de o magistrado, por assim dizer, *aditar* pedido formulado por um terceiro. Em outras palavras, estaria o juiz proibido de ampliar, de ofício, o objeto do pedido apresentado – via de regra – pela autoridade investigante ou pelo Ministério Público, sempre que esse pedido estivesse voltado a restringir algum direito fundamental do investigado.

Quantas e quantas vezes tivemos oportunidade de nos depararmos com pedidos de busca e apreensão apresentados pela polícia judiciária, onde o magistrado, além do endereço indicado pelo presidente daquela investigação,

de ofício também determinou o ingresso autorizado em uma residência não apontada no requerimento encaminhado a juízo. Ou, então, pedidos de interceptação telefônica em que o magistrado, igualmente de ofício, inseriu número telefônico mencionado ao longo da investigação, mas que a autoridade investigante entendeu não estar sendo utilizado no esquema criminoso investigado por ela. Igual situação, e ainda mais frequente, foram os casos de decreto de prisão temporária de ofício. Portanto, essa segunda forma de interpretar aquela vedação estaria, na nossa forma de ver, mais de acordo com as exigências do sistema acusatório, qual seja, a de que não há qualquer justificativa para que o juiz saiba mais das necessidades da investigação que a própria autoridade investigante ou o futuro acusador!

Independentemente de qual linha de interpretação tenha sido seguida pelo projeto, não há como negar que as previsões posteriores ao seu artigo 4º não contemplam essa vedação, de forma peremptória, à “iniciativa do juiz na fase de investigação”.

Como se verá mais adiante, o projeto cria a figura do *juiz das garantias*, que é um magistrado de atuação exclusiva na fase de investigação, e que será, segundo as disposições do artigo 15, “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”.

Pois bem; ao longo do rol de atividades a ele atribuídas, vemos que várias decisões emitidas por esse juiz exigem um requerimento anterior. É o caso, *i.e.*, da decisão sobre a concessão ou prorrogação de prisão provisória ou outra medida cautelar de natureza restritiva; da decisão sobre pedido de produção antecipada de provas; da prorrogação do prazo de duração do inquérito policial; da decisão sobre pedidos de quebra de direitos fundamentais destinados a auxiliar a investigação criminal (interceptação telefônica, busca e apreensão, entre outros) e do julgamento de *habeas corpus*. Contudo, ao juiz das garantias igualmente é atribuída competência para “ser informado da abertura de inquérito policial”, “requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação” e “determinar o trancamento dessa investigação quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento”.

Estas últimas condutas prescindem, por completo, de alguma provocação do magistrado. Ao contrário, no momento em que a autoridade investigante encaminha-lhe ofício noticiando a instauração de inquérito policial, esse juiz torna-se o fiscal da legalidade dessa mesma investigação.

É só em razão disso que o juiz das garantias pode requisitar documentos e trancar o andamento da investigação, atuando por iniciativa própria e sem qualquer provocação alheia. Ou seja, quando o projeto veda “a iniciativa do

juiz na fase de investigação”, o que faz, em realidade, é não permitir que o magistrado atue no direcionamento dos rumos dessa investigação, desde que essa atuação seja contrária aos interesses do sujeito passivo da persecução penal primária, sob pena de ser considerado um perseguidor deste último. Em suma, se for para favorecer o investigado, o juiz tem plena liberdade para agir de ofício; mas, se for para apurar ou aprofundar a investigação contra ele, aí sim não lhe é concedida competência para tanto.

Logo, a vedação a essa iniciativa judicial somente será absoluta se previamente levarmos em consideração em benefício de quem eventual atuação *ex officio* estará voltada.

### 2.1.2 A concretização do Juiz-Defensor

Como segunda característica do sistema acusatório proposto, o artigo 4º do projeto, em sua parte final, veda “a substituição da atuação probatória do órgão da acusação”.

Em caráter preliminar, tal redação não parece ser das mais felizes, pois não deixa claro a quem essa vedação se dirige. Assim dizemos pois há duas condutas proibidas nesse artigo, quais sejam, *ter iniciativa* e *substituir*. A primeira delas não deixa dúvidas de que é direcionada ao juiz (“O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa *do juiz* na fase de investigação”). Já o mesmo não ocorre em relação à segunda conduta, embora se saiba, pelo próprio sentido da frase, que igualmente está direcionada ao juiz. Mesmo assim, por tratar-se nada menos de um projeto de Código de Processo Penal, cremos que a precisão e clareza na exposição do pensamento devem ser levadas à sua máxima exigência, evitando, com cuidados como esse, futuras e prováveis interpretações desviantes. Portanto, partindo do pressuposto de que tal vedação também atinge a figura do juiz, parece-nos que a redação desse dispositivo deveria ser revista para assim passar a figurar: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedadas ao juiz a iniciativa na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Superada essa questão, a vedação em análise está direcionada a proibir o magistrado de suprir as omissões verificadas – ao longo da fase probatória – na atuação do órgão de acusação, seja por desídia, seja por ausência na audiência de coleta da prova oral. Em termos simples, se o autor não trouxe aos autos as provas necessárias para comprovar o teor de sua acusação, não caberá, segundo o projeto, ao magistrado buscar provas que levem à condenação do réu.

Exatamente por isso, salta aos olhos o giro radical, dado pelo projeto, em relação à reforma de nossa legislação, operada cerca de um ano atrás, e pelos mesmos parlamentares de hoje, onde, apesar do excesso verificado no inciso I do artigo 156 do Código Penal, optou-se por autorizar a produção de prova *ex officio judicis* a favor de ambas as partes, caso tal necessidade fosse sentida pelo magistrado. Assim dizemos por que, como a proibição está dirigida somente a um dos lados da relação processual, sentimo-nos autorizados a fazer uma releitura daquele dispositivo. Em sentido inverso, o que a parte final do artigo 4º propõe nada mais é do que a seguinte situação: se o juiz pretender produzir alguma prova de ofício, estará ele autorizado a assim proceder somente em benefício do réu, e nunca a seu desfavor. Instituir-se-ia, assim, a figura que já tivemos oportunidade de chamar de *juiz-defensor* (ANDRADE, 2008a, p. 219-224).

Aprofundando um pouco mais na história do processo penal, vemos que papel do juiz, em especial na fase probatória, é tema por demais controverso, e se faz presente nas discussões filosóficas e doutrinárias há pelo menos dois mil anos. Que o digam os questionamentos apresentados pelo filósofo Favorino a um jovem juiz chamado Aulo Gelio (século II d.C.), referentes à possibilidade, ou não, de o julgador simplesmente fazer perguntas ao longo do julgamento (AULO GELIO, 2007, p. 181-182).

No caso presente, a possibilidade de a figura do juiz-defensor manter-se no texto do projeto deve ser analisada sob três pontos distintos: o primeiro, relativo à justificativa apresentada na Exposição de Motivos; o segundo, relativo à sua adequação ao sistema acusatório; e o terceiro, relativo aos argumentos doutrinários que o sustentam.

No que diz respeito à Exposição de Motivos do projeto, vemos que, já de início, há uma preocupação com a “aplicação de uma norma de Direito”, com vistas à “solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados”. Ou seja, o que aparentemente o projeto pretende é que a lei incida no caso concreto, para que, em uma linguagem mais vulgar, culpados sejam condenados, e inocentes sejam absolvidos. Essa sensação fica ainda mais latente quando há a afirmação de que “Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em *conhecimento* – o mais amplo possível – de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade”.

