

## Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal

**MAURO FONSECA ANDRADE**

Promotor de Justiça. Professor da Faculdade de Direito.  
Professor do PPG da Fundação Escola Superior do Ministério Público  
do Rio Grande do Sul e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.  
Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona.  
*E-mail:* mfandrade@mp.rs.gov.br.

**Resumo:** Em 04 de junho de 2008, o Presidente do Senado Federal nomeou uma comissão de juristas que foi encarregada de apresentar um projeto de novo Código de Processo Penal. Não se trata, portanto, de uma reforma parcial, senão total de nossa lei adjetiva. Por isso, o objetivo do presente trabalho é a apresentação de alguns temas que mais freqüentemente vêm sendo alvo de discussão no meio acadêmico.

**Palavras-Chave:** Reforma – processo penal – sistemas processuais penais – reforma – ação penal.

### INTRODUÇÃO

Sem medo de cometer qualquer exagero, bem podemos afirmar que o meio científico nunca, na história do processo penal brasileiro, dedicou-se tanto a analisar e opinar sobre os institutos que regem nossa persecução penal. E motivos para isso não faltam.

De um lado, temos uma Constituição que já completou vinte anos, mas que, apesar de muitas das garantias individuais nela inseridas ainda não terem merecido a devida atenção por parte da doutrina, outras garantias a

ela vêm sendo agregadas, mesmo que se tratem de inovações trazidas do direito comparado e até então completamente desconhecidas no direito nacional. Exemplo disso foi a garantia do processo com duração razoável, inserida no artigo 5º da Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, e que até hoje carece de regulamentação para definir seus exatos limites e as conseqüências de sua inobservância, quer por parte do Estado, quer por parte do sujeito passivo da persecução penal.

De outro, estamos vivendo profundas e significativas mudanças em nossa legislação adjetiva, que motivam manifestações doutrinárias resultantes da discussão, aprovação e implementação dos projetos de reforma do Código de Processo Penal que tramitam no Congresso Nacional, muitos deles derivados dos trabalhos oriundos da Comissão Pellegrini, formada por um conjunto de juristas nomeados em 03 de fevereiro de 2000 pelo então Ministro da Justiça, José Carlos Dias. Entre as mudanças mais significativas, podemos citar as recentes reformas de dispositivos ligados à fase probatória e nada menos do que todo o procedimento do Tribunal do Júri, operadas pelas Leis nº 11.690 e 11.689, ambas de 09 de junho de 2008.

Em meio a esse cenário de clara ebulição legislativa e doutrinária, o Senado Federal sinalizou recentemente com uma proposta muito mais ousada e interessante: a construção de uma nova legislação adjetiva, desvinculada por completo da necessidade em se manter ao menos as antigas paredes do nosso sexagenário código. Em termos específicos, a Presidência do Senado Federal nomeou uma comissão de juristas, cujo encargo é apresentar um anteprojeto de Código de Processo Penal para dar suporte aos trabalhos legislativos que naquela Casa se realizam.

Por isso, o objetivo do presente texto é fazer uma análise do ato que criou a referida comissão, e apontar alguns caminhos que julgamos necessários de serem trilhados por aquele grupo de notáveis, de modo a aproximar nossa legislação adjetiva das necessidades práticas e esperanças teóricas ditadas pela dogmática processualista.

## UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

As reformas legislativas são sempre precedidas de muita discussão, inicialmente endereçadas à avaliação de sua real necessidade, e seguidas do

questionamento em torno do grau de mudanças que devem ser operadas, ou seja, se tais reformas devem ser parciais o totais em relação ao texto que se pretende alterar.

No que diz respeito ao nosso Código de Processo Penal, a sua própria idade, somada ao ambiente político em que o país se encontrava quando de sua criação, fizeram com que, logo após a entrada em vigor da nova ordem constitucional, houvesse certo consenso em torno da necessidade de uma profunda revisão de diversos de seus institutos. Assim, não nos deparamos com grandes traumas quando o Poder Executivo, ao baixar a Portaria nº 61, de 03 de fevereiro de 2000, acolheu as pretensões reformatórias que a doutrina vinha noticiando, e nomeou de um corpo de juristas, posteriormente denominado *Comissão Pellegrini*, para que levassem a cabo a tarefa de efetivar as reformas esperadas.

Embora o ato do Poder Executivo não houvesse sinalizado a extensão e método como a reforma por ele pretendida deveria ser proposta, aquela comissão de juristas optou por dividir o resultado de seu trabalho em diversos projetos; como se de uma reforma parcial do Código de Processo Penal se tratasse. E assim se fez de modo a melhor tramitarem junto às Casas Legislativas próprias, já que uma apresentação em bloco, segundo as próprias palavras da presidente daquela comissão, seria nada menos que “inexequível operacionalmente”<sup>1</sup>.

Onze foram os anteprojetos apresentados por aquela comissão, muitos deles ainda em tramitação no Congresso Nacional. Em razão disso, apesar de praticamente todos eles haverem recebidos emendas, de certa forma nossa geração se acostumou a tratar a reforma do Código de Processo Penal como algo que necessariamente deve ser feito por blocos, sob pena de ser inviabilizada em termos práticos.

Contrariando esse entendimento, e ainda que os motivos invocados para a realização de reformas parciais estejam mais que presentes nos dias de hoje, o Senado Federal deu um passo que bem pode ser qualificado como audacioso. Atendendo ao Requerimento nº 227/2008, de autoria do Senador

---

<sup>1</sup> Entre as causas para isso, afirmou GRINOVER: “A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa de um Parlamento assoberbado por Medidas Provisórias e por Comissões Parlamentares de Inquérito, tudo milita contra a idéia de uma reforma global do Código de Processo Penal” (GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 31, jul/set. 2000, p. 66).

Renato Casagrande, e após sua aprovação pelo Plenário do Senado Federal, o Presidente desta Casa Legislativa emitiu, em 04 de junho de 2008, o Ato nº 011/2008, onde criou uma comissão de juristas que tem, por finalidade, a elaboração de um anteprojeto de Código de Processo Penal. Em outros termos, um novo Código de Processo Penal, ainda que nos encontremos em meio às discussões e votações de projetos de lei resultantes da anterior comissão, nomeada nos idos de 2000.

Fazem parte dessa novel comissão os seguintes juristas: Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Félix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Sandro Torres Avelar. E o que mais nos chama a atenção no Ato nº 011/2008 foi a clara liberdade de trabalho conferida pela Presidência do Senado Federal, ao não traçar as diretrizes dogmáticas que deveriam nortear a citada comissão, tal como ocorreu com sua antecessora. Ao contrário, aquele ato expressamente determinou a necessidade de uma etapa de consulta pública para o oferecimento de sugestões, por parte de entidades e pessoas físicas interessadas no tema, havendo, como único limitativo, a obediência ao prazo de seis meses para a conclusão de seus trabalhos, contados a partir de 1º de agosto de 2008.

Essa abertura à consulta pública nos serviu de incentivo para a emissão de algumas sugestões, muitas delas de necessidade já sentida pela comunidade jurídica nacional, mas outras fruto de reflexão pessoal, realizada ao longo dos anos que dedicamos ao estudo do processo penal. Em razão disso, as linhas que seguem se prestam à materialização dessas sugestões, que melhor merecem ser entendidas como preocupações, e que abaixo serão apresentadas não sob a forma de uma proposta de redação de artigos de lei, senão por meio de linhas de pensamento que esperamos cheguem ao conhecimento dos notáveis nomeados pelo Senado Federal.

## SISTEMA PROCESSUAL PENAL

O primeiro e mais importante tema que julgamos deva merecer a atenção da comissão encarregada da redação do novo Código de Processo Penal diz respeito à definição, de modo expresso e sem meias palavras, do sistema de processo penal a ser adotado em nosso país.

Bem sabemos que a quase totalidade dos autores e tribunais que, de alguma forma, se dedicam a analisar essa questão, afirmam que em nosso

país vigora o sistema acusatório, invocando diversos argumentos para sustentar tal conclusão. Entre eles, há o fato de a Constituição Federal haver concedido a titularidade da ação penal ao Ministério Público, em razão de partirem do pressuposto de que no sistema inquisitivo não há acusadores, pois esse papel também seria desempenhado pelo julgador. Outros sustentam que só no sistema acusatório há a manifestação das garantias presentes no artigo 5º da Carta Maior. E, por fim, há quem entenda que só nos regimes democráticos é que o sistema acusatório pode se manifestar, e que o sistema inquisitivo unicamente tem espaço nos regimes autoritários. Logo, como atualmente vivemos tempos de liberdade, o sistema de processo penal a vigorar entre nós obrigatoriamente deveria ser o acusatório.

Com a devida vênia de quem assim pensa, um exame mais detalhado da história do processo penal não nos permite chegar a tais conclusões.

De início, a figura do acusador jamais foi estranha ao sistema inquisitivo. Ao contrário, seus principais regulamentos, tanto os emitidos pela Igreja Católica<sup>2</sup>, como aqueles emitidos pelos monarcas das Idades Média e Moderna<sup>3</sup>, previam a presença de um sujeito processual encarregado de acusar, ainda que o juiz-inquisidor também pudesse exercer essa função. É possível encontrar, inclusive, textos que erigiam o próprio Ministério Público como o único legitimado a oferecer a acusação, estando o juiz adstrito tão-só ao papel de julgador. Isso se vê perfeitamente na Inquisição Espanhola, considerada a mais dura entre as existentes, em razão das previsões contidas nas instruções emitidas por Tomás de Torquemada<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> **Espanha:** *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, cotejada con varios codices antiguos por la Real Academia de Historia*. Madrid: Atlas, 1972. **Portugal:** *Ordenações Afonsinas*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1786. **Alemanha:** Carolina (La). In: *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1903, volume III, parte I, p. 804-835. **França:** *Code Louis*. Ordonnance Criminelle, 1670. Testi e Documenti per la Storia del Processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 1996. Tomo II.

<sup>3</sup> GUI, Bernard. *Manuel de L'Inquisiteur*. Les Classiques de L'Histoire de France au Moyen Age. 10ª edição. Paris: Societé D'Édition « Les Belles Lettres », 1964. Tomo I. EYMERICH, Nicolau. *Manuale dell'Inquisitore A. D. 1376*. Seconda Edizione. Traduzido por Rio Cammilleri. Casale Monferrato (Italia): Piemme, 1998. KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras*. 16ª edição. Traduzido por Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2002. Tradução de: *Malleus Maleficarum*.

<sup>4</sup> Compilação das Instruções do Ofício da Santa Inquisição feitas pelo mui Reverendo senhor Tomás de Torquemada, Prior do monastério de Santa Cruz de Segóvia, primeiro inquisidor-Geral dos reinos e senhorios de Espanha, 1537. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 17-98.