Ora, desnecessário dizer que “*conhecimento* – o mais amplo possível” é o que não ocorrerá, caso ao juiz haja alguma proibição – como, de fato, há no projeto – em sede probatória. Logo, verifica-se uma incompatibilidade óbvia entre a justificativa presente na Exposição de Motivos do projeto, e o conteúdo deste mesmo projeto.

Idêntica situação se verifica na relação do juiz-defensor com o sistema acusatório, pois historicamente são dois os modelos de juiz que esse sistema vem comportando na fase probatória, quais sejam, o juiz ativo e o juiz inerte.

O primeiro representa a figura do juiz que deixa patente sua inconformidade com o material probatório apresentado pelo autor e réu, e busca as informações faltantes para, na sua ótica, poder bem julgar. Sua origem está no sistema acusatório do direito romano, onde os juízes populares poderiam demonstrar sua insatisfação com o trabalho apresentado pelas partes no período de produção de prova. Assim, com a supremacia dos votos *Non Liqueat* (que significa, *não está claro*), os julgadores populares determinavam que as partes voltassem à discussão da causa e apresentassem mais e melhores provas e argumentos, o que ocorria em um prolongamento do julgamento chamado *ampliatio* (CÍCERO, 2000, p. 121). Em termos simples, havia uma determinação *ex officio judicis* de produção de prova, que só não era produzida diretamente pelos juízes por razões de mera conveniência, pois os tribunais daquele período histórico eram compostos por centenas ou milhares de pessoas, sendo mais simples, portanto, transferir tal incumbência aos interessados diretos no deslinde do processo. Com a posterior criação e consolidação dos juízes profissionais (ou togados), ficou fácil ao julgador manifestar sua inconformidade com a prova produzida pelas partes, e partir, ele mesmo, para a produção de prova de ofício, tal como ocorre no direito contemporâneo, em especial nos direitos alemão, italiano e português, só para citar os mais próximos à nossa cultura jurídica, e também adeptos do sistema acusatório.

O segundo representa a figura do juiz atrelado à produção probatória das partes, querendo isso dizer que, em caso de dúvida, não poderá supri-la com a determinação de vinda de alguma informação aos autos, sem requerimento prévio do autor ou do réu. Ou seja, alguém pode ser condenado ou absolvido por incompetência ou ajuste das partes, sem que, contra isso, o juiz algo possa fazer. É por isso que, jocosamente, parte da doutrina considera esta última visão de juiz como decorrência da “teoria esportiva da justiça” (AMODIO, p. 153; COMOGLI, ZAGREBELSKY, p. 439) ou da “regra do não te metas” (RUBIANES, 1978, p. 20).

Ambos os modelos, repita-se, estiveram – e estão – presentes no sistema acusatório, mas procuram preservar a imparcialidade do juiz cada um a seu modo. O juiz ativo, presente no direito continental, está calcado no entendimento de que o processo penal possui um interesse público a ser preservado. Por essa razão, o juiz tem sua imparcialidade preservada com a concessão de liberdade para produzir prova, em caso de dúvida, sem provocação prévia e sem restrições quanto a quem seja o beneficiário final

dessa atividade. Já o juiz inerte, presente na *Common Law*, está ligado a uma visão liberal dos interesses presentes nesse mesmo processo, onde o interesse público deve ceder espaço ao interesse privado na sua condução. Consequentemente, sua imparcialidade é concebida a partir de uma visão mais extremada, com a erradicação de qualquer atividade probatória complementar àquela já realizada pelas partes, independentemente de quem vier a ser seu beneficiário.

O certo, portanto, é que a figura do juiz-defensor não tem nenhum espaço no sistema acusatório, pois ela é completamente estranha a ele. Mais que isso, ela absolutamente jamais existiu no sistema acusatório, seja da antiguidade, seja da atualidade. Todavia, isso não quer dizer que a figura do juiz-defensor não tenha existido ao longo da história do direito processual. Na verdade, ela existiu sim. Mas, contraditoriamente, sua existência é verificada, quem diria, justamente no sistema inquisitivo, que segue uma ideologia frontalmente oposta ao sistema eleito pelo projeto.

Ninguém desconhece que o sistema inquisitivo atingiu seu apogeu ao longo das Idades Média e Moderna, e que, nesse período, um de seus pontos marcantes foi a restrição ou impossibilidade de atuação de um defensor a favor do sujeito passivo daquele processo, sob o argumento de que o juiz não necessitava de auxiliares para a descoberta da verdade. E, na busca dessa verdade, o juiz não se ocupava – como erradamente afirmam mentes menos esclarecidas sobre o tema – somente em atuar contra os interesses do réu. Ao contrário, tinha ele o dever de suprir as omissões defensivas em favor do réu, justamente em razão das dificuldades apresentadas a este último de demonstrar sua inocência.<sup>4</sup>

Essa realidade é tão óbvia e marcante no sistema inquisitivo, que Carpsódio materializou-a no brocardo *judex supplere debet defensionis rei ex officio* (ou seja, que deve o juiz, de ofício, suprir as defesas do réu). Não por outro motivo, autores contemporâneos passaram a utilizar esse traço histórico como um dos elementos marcantes do sistema inquisitivo, qual seja, a de um juiz protetor dos interesses do réu (MARQUES, 1960, p. 23; TORNAGHI, 1980, p. 9; RANGEL, 2005, p. 50). E, como texto histórico mais significativo da postura de um juiz que só poderia produzir prova para favorecer o réu, encontramos, nada mais, nada menos, que a regulamentação da Inquisição Espanhola, considerada a mais dura entre as que existiram.

---

<sup>4</sup> Muito dessa visão pejorativa se deve a Beccaria, quando afirmou que o juiz do sistema inquisitivo era um “inimigo do réu” (BECCARIA, 2002, p. 65). Posteriormente, tal afirmação foi ratificada por Voltaire (2002, p. 158), mas ganhou notoriedade, em âmbito processual penal, quando foi pronunciada por Carnelutti, que sequer fez referência a seus antecessores, chamando para si a autoria de uma expressão que não era sua (CARNELUTTI, 1946, p. 158).

Especificamente, esse juiz-defensor é facilmente encontrado nas Instruções de Tomás de Torquemada (1484), primeiro e mais conhecido Inquisidor-Geral de Castilha, onde o juiz estava autorizado a buscar novas testemunhas que comprovassem o fato de que as arroladas pelo acusador – sim, esse modelo de processo inquisitivo apresentava um acusador distinto do juiz, e que corresponde, hoje em dia, à figura do Ministério Público – haviam prestado depoimento com o intuito de prejudicar o réu, seja por inimizade, seja por corrupção (instrução 14). Da mesma forma, esse juiz, que só estava autorizado a produzir provas para beneficiar o réu, também figurou nas Instruções do Inquisidor-Geral Fernando de Valdés (1561), sempre que essa atuação de ofício estivesse voltada à averiguação da inocência daquele (instruções 29 e 38).

Como se pode observar, por mais que se queira vincular o juiz-defensor ao sistema acusatório, ele jamais foi encontrado nesse mesmo sistema, além do que é completamente estranho a ele. Basta lembrar que o sistema acusatório está pautado pela preservação da imparcialidade do julgador, e não pela construção de um julgador tendencioso e predisposto a favorecer ou *assistir* – como se verá – a um dos lados da relação processual. Por outro lado, sistema inquisitivo e juiz-defensor são, por assim dizer, *institutos* que estão umbilicalmente ligados, havendo exemplos documentados que, por mais que se queira, não podem ser apagados da história desse sistema. Enfim, se tivéssemos que sintetizar tal situação, invocariamos a lição de Cícero, quando disse que “a imutabilidade nos fatos passados é evidente; em certos futuros, porque não seja evidente, nem parece existir” (CÍCERO, 2001, p. 17-18). Por isso, há uma profunda incompatibilidade entre o sistema eleito pelo artigo 4º do projeto com a redação da parte final deste mesmo dispositivo.