Ainda em tema de titularidade da ação penal, há um completo esquecimento de que sua consolidação nas mãos do Ministério Público só se deu a partir de 1808 na França, com o *Code d'Instruction Criminelle*<sup>5</sup>, expoente máximo do sistema misto. Esse grave *esquecimento* em relação ao sistema misto se explica em razão de uma construção doutrinária artificial, que vem ganhando cada vez mais espaço em nosso país, e que prega a absoluta inexistência desse sistema de processo penal, apesar de firmar suas bases teóricas, por mais incrível que possa parecer, sem jamais haver manuseado aquele código.

Por outro lado, quanto às garantias contidas na Constituição Federal, o exame daqueles textos normativos do sistema inquisitivo também nos ajuda a perceber que, em maior ou menor medida, muitos deles continham certas garantias mencionadas expressamente em nossa Carta Maior, o que as exclui como critério apto a diferenciar o sistema acusatório do sistema inquisitivo.

Por fim, quanto à obrigatória vinculação do sistema acusatório ao regime democrático, se aprofundarmos nossa pesquisa ainda mais na história do processo penal, ficará fácil perceber que o sistema inquisitivo se manifestou, com toda a sua força, em tempos de plena democracia e justamente junto às culturas que se encarregaram de estruturar o sistema acusatório. Isso fica claro com a leitura dos textos deixados por Plutarco, Filóstrato e Aristóteles<sup>6</sup>, onde nos informam sobre a existência de crimes punidos sem a abertura de nenhum processo, sem acusação e sem defesa. Tudo isso em meio à sociedade ateniense, que, sem qualquer questionamento doutrinário, é apontada como o berço da democracia.

Como se isso já não fosse suficiente, também no direito romano, ao tempo em que a democracia atingiu o seu auge – ou seja, no período da República –, o próprio Marco Túlio Cícero, aclamado como o mais famoso orador romano, narrou situações em que pessoas eram acusadas justamente por ordem de quem iria julgá-las posteriormente<sup>7</sup>. Ou seja, o acusador não passava de um fantoche nas mãos do julgador, pois era obediente às ordens

<sup>5</sup> Code d'Instruction Criminelle. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Código de Instrução Criminal Francês de 1808*. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>6</sup> Solón. XXVIII. In: PLUTARCO. *Vidas Paralelas*. Barcelona: Orbis, 1979. V. I, p. 120. FILÓSTRATO. *Vida de los Sofistas*. Livro I. 508. 1ª imp., 1ª reim. Trad. por: María Concepción Giner Soria. Madri: Gredos, 1999. V. 55, p. 102-103. ARISTÓTELES. *La Constitución de Atenas*. 40.2. 55.2. 3ª ed. Trad. por: Antonio Tovar. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 147 e 185.

<sup>7</sup> CICERÓN, Marco Tulio. Verrinas – La Pretura de Sicilia. Segunda Sesión, Discurso Segundo. 45, 110. Ob. cit., p. 245.

emitidas pelo juiz para que este último pudesse condenar a quem previamente entendia como culpado, provocando uma nítida confusão entre as figuras do acusador e julgador.

Essa pequena recapitulação histórica nos permite constatar que nenhum dos critérios, hoje utilizados para afirmar que no Brasil se adota o sistema acusatório, está fundado em bases sólidas. Melhor seria, portanto, que houvésemos seguido o exemplo de Portugal, ao prever, de modo expresso em sua Constituição, o sistema de processo penal que lá deveria ser adotado<sup>8/9</sup>. Ou então o exemplo da Itália, que, antes mesmo da concretização da reforma operada em 1988, emitiu, por seu Governo, a Lei Delegada nº 81, de 16 de fevereiro de 1987, onde traçou as bases sobre as quais o novo Código de Processo Penal deveria ser erigido, nela constando expressamente a adoção de características do sistema acusatório.

Por tudo isso, entendemos ser de crucial importância que o futuro Código de Processo Penal, ante a omissão da Constituição Federal<sup>10</sup>, já em seus primeiros artigos aponte, de forma clara e incontestável, o sistema de processo a ser por nós seguido, pondo fim a toda uma discussão doutrinária e jurisprudencial que se arrasta desde a entrada em vigor da atual lei adjetiva. Entretanto, a importância da fixação desse marco teórico não se restringe a dar fim a uma mera briga argumentativa entre autores e tribunais.

Como já tivemos oportunidade de afirmar, a decisão sobre o sistema que deverá ser implantado em um determinado país pressupõe a definição prévia, por parte do legislador, de três critérios de política criminal que estariam relacionados: a) ao grau de eficiência de sua repressão criminal; b) ao grau de imparcialidade que se atribuirá aos juízes criminais; e c) ao grau de tecnicidade de sua persecução penal, para ajustá-la, em maior ou menor medida, aos postulados da ciência processualista atual<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Artigo 32º, 5, da Constituição Portuguesa: “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.

<sup>9</sup> Na nossa forma de ver, o local adequado para a inserção constitucional do sistema de processo penal brasileiro seria junto ao inciso LIX do artigo 5º, que passaria a ter a seguinte redação: “o processo penal será de natureza acusatória, sendo admitida ação privada nos crimes de ação penal pública, se esta não for intentada no prazo legal” (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 462).

<sup>10</sup> Segundo prevê o artigo 2.1 daquela Lei, “Il codice di procedura penale deve attuare i principi della costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nell processo penale i caratteri del sistema acusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono”.

<sup>11</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Ob. cit., p. 442-443.