Finalmente, resta-nos analisar os argumentos de ordem doutrinária que, na atualidade, vêm sendo invocados para sustentar a figura do juiz-defensor no processo penal brasileiro.

Se fizermos um resgate dos autores que defendem essa figura – e, o que é pior, apresentando-a como vinculada ao sistema acusatório –, é possível constatar que o juiz-defensor aportou no Brasil pelas mãos de Prado, que viu, entre os deveres do juiz, a necessidade de exercer a função de, segundo suas palavras, “assistência ao acusado”, a fim de preservar o que chama de “justiça material” e o princípio da presunção de inocência (PRADO, 1999, p. 130).

Ora, o simples reconhecimento de que esse juiz atuaria na condição de assistente do acusado já deixa patente a total perda de imparcialidade desse julgador, que sequer tal nome mereceria ante a forma tendenciosa como já ingressa no processo. Não bastasse isso, até onde sabemos, a expressão “justiça material” deveria importar – antes de qualquer coisa, e

propositalmente sendo redundante – na busca da aplicação da *justiça*, ao invés da proposição de uma justiça que olha para um lado só (?!), se é que isso pode ser chamado de justiça. E, para arrematar, bem se sabe que o princípio da presunção de inocência pode ser entendido sob uma dupla ótica: a primeira, como uma regra probatória ou de julgamento; e a segunda, como uma regra de tratamento do acusado, que deve ser considerado inocente durante o processo (ILLUMINATI, 1979, p. 28-30). Mais que isso, a teleologia desse princípio deixa patente que o sujeito passivo da persecução penal não necessita fazer qualquer esforço para demonstrar sua inocência, já que ela, conforme o próprio princípio estampa, deve ser presumida.

Com isso, o que fica claro é que toda a carga probatória recai sobre a figura do acusador, e, se o juiz sente-se no dever de *assistir* o acusado – em razão de uma deficiência quando do exercício da defesa técnica –, o que esse mesmo juiz estará fazendo é *reagir* a algo existente, sob o pretexto de preservar um princípio que, em realidade, está calcado na possibilidade de inércia por parte do réu. Em termos simples, a proposta de Prado está voltada à admissão de um juiz que irá buscar elementos que rebatem ou neutralizem as provas já produzidas no processo, em razão da atividade exercida por quem nele figura como autor. Ou seja, o que pretende esse segundo defensor do acusado – travestido na toga de um juiz – é buscar elementos que, ao menos, permitam-lhe invocar o princípio do *in dubio pro reo* para absolver o acusado, já que o princípio da presunção de inocência foi superado pela atividade probatória de quem figura como acusador (ANDRADE, 2008a, p. 219-222).

Outra linha de argumentação é apresentada por Pacelli, que defende a possibilidade de o juiz produzir provas somente a favor do réu, sob a invocação da preservação do princípio da igualdade material de armas, ante o alegado poderio do Estado ao longo de toda a persecução penal, seja na fase investigatória, seja na fase processual (PACELLI, 2009, p. 297-298). Contudo, desde já invocando nossa admiração e profundo respeito ao *maestro*, com tais postulados não podemos comungar.

De início, tal argumentação cai por terra caso o acusador não seja o estatal – leia-se, Ministério Público –, mas sim o privado. Dito de outro modo, caso a vítima exerça seu direito constitucional de ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública, ela estará representando a si própria, e não possuirá qualquer poder a mais que o seu oponente. Logo, não existindo o pressuposto que autorizaria a existência da figura do juiz-defensor, não há como sua presença ficar na pendência de quem vier a ajuizar a ação penal condenatória.

Por fim, como bem coloca o autor em questão, o princípio da igualdade de armas pode ser dividido em igualdade formal e material. A primeira diz respeito a uma igualdade meramente matemática, ao passo que a segunda está centrada justamente em uma compensação a ser concedida a uma das partes, a fim de que se corrija eventual distorção de forças no processo penal. Todavia, esse caráter compensatório deve dar-se na concessão de alguma *arma* diferenciada a uma das partes, e, por *arma*, em sentido processual, entenda-se “os meios, situações, oportunidades ou possibilidades, para que as partes possam, em igualdade de condições, demonstrar a validade e correção dos argumentos – ou razões, como prefere Carnelutti – que serão apresentados ao juiz ou tribunal” (ANDRADE, 2008a, p. 168). E é aqui onde nos parece falhar o argumento, pois vê, na figura do juiz, uma *arma* que pode ser concedida em benefício de uma das partes, ao passo que, em realidade, esse mesmo juiz é um *sujeito processual*, que só tem razão de existir se não estiver vinculado animicamente, seja a que título for, a qualquer dos lados da relação por ele presidida.

Como última linha doutrinária, encontramos a opinião de Giacomolli, que, apesar de em um primeiro momento mostrar-se adepto da teoria da gestão da prova,<sup>5</sup> ao depois prega a possibilidade de o juiz, *ex officio*, produzir prova somente em benefício do réu. Como argumento, afirma que, entre os deveres do julgador, estaria a preservação do *status libertatis* do réu e evitar uma “condenação injusta”, ambos resultantes do direito universal de proteção dos direitos fundamentais e da inviolabilidade do direito de defesa (GIACOMOLLI, 2008, p. 36-37).

Outra vez, fica mais que patente a intenção de transformar o juiz em um sujeito processual comprometido em produzir resultados positivos para um dos lados da relação que ele mesmo preside. Contudo, como se só isso já não fosse suficiente, o equívoco argumentativo fica patente em razão da invocação da preservação do *status libertatis* do réu, para que o juiz esteja autorizado a somente atuar em seu benefício.

---

<sup>5</sup> Segundo a teoria da gestão da prova, a distinção entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo está centrada na produção de prova de ofício pelo juiz. Assim, um sistema de processo será considerado acusatório se o juiz estiver proibido de atuar de ofício na fase probatória, ao passo que um sistema será considerado inquisitivo se o juiz tiver liberdade para atuar nessa mesma fase. Essa teoria nasceu na Itália, mas foi completamente rechaçada quando da confecção de seu atual Código de Processo Penal. Mais que isso, quem a defende no Brasil invoca a lição de Franco Cordero, autor italiano que, por incrível que possa parecer, manifesta-se em sentido diametralmente oposto ao que a ele é atribuído nos escritos publicados em nosso país. Em suma, a teoria da gestão da prova nada mais é do que a importação de uma proposta superada em seu país de origem, e que no Brasil foi requeitada com a invocação das palavras de um autor estrangeiro que simplesmente não defende as ideias que a ele são atribuídas (ANDRADE, 2009d).

A invocação do *status libertatis* do réu, a fim de que possa receber algum tratamento diferenciado no processo, constitui-se na base argumentativa que formou um princípio pouco estudado no direito nacional, chamado princípio *favor rei*, também conhecido como o princípio *favor innocentiae*, princípio de liberdade ou – eis aí a relação com o *status* invocado – princípio *favor libertatis* (LOZZI, 1968, p. 2-6). Sua função é muito clara e direta: conceder ao réu, com caráter exclusivo, certas armas ou garantias para que tenha condições de demonstrar a veracidade de seus argumentos ou destruir aqueles apresentados pelo seu opositor. Para tanto, o *favor rei* não leva em consideração qualquer critério de compensação – tal como na igualdade material de armas –, pois ao réu são concedidos mais poderes que seu adversário para que demonstre sua inocência (se for inocente) ou para que simplesmente não seja punido. Tudo isso, frise-se, a título de mero *favor*, como deixa transparecer o próprio nome desse princípio.

É sob o signo do *favor rei* que se justificam, *i.e.*, a possibilidade de o réu fazer uso de certos tipos de prova ilícita para alcançar sua absolvição, bem como a previsão de embargos infringentes e revisão criminal somente *pro reo*. E, por tratar-se de um princípio que visa à concessão de mais *armas* ao sujeito passivo, verifica-se aqui a mesma situação apontada acima, qual seja, a de partir-se do pressuposto de que o juiz pode ser definido como uma *arma* a ser posta a serviço de uma das partes, desprezando-se, por completo, o fato de que o julgador é um *sujeito processual* que só existe no processo porque tem o dever de ser imparcial. Do contrário, torna-se totalmente prescindível.

Para finalizar, a discussão em torno da produção probatória *ex officio judicis* não é nenhuma novidade no direito processual. Foi ela travada durante muito tempo no processo civil, e sua possibilidade há décadas está assentada, sem grandes traumas acadêmicos, nesse ramo do direito, ao contrário do que vemos – ainda hoje, e para seu demérito – no processo penal.

Como já tivemos oportunidade de afirmar em outra ocasião (ANDRADE, 2009), o aperfeiçoamento do processo penal só não ocorre em razão dos traumas deixados pelo sistema inquisitivo, que poucos reflexos produziu no processo civil. Não é por outro motivo que o processo civil se encontra em um patamar técnico mais elevado, pois não encontramos autores que invoquem o selo da *acusatoriedade* ou da *inquisitorialidade* para defender ou opor-se a temas que ideologicamente são favoráveis ou contrários, mesmo que a história dos sistemas acusatório e inquisitivo não lhes dê qualquer respaldo. Ou seja, em âmbito civil, as opiniões pessoais não conseguem ser mascaradas com pretensos argumentos históricos que, ao final, facilmente mostram-se inexistentes.

A verdadeira discussão em torno da produção probatória *ex officio judicis* deve ser travada não no campo do *pode, não pode* ou *a favor de quem pode* (como faz o projeto), mas em relação aos limites para que esses poderes sejam validamente exercidos pelo magistrado. Dito de outro modo, toda essa celeuma deve ficar em segundo plano para que centremos nossas forças na busca de uma definição sobre: a) até onde pode ir o juiz em sua atuação *ex officio* na fase probatória; b) qual material probatório ele pode, ou não, trazer aos autos sem provocação prévia; e c) de que maneira se fará o controle dessa atividade *ex officio*. Há necessidade de fixação desses limites na lei, ou devemos analisar cada caso em concreto, tal como ocorre de modo desorganizado no direito comparado, quando da identificação do que os espanhóis chamam de *actividad inquisitiva encubierta*?

Enquanto essa discussão não ocorrer, a história do direito processual continuará sendo deturpada em nome do preconceito, e para o alcance de preferências meramente pessoais ou, o que é pior, necessidades eminentemente profissionais.

### 2.1.3 O propalado Juiz das garantias

O projeto trouxe inúmeras inovações em praticamente todos os temas de processo penal, mas aquela que indiscutivelmente vem provocando grande controvérsia é a proposição de um novo sujeito processual chamado de *juiz das garantias*.

De acordo com o artigo 15 do projeto, sua atuação está restrita à fase de investigação, e destina-se ao “controle da legalidade da investigação criminal” e à “salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”. Em razão dessa especialização na atuação judicial, cria-se uma nova regra de impedimento ao magistrado, fazendo com que, aquele que exerceu a atividade de juiz das garantias, não possa “funcionar no processo” (artigo 17).

Por óbvio que grande parte da discussão existente está centrada em aspectos estruturais e operacionais do Poder Judiciário, de modo a permitir ou impedir que essa figura venha a ser inserida no país. No presente tópico, entretanto, centraremos nossos esforços na análise do aspecto envolvendo a imparcialidade do juiz, deixando aquele questionamento para o momento em que nos debruçarmos sobre o aspecto relativo à eficiência da persecução penal traçada pelo projeto. Iniciemos, então, pela justificativa encontrada em âmbito doutrinário.

Pois bem; a proposição do juiz de garantias é o resultado de uma recente aspiração da doutrina nacional, que busca uma revisão da atuação do juiz na

fase de investigação e, por decorrência, também do instituto da *prevenção*. Em termos simples, a proposta está voltada ao redimensionamento da atividade judicial ao longo da persecução penal primária, pois teria o magistrado competência para atuar como garantidor dos direitos fundamentais do investigado. Em vista disso, a atuação na fase de investigação passaria a ser entendida como um critério de *exclusão* desse mesmo juiz em relação à futura fase processual, ao invés de ser entendido como um critério de *atração*, que é o que leva à existência do instituto da *prevenção*. Como fundamento para essa proposição, afirma-se que “em nenhum momento esse juiz da fase pré-processual poderá ser o mesmo que irá instruir e julgar o processo”, pois “Juiz preventivo é juiz contaminado”, e que “Essa é a lição de mais de 20 anos de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos” (LOPES JR, 2004, p. 11). Entretanto, com o devido respeito a esse importante ramo de nossa doutrina, de sua base argumentativa não podemos comungar.

De fato, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (em adiante, TEDH) vem se posicionando, de longa data, pela necessária separação entre as figuras do juiz da fase de investigação e do juiz da fase posterior ao oferecimento da acusação. Contudo, o que importa aqui saber não é o que esse tribunal vem decidindo, senão os motivos que o levam a assim decidir. Abre-se, portanto, a necessidade de análise de sua jurisprudência – dos últimos vinte anos – que analisou a cumulação da atividade judicial nas fases de investigação e de julgamento.

Um das primeiras decisões sobre esse tema foi proferida no Caso Piersack (1982), proveniente da Bélgica, onde um membro do Ministério Público, que havia presidido a investigação criminal, posteriormente veio a assumir o cargo de juiz, e figurar como um dos julgadores do fato que ele próprio havia investigado. Em vista desse acúmulo de funções, o TEDH entendeu haver ocorrido um possível comprometimento na formação do convencimento judicial, maculando, portanto, a imparcialidade do julgador. Contudo, essa é uma lição do TEDH que o direito brasileiro pode considerar totalmente prescindível, já que, desde a década de quarenta do século passado, nosso Código de Processo Penal – sim, aquele apontado como superado, antidemocrático e antigarantista – já a previa como uma das causas de impedimento judicial (artigo 252, inciso II).