Em razão disso, a fixação do sistema de processo penal adotado no Brasil em muito auxiliará na eliminação de institutos vinculados ao sistema inquisitivo – ainda hoje presentes em nossa legislação –, e servirá de obstáculo à implantação de práticas incompatíveis com o sistema acusatório<sup>12</sup>, se este, de fato, vier a ser eleito para reger nosso processo penal.

## AÇÃO PENAL PÚBLICA

Quando se fala em ação penal pública no Brasil, a vinculação ao nome *denúncia* é imediata. E isso se deve, em muito, ao fato de ninguém menos que a própria lei adjetiva de 1941 haver conferido essa designação à ação penal oferecida pelo acusador público, repetindo uma prática já constante no Código do Processo Criminal do Império (Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841)<sup>13</sup>.

Em que pese toda a tradição do termo *denúncia* estar vinculado à ação penal pública, não há como negar que ela foi construída a partir de bases dissociadas da melhor técnica legislativa, e em dissonância com os postulados do direito processual penal. Basta lembrar que o termo *denúncia*, desde a Idade Média, sempre esteve vinculado à idéia de *notitia criminis*, ou seja, à mera comunicação da ocorrência de um crime às autoridades encarregadas da persecução penal.

Não é por outro motivo que os textos históricos do sistema inquisitivo, em sua grande maioria, sempre mencionavam que o processo criminal por eles regulamentado teria início de três formas distintas, a saber: de ofício pelo juiz, por meio de uma acusação formal ou em razão do oferecimento de uma denúncia. Em outras palavras, desde aquela época é feita a necessária distinção entre denúncia e acusação, distinção esta que até hoje é mantida por praticamente todos os países que aderiram ao direito continental, tendo, como exceção, justamente o Brasil.

A pergunta que se poderia fazer é: mas qual a diferença entre denúncia e acusação? Como dito anteriormente, a denúncia, em termos técnicos, não

<sup>12</sup> Entre essas práticas, lembramos os projetos de lei que freqüentemente são apresentados no Congresso Nacional, objetivando a implantação do juizado de instrução do Brasil, que nada mais é do que a criação da figura do juiz-investigador, responsável por apurar a prática de infrações penais e, de ofício, determinar a quebra de direitos fundamentais do investigado.

<sup>13</sup> Dizia o artigo 74 deste último código: “A denúncia compete ao promotor Público, e a qualquer do povo” (PAULA PESSOA, Vicente Alves de. *Código do Processo Criminal de Primeira Instancia do Brazil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1899, p. 137).

passa de uma mera *notitia criminis*, desprovida de maiores requisitos para ser apresentada às autoridades competentes, e assim é tratada por países que nos influenciam na construção e estruturação de nossa persecução penal. Já, em relação à acusação, historicamente esteve ela submetida à satisfação de determinados aspectos formais, sob pena de a ação penal sequer ser conhecida pelo órgão judicial encarregado de seu julgamento.

Assim ocorreu, a título de exemplo, com sua fonte histórica primeira, qual seja, a *accusatio* romana, cuja formalidade consistia na menção do nome do acusado, na indicação do delito por ele praticado e na exposição da pretensão condenatória<sup>14</sup>. De lá para cá, basicamente esse é o critério que a dogmática vem utilizando para que uma ação penal possa ser qualificada juridicamente como acusação, ou seja, hão de estar presentes três requisitos essenciais, a saber: a necessidade de individualização do sujeito passivo, a descrição do fato ilícito praticado e o requerimento de sanção ao acusado<sup>15</sup>.

Portanto, para que os termos utilizados no direito nacional estejam em consonância não só com a origem do instituto da ação penal condenatória, senão também com o próprio direito comparado, julgamos ser conveniente a realização desse pequeno, mas necessário reparo técnico, a ser levado em consideração na nova lei adjetiva penal que se encontra em fase de gestação.

Com esse refinamento em nossa linguagem jurídica, substituindo o termo *denúncia* por *acusação*, deixaria o Brasil de estar isolado e equivocado no trato do tema *ação penal* frente aos demais países integrantes do direito continental. Mais que isso, permitiria uma melhor compreensão de certas terminologias e institutos tratados pela literatura não-nacional, que cada vez mais vem influenciando e sendo absorvida por autores pátrios, ao buscarmos a compreensão de diversos temas que aqui ainda são pouco explorados.

---

<sup>14</sup> CICERÓN, Marco Tulio. *Sobre el Orador*. Livro I, 46, 202. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Trad. por: José Javier Iso. Madri: Gredos, 2002. V. 300, p. 170. Trad. de: *De Oratore*.

<sup>15</sup> PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras Linhas Sobre o Processo Penal*. 2ª ed. Lisboa: s. ed., 1800, p. 79. MARQUES, José Frederico. Da Denúncia na Ação Penal. Parte I. In: *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 137. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Mallheiros, 1992, p. 75. OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O Conceito de Acusação*. São Paulo: RT, 1995, p. 96.

## PRODUÇÃO DE PROVAS

Passando à análise de questões de ordem prática, o primeiro ponto que julgamos necessário ser levado em consideração pela comissão de notáveis diz respeito à unificação dos meios de prova no corpo do novo Código de Processo Penal. Melhor explicando, entendemos deva ele prever a produção de todos aqueles meios de prova que atualmente se encontram regulados em leis esparsas, o que pode ser verificado, especialmente, em relação ao regramento das interceptações telefônicas, escuta ambiental e quebras de sigilo (bancário, telefônico, fiscal, *i.e.*).