Um segundo julgamento, que provocou enorme repercussão no direito europeu, foi o Caso De Cubber (1984), também de origem belga. Em suma, a discussão esteve centrada na (im)possibilidade de um juiz-instrutor (ou seja, de um juiz que investiga, somente presente nos sistemas misto e inquisitivo) poder também atuar como juiz-julgador em relação ao mesmo fato por ele investigado com anterioridade. Ao final, o TEDH entendeu ser inviável tal

acúmulo de funções por parte de um mesmo juiz, em razão do ferimento ao que se convencionou chamar de *imparcialidade objetiva*. E se assim o foi, novamente o direito brasileiro nada tem a aprender com o direito estrangeiro. Além de a discussão versar sobre os limites de atuação do juiz representativo de um sistema que nada tem a ver com o acusatório proposto pelo projeto, cerca de 170 anos antes daquela decisão – ao tempo em que o Brasil adotava o juizado de instrução como regra na investigação criminal –, tínhamos em vigor a Decisão de Governo nº 81, de 02.04.1824, que determinava a separação das funções entre o juiz-investigante e o juiz-julgador. Em outras palavras, até aqui, nada.

Tais julgamentos, repita-se, não se prestam a ensinar qualquer novidade ao direito nacional, e muito menos a justificar a necessidade de separação entre as figuras dos juízes da fase de investigação e da fase de julgamento, quando o sistema é o acusatório, tal como proposto pelo projeto. Não fosse isso suficiente, outras decisões do mesmo TEDH autorizam que o juiz, com atuação na fase primária da persecução penal, seja o mesmo de sua fase secundária.

Como primeiro julgado, encontramos o Caso *Sainte-Marie versus França* (1992), onde o TEDH deixou patente que o simples fato de um juiz haver decretado a prisão preventiva de alguém, ainda na fase de investigação, não o torna impedido de seguir no futuro processo. Em sequência, também encontramos o Caso *Padovani versus Itália* (1993), onde se reconheceu que o juiz do *juízo diretíssimo* – atinente aos casos em que uma pessoa é presa em flagrante e, de imediato, levada a julgamento – possa não só tomar o depoimento do conduzido e homologar o auto de prisão em flagrante, senão também ser o julgador desse mesmo fato. Ainda, há o Caso *Nortier versus Países Baixos* (1993), onde se decidiu que nenhuma mácula atingiu a imparcialidade de um juiz holandês da infância e juventude, que decretou a internação provisória de um adolescente e, ao depois, foi o julgador do mesmo fato que levou ao encarceramento provisório daquele. Isso porque os fundamentos utilizados na decisão de encarceramento provisório não disseram respeito à invocação de alguma questão relativa ao mérito do fato praticado pelo adolescente, fator que, caso presente, poderia, aí sim, demonstrar que o juiz se convenceu, de algum modo, sobre a culpabilidade daquele. Por fim, há o Caso *Saraiva de Carvalho versus Portugal*, onde se decidiu que o juiz que participou da instrução poderia ser o mesmo do julgamento, sem qualquer comprometimento de sua imparcialidade. De bom tom lembrar que, por *instrução*, o Código de Processo Penal português refere-se ao procedimento instaurado por provocação do acusado ou do assistente, e que está voltado à convalidação dos termos da acusação ou do arquivamento do inquérito por

parte do Ministério Público (artigo 286 e seg.). Em suma, a jurisprudência do TEDH – dos últimos vinte anos – vem deixando claro que os critérios nacionais, estabelecidos para preservar a imparcialidade dos juízes criminais brasileiros, estão completamente corretos e adequados, ao menos sob a perspectiva daquele tribunal e dos direitos humanos.

Superada a análise sob a ótica da doutrina, passemos, agora, ao exame da justificativa apresentada na Exposição de Motivos. Pois bem; para que haja a inserção de um determinado instituto na legislação processual penal de um país, em regra dois critérios são levados em consideração: ou a adoção desse instituto responde a uma opção de pura política criminal, contra a qual, por sua própria natureza, pouca ou nenhuma oposição se pode apresentar; ou responde a uma necessidade técnica, que, aí sim, permite uma melhor avaliação por parte do intérprete.

No caso do juiz das garantias, a Exposição de Motivos afastou o critério de política criminal, assentando que, “Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ..., era de rigor”. E, como aspecto técnico para esse *rigorismo*, além da invocação de um argumento de ordem principiológica, aquele texto também apontou que uma das estratégias, com essa novel figura, é “manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação”. Em outras palavras, o que se pretende é a preservação da imparcialidade judicial.

Com o devido respeito, e retomando a abordagem já feita, ou a Exposição de Motivos faz uma equivocada equivalência entre sistema e princípio acusatório, ou se está insistentemente dando a esse princípio um alcance e significado que ele absolutamente não tem. Seja como for, nenhuma dessas situações fazem ser “de rigor” a presença do juiz das garantias.

Já, quanto à busca pela imparcialidade do juiz, o *alarmismo* é tamanho que o projeto vê sua possível perda pelo simples fato de o juiz receber uma comunicação de prisão ou ser informado sobre a abertura de um inquérito policial! Como consequência, o direito brasileiro passa a ter dois critérios de aferição de imparcialidade dos juízes nacionais, que cambiaria de acordo com a matéria: um primeiro critério para o processual civil, onde não há qualquer problema quanto ao fato de o juiz conceder liminar em uma cautelar preparatória, ou conceder antecipação de tutela (onde se antevê o mérito!), e, mesmo assim, ser o julgador do processo; e um segundo critério para o processo penal, onde *contaminação judicial* passa a ser entendida como *tomar conhecimento*, ao invés de *firmar convencimento*. Pior que isso, ninguém menos que o próprio projeto trata de contrariar os postulados que ele mesmo traçou, ao admitir, em duas situações distintas, que o juiz das

garantias seja o mesmo do futuro processo, quais sejam, nas infrações de menor potencial ofensivo (artigo 16, *caput*) e na tramitação das ações penais originárias (artigo 302, inciso I). Por isso, a pergunta é inevitável: há como transigir com o conceito ou significado de *imparcialidade judicial*, que seria considerada preservada ou violada, em razão da potencialidade ofensiva de um ilícito penal<sup>6</sup> ou da instância em que o processo tramitará? Se a resposta for positiva, então novamente essa separação não é “de rigor”.

O que deve ficar claro, portanto, é que a separação de funções – entre o juiz da investigação e o juiz do julgamento – só tem alguma razão de ser quando há o indicativo de que o primeiro firmou seu convencimento sobre o fato que, posteriormente, será submetido à sua apreciação na fase processual. Essa separação já ocorre em países que exigem a satisfação de requisitos voltados ao exame do mérito, a fim de que um juiz criminal possa, na fase anterior ao julgamento, deferir medidas restritivas à liberdade do investigado.

A título de exemplo, encontramos o direito português, que exige “fortes indícios da prática de crime doloso” para o deferimento desse tipo de medida, e, por tal motivo, exclui tal juiz da fase de julgamento (artigos 40, 200, 201 e 202 do seu Código de Processo Penal). Entretanto, esse sequer é o caso do direito brasileiro, que se satisfaz com a presença de indícios de autoria e prova da materialidade, agregados à demonstração da necessidade da medida, que, como se sabe, tem caráter estritamente instrumental, e não envolve a análise de mérito.

Enfim, se a jurisprudência do TEDH corrobora – lembremos, sob a ótica dos direitos humanos – diversas situações autorizadas há mais de sessenta anos em nossa legislação, e o direito comparado determina a separação de funções por motivos aqui inócenos, não há como esconder o fato de que o Brasil nada deve à comunidade internacional, ao menos no que diz respeito ao conhecimento dos postulados básicos do direito processual penal e à forma como preserva a imparcialidade de seu julgador. Ao contrário, o que fica patente é que essa separação de funções é de uma prescindibilidade ímpar ao nosso país.