Com a unificação sugerida, problemas como a abrangência e aplicabilidade de um ou outro meio de prova seriam evitados, já que passariam a ser previstos e regulados por um único texto normativo encarregado de sua regulamentação centralizada e uniforme.

Em seqüência, outro ponto que entendemos ser de reflexão necessária diz respeito à possibilidade de produção probatória *ex officio judicis*.

Ninguém desconhece que o exercício abusivo dos poderes conferidos ao julgador do sistema inquisitivo invariavelmente o convertia em um juiz comprometido com o resultado final do processo, que nada mais era que a condenação daquele indivíduo que violava as normas religiosas ou de convivência social. Por essa característica toda sua, Franco Cordero cunhou uma frase por demais conhecida e repetida principalmente no meio acadêmico nacional, ao afirmar que esse juiz-inquisidor desenvolveria “quadri mentali paranoidei”<sup>16</sup>.

Por certo que a imparcialidade, tal como a entendemos hodiernamente, não se fazia presente no sistema inquisitivo. Mas o que por nós deve ser questionado é se o fato de o juiz exteriorizar sua inconformidade com o material probatório apresentado pelas partes pode vir a macular essa imparcialidade, e transformá-lo em juiz que atuaria segundo a ideologia do sistema inquisitivo.

Retomando o resgate histórico que demos acima início, podemos ver que, já no berço do sistema acusatório, os julgadores do direito romano não estavam obrigados a resignar-se com as provas apresentadas pelo acusador e pelo acusado, e absolver o réu quando tivessem alguma dúvida que pudesse ser dirimida. Finalizada a fase de produção probatória, aos julgadores

<sup>16</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

populares era permitido determinar que as partes apresentassem novas e melhores provas sobre o que ali houvesse sido alegado, o que ocorria com a supremacia dos votos *non liquet* (ou seja, *não está claro*) sobre os votos endereçados à condenação ou absolvição do acusado.

Dava-se início, portanto, a uma nova fase no processo, fase esta denominada *ampliatio*, destinada justamente à ampliação do julgamento para a produção de mais e melhores provas que aquelas até então oferecidas pelas partes<sup>17</sup>. Os juízes só não partiam, eles mesmos, à busca das provas faltantes para bem julgar, em razão de o corpo de julgadores estar formado, dependendo do tribunal em que o processo tramitasse, por algumas centenas ou então milhares de cidadãos. A inviabilidade da atividade probatória *ex officio judicis*, portanto, era de ordem prática.

Passando ao exame de nosso atual contexto cultural e jurídico, países que adotam o sistema acusatório admitem, sem qualquer constrangimento, a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício, sempre que a atividade probatória das partes não tenha sido suficiente para dirimir as dúvidas que a ele se apresentem no momento de julgar. Assim se dá, por exemplo, na Alemanha<sup>18</sup>, Portugal<sup>19</sup> e Itália<sup>20</sup>, que expressamente admitem a atividade probatória *ex officio judicis* em suas legislações processuais penais.

E, quanto a este último país, ninguém menos que Franco Cordero – aquele mesmo festejado autor que vê o juiz do sistema inquisitivo como um paranóico – encara a atividade probatória do juiz, em solo italiano, como plenamente compatível com o sistema acusatório, que lá, como já visto, é adotado por expressa determinação legal. Mais que isso, esse autor textualmente afirma ser a atividade probatória *ex officio judicis* necessária ao sistema

---

<sup>18</sup> StPO, § 214 (4). O Ministério Público aporta os objetos que servem como provas. Isso também pode realizar o juízo.

StPO, § 244. (1) Depois do interrogatório do acusado, se procede à prática das provas. (2) Para a indagação da verdade, o juízo estende de ofício a prática das provas a todos os fatos e meios de prova que sejam importantes para a decisão.

<sup>19</sup> CPP, art. 340º.

1. O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

2. Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento com antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar em acta.

<sup>20</sup> CPP, art. 190

1. Le prove sono ammesse a richesta di parte. (...).

2. La legge stabilisce i casi cui le prove ammesse di ufficio (70, 195, 224, 237, 507, 508, 511, 603).

acusatório contemporâneo<sup>21</sup>, o que demonstra a perfeita convivência entre ambos os institutos, e o equívoco em se vincular obrigatoriamente o sistema acusatório ao juiz inerte, e o sistema inquisitivo à possibilidade de uma atividade probatória judicial.

É bom lembrar que esse também foi o entendimento recentemente esposado pelo legislador nacional encarregado da reforma parcial do Código de Processo Penal. De acordo com a nova redação do artigo 156 da lei adjetiva, ditada pela Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, o juiz poderá produzir prova de ofício se, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, houver alguma dúvida a ser dirimida sobre ponto relevante.

Com isso, pôs-se fim a um forte argumento, francamente utilizado contra a atividade probatória *ex officio iudicis* que já se fazia presente na anterior redação daquele mesmo dispositivo, qual seja, o de que essa atividade de ofício do juiz se justificava por estar inserida em um legislação criada durante um regime não-democrático. Entretanto, com a nova redação dada ao artigo 156, efetuada e implementada em plena vigência do regime democrático, o Brasil se junta a países como Alemanha, Portugal, Itália e mesmo Espanha<sup>22</sup> – seguidora do sistema misto –, que, por serem adeptos desse mesmo regime político, permitem ao seu juiz criminal buscar provas de ofício, sempre que o material probatório apresentados pelas partes permitir a existência de dúvidas que podem ser dirimidas antes do seu julgamento.