---

<sup>6</sup> Não se pode olvidar que, embora não haja, em regra, prisão em flagrante nos crimes de menor potencial ofensivo, sua efetivação – e posterior lavratura do respectivo auto – poderá ocorrer caso o autor do fato não assuma o compromisso de comparecer ao juizado especial criminal, tal como excepciona o parágrafo único do artigo 284 do projeto. Estaria implementada, assim, ao menos uma das hipóteses presentes no rol de atividades do juiz das garantias, e que levaria à sua exclusão do processo, nos demais tipos de procedimentos.

## 2.2 Tecnicidade da persecução penal

Por *tecnicidade da persecução penal* quer-se referir à adequação de uma determinada legislação aos postulados da ciência processualista atual. Em outras palavras, significa não só averiguar se os postulados básicos do processo penal estão sendo observados, mas também se os diversos institutos que o compõem foram definidos ou indicados de forma correta. Essa, portanto, passa a ser nossa tarefa.

### 2.2.1 Denúncia como sinônima de Ação Penal

Por tradição, o direito brasileiro vem tratando o instituto da denúncia como equivalente da ação penal pública, tradição essa que remonta a uma prática iniciada no artigo 74 do Código Criminal do Império (Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841). Contudo, essa equivalência foi construída a partir de bases teóricas dissociadas da melhor técnica legislativa, pois os institutos da *denúncia* e da *ação penal condenatória* (doravante tratada como acusação) são completamente distintos, ao menos sob a ótica do sistema acusatório.

Desde a Idade Média, todos os documentos representativos do sistema inquisitivo relacionam a denúncia – juntamente com a acusação e a atuação de ofício do juiz – como causa que pode dar início ao processo. Entretanto, *denúncia*, em termos técnicos, significa mera *notitia criminis*, algo completamente distinto de uma acusação, tal como deixam evidentes os documentos representativos daquele sistema. Essa é, aliás, a forma como todo o direito comparado e seus respectivos autores definem a denúncia, ou seja, um instituto marcado pela informalidade e sem qualquer equivalência à ação penal. Em sentido contrário, somente a acusação é tratada como equivalente dessa mesma ação, e seus requisitos, desde a *accusatio* romana (CÍCERO, 2002, p. 170), são os mesmos minimamente exigidos para que qualquer ação penal seja considerada de natureza condenatória, ou seja, deve haver a individualização do sujeito passivo, a indicação/narrativa do fato por ele praticado e o pedido de condenação daquele sujeito.

Em vista disso, o instituto da denúncia tecnicamente jamais poderia corresponder a uma ação penal, e seu vínculo com o sistema acusatório é absolutamente nenhum. Ao contrário, a denúncia só é motivadora do início de um processo justamente no sistema inquisitivo, que corretamente foi rechaçado pelo projeto. Portanto, para que haja um refinamento em nossa linguagem jurídica, adequando-a a uma realidade histórica inquestionável e aos postulados de toda a doutrina internacional, entendemos que a ação penal pública deveria merecer outra designação, que não a de *denúncia* (ANDRADE, 2008b, p. 120-121).

Com esse cuidado, permitir-se-ia, inclusive, uma melhor compreensão de certas terminologias e institutos tratados pela literatura estrangeira, que cada vez mais vem influenciando e sendo absorvida por autores pátrios, em especial quando buscam a compreensão de diversos temas que no Brasil ainda são pouco estudados.

### 2.2.2 A posição do Ministério Público em Segundo Grau

Ninguém desconhece que, há pelo menos trinta anos, existe uma intensa discussão em torno da posição que o Ministério Público nacional ocuparia em sede de segundo grau. Melhor explicando, muito se tem debatido, em sede doutrinária e jurisprudencial, quanto à natureza da atuação do Ministério Público junto a esse grau de jurisdição, relativamente à continuidade no exercício da função de parte autora no processo penal ou, então, à perda dessa condição para converter-se em *custos legis*.

Por certo que muito dessa discussão deve-se ao fato da insistência, por parte de setores do próprio Ministério Público – que contam com a complacência de suas instâncias administrativas superiores –, em responder, com chavões inconsistentes, a um questionamento muito simples: se em segundo grau o representante daquela instituição não é parte, então quem exerceria este papel, já que os órgãos do Ministério Público de primeiro grau estão impedidos de atuar nas instâncias superiores? Em termos mais singelos, há um completo desprezo ao texto do inciso I do artigo 129 da Carta Maior, que afirma caber ao Ministério Público a *titularidade* da ação penal pública, sem fazer qualquer distinção relativa ao grau de jurisdição em que a ação esteja tramitando (ANDRADE, 2008f, p. 181).

Essa polêmica foi enfrentada recentemente pela composição plenária do Supremo Tribunal Federal, que, à unanimidade, decidiu que o Ministério Público, em segundo grau, permanece como *parte* no processo penal, razão pela qual anulou julgado onde a ordem de manifestação, junto ao tribunal da origem, não obedeceu aos ditames do princípio do contraditório.<sup>7</sup> Entretanto, o projeto passou completamente ao largo dessa decisão – repita-se, plenária e unânime – de nossa Corte Constitucional, mantendo o Ministério Público como *custos legis* naquela esfera jurisdicional, o que fica claro em, ao menos, dois momentos.

Primeiro, ao prever que “Os recursos de competência dos tribunais serão julgados de acordo com as normas de organização judiciária e de seus regimentos internos” (artigo 504), o projeto repassa aos tribunais a fixação do

<sup>7</sup> STF, HC nº 87.926-8, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, unânime, j. em 20-02-2008.

momento das manifestações escrita e oral do Ministério Público em segundo grau, independentemente da sinalização já dada pelo Supremo Tribunal Federal. Possibilita-se, com isso, não só a previsão de ordens distintas entre os mais diversos tribunais do país, senão também a perpetuação de uma ordem de manifestação que o Supremo Tribunal Federal já definiu como inconstitucional. Ora, não é preciso grandes luzes para perceber que, quando da chegada dos recursos que já estão sendo interpostos contra decisões que invertem a ordem de manifestação estabelecida por essa Corte, o resultado é mais que previsível, em razão de aquela decisão haver sido tomada de forma unânime. Em outras palavras, o que se está fazendo, com a presente redação do projeto, é permitir a continuidade de mais nulidades em potencial.

Segundo, ao tratar “Do Processo e Julgamento dos Recursos nos Tribunais”, há a determinação de que os autos, nos recursos de agravo de instrumento e apelação, deverão ser “remetidos ao Ministério Público, independentemente de despacho, para manifestação em dez dias” (artigo 507, *caput*). Ou seja, terá ele nova vista dos autos para apresentar sua “manifestação”, que nada mais será do que um escrito que não se confunde, por óbvio, com as razões ou contrarrazões que o acusador público de primeiro grau já apresentou. Em suma, é o famigerado *parecer*, que só é oferecido pelo Ministério Público quando atuar, em qualquer processo, na condição de *custos legis*!