<sup>21</sup> Diz Cordero: “Il potete istruttorio del giudice sopravvive inalcuni contesti (...). Sono un residuo necessario questi poteri d'intervento diretto, coordinati al sistema penale italiano: azione obbligatoria nonché irretirabile; processo a oggetto indisponibile e non sarebbe più, almeno de facto, se a chi giudica fosse negato ogni accesso alla prova. Gli artt. 507 e 603 risolvono l'equazione” (CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 100-101). E, para que não se diga que a posição desse autor é isolada e vai contra a jurisprudência de seu país, é importante ressaltar que o Tribunal de Cassação italiano vem sistematicamente reafirmando não só sua adequação ao sistema acusatório, como também à Constituição Italiana. A primeira decisão nesse sentido foi proferida por aquele tribunal, através de sua *Sezione Unite*, em 06 de novembro de 1992 (nº 1227/1993, Martin). Mais recentemente, essa mesma *Sezione Unite* do Tribunal de Cassação italiano, em 17 de outubro de 2006 (nº 41281, Greco), teve oportunidade de ratificar tal decisão, em razão da nova redação dada ao art. 111 da Constituição daquele país.

<sup>22</sup> Art. 728. No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

Art. 729. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

1º. Los careos de los testigos entre sí, o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

2º. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

## PROCEDIMENTOS

Quiçá o tema que exija uma atuação mais incisiva, por parte de nossos notáveis, diga respeito aos procedimentos atualmente em vigor no nosso processo penal em geral, em razão dos critérios eleitos à hora de diferenciar os ritos aplicáveis a determinados tipos de infrações penais.

O primeiro e mais comum dos critérios utilizados na redação primeira de nossa lei adjetiva – critério esse que tem sua vida útil limitada à entrada em vigor das modificações operadas pela recente Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 –, dizia respeito ao tipo de pena prevista ao fato objeto do processo, ou seja, a diferenciação dos crimes punidos com reclusão e detenção. Em síntese, o legislador de 1941 entendeu que os crimes punidos com reclusão mereceriam uma maior atenção por parte do Estado, presumindo que neles o bem jurídico afetado é de maior relevância, e que seu ferimento provocaria uma maior repercussão social. Por isso, previu a possibilidade de as partes arrolarem até oito testemunhas, e as ponderações finais serem apresentadas por escritos, tendo autor e réu o prazo de três dias para bem examinarem o processo e apresentá-las ao juiz. Já os crimes punidos com detenção foram encarados como de solução menos complexa e de menor impacto social, motivo pelo qual as partes se vêem limitadas à apresentação de até cinco testemunhas, e as ponderações finais devem ser apresentadas de modo oral, tão-logo finde a audiência de instrução que inquiriu a última testemunha.

O mesmo se diga em relação aos procedimentos traçados pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Segundo ela, o procedimento do Código de Processo Penal fica agora dividido em comum e especial, sendo que o primeiro está classificado como ordinário, sumário e sumaríssimo. A diferença entre eles passa a ser, agora, não em razão do tipo de pena, senão em razão do *quantum* de pena previsto para o fato delituoso. E, embora as alegações finais passem a ser oferecidas de modo oral, ainda seguem presentes as mesmas limitações à prova, pois no procedimento ordinário são admitidas até oito testemunhas para cada parte, e no procedimento sumário são admitidas até cinco testemunhas para cada uma delas<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> De acordo com a nova redação dada ao parágrafo 1º do artigo 394, o procedimento comum será aquele aplicável aos delitos sujeitos a uma sanção igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade; o procedimento sumário será aquele aplicável aos delitos sujeitos a uma sanção inferior a quatro anos de pena privativa de liberdade; e o procedimento sumaríssimo será aquele às infrações de menor potencial ofensivo.

O problema é que o fundamento para essa distinção ritualística não resiste à realidade vivida pelas partes e presenciada nos processos. Fica difícil entender, só para citar um exemplo, que o bem jurídico afetado ou o impacto social provocado pelo um furto de um telefone celular ou rádio de um automóvel seja superior à ocorrência de um homicídio culposo, já que o primeiro é punido com até quatro anos de reclusão, e o segundo punido com até três anos de detenção. Da forma como foi previsto na lei adjetiva, no confronto entre o crime contra o patrimônio e o crime culposo contra a vida, é aquele que merecerá uma dilação probatória mais profunda, permitindo às partes melhor se prepararem para convencer o julgador em relação a suas teses argumentativas.

Por fim, quando se trata de incongruência na esfera procedimental, ninguém supera a Lei nº 11.343/06, vulgarmente conhecida como Lei de Tóxicos. Basta lembrar que, mesmo tendo por objeto fatos considerados como crimes hediondos e vinculados à criminalidade organizada, há uma limitação no número de testemunhas (somente cinco) a serem arroladas pelas partes, que é o mesmo permitido, a título de exemplo, para a apuração do crime de supressão ou alteração de marca em animais.

Enfim, o que julgamos necessário é a revisão dos critérios utilizados ou mantidos para diferenciar-se o poder probatório a ser conferido às partes, já que, atualmente, as situações verificadas mais vêm se prestando a provocar incongruências e confusões. Na verdade, a situação ritualística atualmente vivida no país não é muito diferente daquela denunciada por Ramos Mendes, ao afirmar que, em sua Espanha, há um leque caprichoso, volúvel e que concede oportunidades de defesa diferentes para situações que exigiriam um tratamento procedimental igualitário<sup>24</sup>.

Segundo pensamos, o processo penal mereceria tão-só a previsão de três ritos para o processamento de fatos delituosos: o rito do Tribunal do Júri, em razão das peculiaridades próprias de sua forma de julgamento; o rito para os crimes de menor potencial ofensivo; e o rito comum, que passaria a ser residual, abarcando todo e qualquer fato que não se ajuste aos procedimentos anteriores.

---

<sup>24</sup> RAMOS MENDES, Francisco. La Implantación del Jurado en el Sistema del Enjuiciamiento Criminal Español. *Revista Justicia*, Barcelona, nº 1, 1997, p. 14: "La situación actual de enjuiciamiento criminal es absolutamente insostenible, porque no tenemos un modelo claro de enjuiciamiento criminal. Tenemos un abanico caprichoso, un abanico voluble y un abanico que ofrece diversidad de oportunidades procesales para situaciones que son iguales y que necesitan un tratamiento igual".

O número de testemunhas deveria ser o mesmo para todos os crimes, independentemente do rito aplicável, e uma maior celeridade dos feitos poderia ser obtida, só para citar um exemplo, com a opção pela prevalência de manifestações finais orais por parte dos sujeitos processuais envolvidos (autor, assistente, réu e defensor), ao invés de manifestações finais escritas. Aliás, esta última foi a opção seguida na recente reforma operada no procedimento aplicável aos processos relativos ao Tribunal do Júri e aos processos comuns de rito ordinário.

## FASE RECURSAL

A fase recursal é o último grande tema que julgamos merecer, em ao menos quatro tópicos, uma atenção mais detida ao longo da construção do novo Código de Processo Penal.

O primeiro grande esforço seria o da simplificação dos recursos destinados a combater as decisões definitivas e interlocutórias proferidas no curso do processo em primeiro grau. Em outras palavras, referimo-nos ao fim do regime recursal, tal como atualmente disciplinado, que se ocupa da indicação do tipo de recurso cabível para cada espécie de decisão. Melhor seria, na nossa forma de ver, que houvesse a equiparação, no processo penal, com as hipóteses recursais do processo civil, ou seja, apelação para decisões definitivas, e agravo para decisões interlocutórias.

É bem verdade que essa simplificação já foi objeto de atenção por parte da Comissão Pellegrini. No entanto, o anteprojeto por ela desenvolvido, atinente aos recursos, ainda se encontra em tramitação no Congresso Nacional. Enquanto ele não passar a fazer parte de nossa realidade forense, ainda vamos discutir questões como a do caráter exemplificativo ou satisfativo do rol de decisões mencionadas no recurso em sentido estrito, quando a decisão a ser combatida não se encontre no elenco previsto no artigo 581 do Código de Processo Penal.

Um segundo ponto diz respeito à persecução da igualdade de armas entre as partes, permitindo que autor e réu possam dispor dos mesmos recursos no processo penal.

Ninguém desconhece que um dos postulados do sistema acusatório é a equiparação de direitos e oportunidades entre as partes, embora isso não seja encarado de forma absoluta por aquele modelo de sistema de processo penal. Aliás, esse é o caminho que parece estar seguindo o legislador atual, ao

recentemente extinguir o protesto por novo júri<sup>25</sup>, cuja existência, no processo penal brasileiro, vinha sendo mantida sob a invocação do cada vez mais superado princípio do *favor rei*. Falta agora o passo seguinte, que é o da possibilidade de o Ministério Público fazer uso dos embargos infringentes para defender sua tese acusatória, dando fim a um nítido caso de cerceamento de acusação presente em um código que, de acordo com a visão de uma ala bem conhecida de nossa dogmática, é autoritário e foi criado para arrebatar direitos somente do réu.

O terceiro ponto diz respeito à postura dos julgadores de segundo grau e de Tribunais Superiores, especificamente em relação à possibilidade de, *ex officio*, reformarem toda e qualquer decisão, desde que seja em benefício do réu. Em outras palavras, a conhecida *reformatio in mellius*.

Da forma como hoje essa *reformatio* vem sendo realizada, o órgão acusador é colhido de surpresa com uma decisão que invoca argumentos que eram de seu pleno e mais absoluto desconhecimento, já que em nenhum momento eles fizeram parte das manifestações recursais do réu. Há, em uma situação como essa, uma reforma proferida “pelas costas” do órgão 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 direitos entre as garantias constitucionais de seus cidadãos, e reconhecidamente tenham elas, como alvo principal, a figura do acusado, não nos é permitido desconhecer que essas mesmas garantias vêm sendo entendidas como aplicáveis de modo uniforme a ambas as partes<sup>26</sup>, dentre as quais logicamente se insere o Ministério Público.

Isso faz com que o acusador público esteja autorizado a invocar em seu favor, sempre quando ocorrente uma *reformatio in mellius* à sua completa revelia, o descumprimento a um mandamento constitucional, infringido quando da emissão de uma decisão de mérito, já que essa *surpresa* é tão-só admitida em decisões proferidas em pedidos cautelares, em razão de sua própria natureza. Em outras palavras, não vemos nenhum absurdo no fato de o Ministério Público pleitear a nulidade das decisões patrocinadoras de *reformatio in mellius*, sob a invocação do ferimento aos direitos constitucionais

<sup>25</sup> Artigo 4º da Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008.

<sup>26</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal. Una Explicación Basada en la Razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 141.

– a ele também assegurados – de preservação do contraditório e defesa de seus interesses no processo penal. E, inclusive, exemplo do direito estrangeiro não faltaria.