O que fez o projeto, portanto, foi não enfrentar uma questão crucial para a evolução técnica do direito processual penal brasileiro, admitindo que, em sede de segundo grau, o processo esteja acéfalo, ao menos em relação à presença de um sujeito processual que possa ser reconhecido como seu autor.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Poder-se-ia pensar que a segunda parte do artigo 510 do projeto resolveria o problema atinente à ordem de manifestação oral em segundo grau, ao prever que “No caso de recurso da defesa, poderá ela se manifestar novamente, após o Ministério Público”. Entretanto, o que o projeto propõe é que, nos recursos da *defesa*, ela poderá sustentar oralmente seus argumentos perante os juízes *ad quem*, cabendo, pelo princípio do contraditório, ao Ministério Público manifestar-se ao depois. E, caso essa manifestação do Ministério Público ocorra, terá a defesa o direito de replicar os argumentos do Ministério Público, sem que o projeto conceda a este último o direito à tréplica – também como decorrência lógica do princípio do contraditório –, tal como ocorre no Tribunal do Júri. Portanto, duas hipóteses se abrem: ou esse dispositivo está voltado à criação de um novo direito à defesa, provocando um claro caso de cerceamento de acusação pela ausência do princípio do contraditório, agora a favor do Ministério Público; ou houve um erro de redação em tal dispositivo, pois ele vai de encontro à decisão do Supremo Tribunal Federal acima referida, que deixou claro que, em respeito ao princípio do contraditório, à defesa deve sempre ser dada a possibilidade de manifestar-se oralmente após o Ministério Público, quando o recurso for *da acusação*. Independentemente de qual hipótese for a ocorrente, ambas desprezam a orientação já traçada por nossa Corte Constitucional, fazendo com que o projeto, além de não resolver o problema da ordem de manifestação nos recursos interpostos pela acusação, também acabe por criar outro – igualmente de ordem técnica –, dando margem a novos questionamentos de constitucionalidade na ordem de manifestação junto ao segundo grau de jurisdição.

### 2.2.3 Ausência de Contraditório na *Reformatio in Mellius*

Da forma como hoje vem sendo realizada a *reformatio in mellius*, o acusador é colhido de surpresa com uma decisão que invoca argumentos de seu pleno e mais absoluto desconhecimento, já que, em nenhum momento, fizeram parte das manifestações recursais do acusado. Há, em uma situação como essa, uma reforma proferida *pelas costas* do acusador, patrocinada por ninguém menos que o Poder Judiciário.

Ora, os princípios do contraditório e da ampla defesa não são garantias de mão única, somente destinados a proteger os interesses do sujeito passivo do processo penal. Embora a grande maioria dos países do direito continental preveja esses princípios entre as garantias constitucionais de seus cidadãos, e reconhecidamente visualize a figura do acusado como seu alvo principal, não nos é permitido desconhecer que essas mesmas garantias vêm sendo reconhecidas como aplicáveis, de modo uniforme, a ambas as partes do processo penal (MONTERO, 1997, p. 141), dentre as quais logicamente se insere o acusador.

Isso faz com que o acusador, seja público ou privado, esteja autorizado a invocar em seu favor – sempre quando ocorrente uma *reformatio in mellius* à sua completa revelia – o descumprimento a um mandamento constitucional, que se verá infringido quando da emissão dessa decisão. Em outras palavras, não vemos nenhum absurdo no fato de o Ministério Público vir a pleitear a nulidade das decisões patrocinadoras de *reformatio in mellius*, sob a invocação do ferimento aos direitos constitucionais – a ele também assegurados, mesmo tratando-se de pessoa jurídica de direito público (CANOTILHO, 1996, p. 560; BRANCO, 2002, p. 166) – de preservação do contraditório e da ampla defesa de seus interesses no processo penal. E, inclusive, exemplo do direito comparado não faltaria.

No mês de maio de 2008,<sup>9</sup> o legislador francês realizou uma importante reforma em seu processo civil, em especial no processamento dos recursos de cassação. Em síntese, quando da tramitação desse recurso, o Presidente dos trabalhos passa a ter o dever ético de informar as partes sobre os motivos da cassação que poderiam ser apreciados de ofício, facultando-lhes oportunidade para que se manifestem sobre esses motivos.<sup>10</sup> Trata-se, ao fim e ao cabo, de reconhecimento legislado da necessidade em assegurar o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa também no segundo grau de jurisdição, sempre que questões de ofício forem invocadas, pelo julgador, como razões de

<sup>9</sup> Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008, relatif à la procédure devant la Cour de cassation.

<sup>10</sup> Article 1015. Le président de la formation doit aviser les parties des moyens susceptibles d'être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe. Il en est de même lorsqu'il envisage de rejeter un moyen par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné.

decidir. Já, em âmbito nacional, mas restrita ao primeiro grau de jurisdição e aos processos de competência do Tribunal do Júri, situação similar se faz presente no inciso IX do artigo 497 do Código de Processo Penal, cuja redação foi mantida quando da reforma operada pela Lei nº 11.689/09, ao prever: “São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri: IX – decidir, de ofício, ouvidos o Ministério Público e a defesa, ou a requerimento de qualquer deles, a arguição de extinção de punibilidade”.

Em vista disso, entendemos que, nesse aspecto, o projeto não se ocupou, como esperado, da preservação dos direitos fundamentais de uma das partes da relação processual. Deveria haver previsto que, antes de proferir decisão que venha a provocar uma *reformatio in mellius*, deve o julgador *ad quem* suspender o julgamento e previamente dar a conhecer ao acusador os motivos que, de ofício, vier a invocar para a reforma da decisão que está sob sua análise. Só assim nos parece que o processo penal possa vir a atingir seu fim ético e sem surpresas inesperadas, corrigindo-se uma clara hipótese de cerceamento de acusação presente em nossa legislação adjetiva, decorrente do ferimento ao princípio do contraditório (ANDRADE, 2008b, p. 128-129).

### 2.3 Eficiência da Persecução Penal

Como último critério de política criminal, que historicamente vem sendo utilizado para a definição do sistema de processo penal em um país, há o atinente à preocupação com a eficácia de sua persecução penal. E sua consideração, por parte do legislador brasileiro, ficou mais que patente nos argumentos apresentados pelo Senador Renato Casagrande, quando do Requerimento nº 227, de 2008, ao referir que o futuro código deveria “ser ágil, célere, eficaz e justo”, a fim de atender à “necessidade de eficácia punitiva estatal”, uma vez que “vive-se um momento de violência amplamente disseminada em nossa sociedade”. Cabe-nos, portanto, analisar se o sistema acusatório arquitetado pelo projeto veio a atender tais indicativos.

De início, a Exposição de Motivos apresenta, como segunda estratégia para a criação do juiz das garantias, a intenção de “otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional”. Em que pese utilizar-se de expressões que pouco ou nada dizem, ninguém menos que o próprio projeto admite que o juiz das garantias inevitavelmente irá de encontro à tal otimização e ao teor do Requerimento nº 227, de 2008. Isso porque, nas comarcas onde houver um só juiz, a saída encontrada pelo projeto foi, sem meias palavras, simplesmente atribuir ao Poder Judiciário a responsabilidade e o custo – financeiro e social – decorrente da implementação dessa figura, que, como já se disse, é completamente desnecessária à realidade brasileira.

Escalas de substituição, tal como indicado no artigo 678 do projeto, existem há anos no Poder Judiciário, sendo totalmente prescindível sua menção por esse dispositivo. Entretanto, dois outros pontos não são levados em consideração pelo projeto. O primeiro, relativo às enormes distâncias que um país continental pode apresentar entre comarcas, o que faz com que haja uma flagrante perda na agilidade, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, pois, em algumas localidades do país, a dificuldade de acesso a uma comarca pode determinar que o deslocamento – em regra, da autoridade policial – leve em torno de vinte e quatro horas. O segundo, pelo próprio ônus repassado à polícia judiciária, que recebe poucos recursos por parte do Poder Executivo, e nenhuma preocupação mereceu, ao menos nesse sentido, também por parte do projeto. Em suma, o problema não é a falta de juízes, senão a possível dificuldade/impossibilidade de acesso a quem irá figurar como juiz das garantias. E o seu resultado é mais que esperado, qual seja, a impunidade decorrente da falta de condições de a autoridade policial provocar a atuação judicial, seja nos exíguos prazos estabelecidos por lei, seja logo após a verificação de *urgência* nas investigações sob sua responsabilidade, que justifica os pedidos de ordem cautelar em sede de apuração.

Por fim, o projeto caminha no sentido contrário à tendência de redução da incidência do princípio *favor rei*, que concede mais e melhores armas ao réu, sem qualquer caráter compensatório e a título de mero favor. Essa tendência é facilmente verificada com a extinção do protesto por novo júri, o que ocorreu somente após fortes e justificadas críticas da comunidade internacional, em razão da situação absurda verificada em um processo de repercussão igualmente internacional. No mesmo sentido deveriam seguir, portanto, a possibilidade de somente o réu poder interpor embargos infringentes – distorção corrigida pelo Código de Processo Civil desde 1973 –, e a novel manifestação do réu, após a exposição oral do Ministério Público em segundo grau, quando o recurso seja da própria defesa (artigo 510).

Ao não seguir essa tendência, e mesmo respeitando-se todas as garantias constitucionais ao réu, o processo penal pátrio continuará apresentando casos nítidos de cerceamento de acusação, e o Brasil permanecerá sendo visto como um país permissivo e produtor de malabarismos jurídicos/legislativos endereçados à preservação da impunidade, esvaziando, por completo, aquela “necessidade de eficácia punitiva estatal” que deveria pautar o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.

## **Conclusão**

O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, deu um grande passo ao estabelecer, de modo expresso, qual o sistema de processo a ser adotado pelo Brasil, havendo optado, em vista disso, pelo sistema acusatório.

Vários são os seus méritos, ao corrigir diversos problemas que atingem o processo penal como um todo. Mas, no que diz respeito à invocação desse mesmo sistema para o aparecimento de novas figuras ou estabelecimento de certas rotinas/formas de proceder, o projeto ficou muito a dever.

Essa dívida se fez sentir, a começar, na fase de investigação, com a criação do juiz das garantias, que nada tem a ver com o sistema acusatório, e que é totalmente prescindível aos olhos da doutrina e jurisprudência internacionais. Em sequência, tal dívida segue com a estruturação do perfil do juiz na fase processual, que passa a ser, quando da produção de provas, totalmente tendencioso, parcial e, o que é pior, cujo correspondente histórico só é encontrado – quem diria – justamente no sistema inquisitivo, cujos postulados são, ao menos em tese, opostos aos do sistema acusatório proposto pelo projeto. Por fim, essa dívida se encerra com a equiparação entre os institutos da acusação e da denúncia, e concessão de mais e melhores armas ao réu, sem que haja qualquer justificativa para isso, sendo fruto, portanto, de um mero favor a ele alcançado.

Por essa soma de fatores, esperamos que os focos de incongruência sistêmica possam ser sanados a tempo por aquela Casa Legislativa, a fim de que o futuro processo penal brasileiro esteja realmente estruturado segundo os postulados do sistema acusatório.

## **Bibliografia**

AMODIO, Ennio. O Modelo Acusatório no Novo Código de Processo Penal Italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 15, n. 59, p. 125-155, jul./set. 1990.

ANDRADE, Mauro Fonseca (a). *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca (b). Reflexões em torno de um novo código de processo penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 61, p. 113-131, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca (c). *Código de Instrução Criminal Francês de 1808*. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca (d). A Teoria da (Indi)Gestão da Prova. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/opinião>>. Acesso em: 17 abr. 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca (e). A Atividade Probatória *Ex Officio Judicis* na Recente Reforma Processual Penal. Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=334](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=334)>. Acesso em: 22 jul. 2009.

- ANDRADE, Mauro Fonseca (f). O Ministério Público de Segundo Grau na Visão do STF. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, nº 16, p. 171-194, 2008.
- AULO GELIO. *Noches Áticas. Antología*. Tradução de Francisco García Jurado. Madrid: Alianza, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y de las Penas. Con el Comentario de Voltaire*. 1. ed. 1. reimpressão. Traduzido por Juan Antonio de las Casas. Madri: Alianza, 2002.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª ed. 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 103-194.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul Processo Penale*. Roma: Dell'Ateneo, 1946. v. I.
- CASTANHEIRA NEVES, A. A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido. In: *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Sobre o Destino*. IX. Tradução de José Rodrigues Seabra Filho. São Paulo: Nova Alexandria, 2001. Tradução de *De Fato*.
- CICERÓN, Marco Tulio. *Sobre el Orador*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Traduzido por José Javier Iso. Madri: Gredos, 2002. V. 300. Tradução de *De Oratore*.
- CICERÓN, Marco Tulio. Verrinas – La Pretura de Roma. Segunda Sesión, Discurso Primero. In: \_\_\_\_\_. *Discursos*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Traduzido por José María Requejo Prieto. Madri: Gredos, 2000. v. 46, t. I, p. 105-188. Tradução de *Verrinas*.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; ZAGREBELSKY, Vladimiro. Modello Accusatorio e Deontologia dei Comportamenti Processuali nella Prospettiva Comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, a. XXXVI, Fasc. 2, p. 435-492, abr./jun. 1993.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Fiscales “Investigadores” y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal*. Barcelona: PPU, 1988.
- ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France et Spécialement de la Procédure Inquisitoire depuis de XIII Siècle Jusqu'a nos Jours*. Paris: L. Larose et Forcel, 1882.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal. Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- ILLUMINATI, G. *La Presunzione d'Innocenza del Imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979.
- INSTRUÇÕES DE TORQUEMADA. Compilação das Instruções do Ofício da Santa Inquisição, feitas pelo mui Reverendo Senhor Tomás de Torquemada. Prior do Monastério da Santa Cruz de Segóvia, primeiro Inquisidor-Geral dos Reinos de Senhorios de Espanha. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 17-98.
- INSTRUÇÕES DE VALDÉS. Compilação das Instruções do Ofício da Santa Inquisição, feitas em Toledo, ano de 1561. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 99-131.

LANGER, Máximo. La Dicotomía Acusatorio-Inquisitivo y la Importancia de Mecanismos Procesales de la Tradición Jurídica Anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: HENDLER, Edmundo S. *Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque Histórico-Comparado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001. p. 239-268.

LOPES JR, Aury. A Opacidade da Discussão em Torno do Promotor Investigador (Mudem os Inquisidores, mas a Fogueira Continuará Acesa). *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, Ano 12, p. 10-11, nº 142, set. 2004.

LOZZI, Gilberto. *Favor Rei e Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1968.

MARQUES, José Frederico. Do Processo Penal Acusatório. In: *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal. Una Explicación Basada en la Razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

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

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RUBIANES, Carlos J. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 1. ed. 1. reimp. Buenos Aires: De Palma, 1978. v. I.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

VOLTAIRE. Comentario sobre el Libro «De los Delitos y de las Penas» por un Abogado de Provincias. In: BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y de las Penas. Con el Comentario de Voltaire*. 1. ed. 1. reimpressão. Traduzido por Juan Antonio de las Casas. Madri: Alianza, 2002. Tradução de Dei Delitti e delle Pene y Commentaire sur le Livre «Des Délits et des Peines».

WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Criminais. In: COHN, Gabriel. *Introdução*. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 1986. p. 79-127.