Há poucos meses, o legislador francês realizou uma importante reforma em seu processo civil, em especial no processamento dos recursos de cassação<sup>27</sup>. Em síntese, quando da tramitação desse recurso, o Presidente dos trabalhos passa a ter o dever de informar as partes sobre os motivos da cassação que poderiam ser apreciados de ofício, facultando-lhes a oportunidade para que se manifestem sobre eles<sup>28</sup>. Trata-se do primeiro exemplo legislado a reconhecer a necessidade de 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 decidir.

Portanto, entendemos que, antes de proferir decisão que venha a provocar uma *reformatio in melius*, deve o órgão julgador *ad quem* dar a conhecer ao Ministério Público os motivos que *ex officio* invoca para reformar a decisão que está sob sua análise, fixando-se um prazo razoável para que o órgão da acusação se manifeste sobre eles. Só assim nos parece que o processo penal venha a atingir seu fim ético, corrigindo-se mais esse claro cerceamento de acusação presente em nosso direito.

Por fim, há que se pensar na extinção de todo e qualquer reexame necessário no processo penal brasileiro.

O sistema inquisitivo se notabilizou por restringir a defesa do cidadão acusado de heresia, muitas vezes deixando-o exposto às arbitrariedades do juiz-inquisidor. Contra tais arbitrariedades, que em realidade não passavam de uma anomalia daquele sistema, foram criados dois mecanismos de proteção ao acusado, com o objetivo único de revisarem a conduta judicial e suas decisões.

O primeiro deles, e também o mais utilizado nas Idades Média e Moderna, foi o da *consulta*, que nada mais era do que o dever de o juiz-inquisidor submeter o processo a uma análise prévia de peritos em direito canônico e em teologia, ou então ao Inquisidor-Geral, para que recebesse

---

<sup>27</sup> Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008, relatif à la procédure devant la Cour de cassation.

<sup>28</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.

uma sinalização de como deveria julgar<sup>29</sup>. Já o segundo mecanismo, de origem lusitana, era o da *apelação de ofício*, que era interposta pelo julgador sempre que o processo versasse sobre fatos graves<sup>30</sup>.

Em razão das naturais influências produzidas pelo nosso país colonizador, por certo que no Brasil houve um predomínio na utilização da apelação de ofício, em detrimento da consulta utilizada pelos demais países europeus. E isso se faz notar ainda hoje em dia, com a existência de projetos de lei que procuram ampliar os casos de reexame necessário atualmente existentes em nossa lei adjetiva.

Contudo, ante a consolidação do entendimento de que o réu deve ser obrigatoriamente assistido por defesa técnica, cai por terra o fundamento primeiro da vetusta apelação de ofício, ou seja, suprir a ausência de um defensor que pudesse insurgir-se contra os abusos judiciais cometidos em detrimento dos interesses do acusado.

## CONCLUSÃO

O objeto desse pequeno trabalho, até mesmo pelas limitações de espaço que ele nos apresenta, não foi o de fazer um exame pormenorizado das principais questões que afetam o processo penal brasileiro. Muito menos o de exteriorizar a redação que tal ou qual dispositivo deveria receber nesse novo Código de Processo Penal pretendido pelo Senado Federal.

O que procuramos aqui fazer foi dar a conhecer essa pretensão do Senado Federal, e manifestar algumas das questões que mais a diário nos

<sup>30</sup> CAMMILLERI, Rino. Breve Storia Dell'Inquisizione. In: EYMERICH, Nicolau. *Manuale dell'Inquisitore A.D. 1376*. Ob. cit., p. 192. Instrução 4. Infrut?iones fechas ? Valladolid. Año de 1488 por el dicho feñor prior. Compilação das Instruções do Ofício da Santa Inquisição feitas pelo mui Reverendo senhor Tomás de Torquemada, Prior do monastério de Santa Cruz de Segóvia, primeiro inquisidor-Geral dos reinos e senhorios de Espanha, 1537. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés*. Ob. cit. Instrução 13. Infrut?iones fechas en Auila fechas Año 1498 por el prior de fan?ta cruz. Compilação das Instruções do Ofício da Santa Inquisição feitas pelo mui Reverendo senhor Tomás de Torquemada, Prior do monastério de Santa Cruz de Segóvia, primeiro inquisidor-Geral dos reinos e senhorios de Espanha, 1537. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés*. Ob. cit. Instrução 4. Infrut?iones fechas en Seuilla en 17 de Junio de 1500 por el reuer?ndo feñor dō Diego de deça obifpo de Palencia y depues arçobifpo de Seuilla inqñifidor general. Compilação das Instruções do Ofício da Santa Inquisição feitas pelo mui Reverendo senhor Tomás de Torquemada, Prior do monastério de Santa Cruz de Segóvia, primeiro inquisidor-Geral dos reinos e senhorios de Espanha, 1537. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés*. Ob. cit.

<sup>30</sup> Ordenações Afonsinas. Livro I, Título XXIII, Parágrafos 21 e 61, e Título XXV, Parágrafo 1. Ob. cit.

provocam reflexão, tais como: a definição expressa do sistema de processo penal a ser adotado no Brasil; a correção na designação de certos institutos; a plena aplicação da igualdade de armas e de tratamento entre as partes; a definição do papel do juiz na fase probatória; a simplificação dos procedimentos; e a extinção de institutos que hoje já não apresentam qualquer sentido em permanecer existindo. E assim fizemos na esperança de que possam, de algum modo, chegar ao conhecimento dos notáveis especialmente nomeados para esse grandioso mister.

Oxalá essas linhas atinjam seu fim.