

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Gustavo Noronha de Avila, Nestor Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-196-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade de Brasília (UnB) entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, consolidou-se a cisão entre os

Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, haja vista a diferença de objetos entre eles, malgrado a instrumentalidade deste para com aquele. Contudo, não se abandonou a visão constitucional, que deve ser o norte de ambos.

No dia dedicado à apresentação dos artigos no GT de Processo Penal e Constituição, compareceram os autores dos 19 trabalhos aprovados, e que ora fazem

parte dos presentes anais. A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. Aliás, o número relativamente pequeno de artigos aprovados, se comparados a outros eventos organizados pelo Conpedi, fez com que o debate fosse altamente incentivado e privilegiado, possibilitando o intercâmbio de pensamentos, de discussões e de oitiva de posicionamentos contrapostos, dentro do espírito livre que deve ser preservado na academia.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados manteve-se na seguinte ordem: processo penal constitucional (6 trabalhos); relações entre direito processual penal

direito processual civil (2 trabalhos); relações entre o direito penal e o direito processual penal (3 trabalhos); investigação criminal (3 trabalhos); e provas no processo penal (5 trabalhos). A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal e da imediata atualização do Código de Processo Penal. Entretanto, alguns poucos trabalhos flertaram perigosamente com a relativização de princípios processuais penais, bem como com o afastamento do sistema acusatório, o que não deixa de ser preocupante em um momento de total autoritarismo processual penal, com o qual a Universidade não pode compactuar.

É certo que o papel persecutório estatal deve ter como premissa a Constituição Federal e os documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, sem deixar de considerar o igual

protagonismo da tutela das liberdades individuais. O debate nacional que envolve a tensão entre segurança pública e liberdades individuais não pode deixar de ter seu foco no indivíduo e nos direitos e garantias consolidados no texto constitucional.

Aqui vale a lembrança do que foi exposto no prefácio da obra organizada neste GT, por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, realizado em Belo Horizonte em 2015: “Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construírem um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos”.

E vale acrescentar: nunca contra a Constituição Federal, nunca se esquecendo dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, mas sempre de braços dados

com ela.

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos de Resende (Universidade de Brasília – UnB)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (UNICESUMAR)

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza -

DA INADMISSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA PROVA PRODUZIDA EX-OFFICIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE EX OFFICIO EVIDENCE IN BRAZILIAN LAW

Carlos Luiz de Lima e Naves

Resumo

Ao investigar a legislação processual penal em vigor, depara-se com um preceito normativo que tem provocado acirradas discussões na doutrina ao permitir ao magistrado a busca ex-officio de provas, caso se constate dúvida relevante sobre fatos alegados pelas partes. Tal controvérsia centra-se no fato de que a Constituição da República de 1988 teria instituído o sistema acusatório cuja principal função seria delimitar a atuação especificamente do julgador, ao conceder exclusivamente às partes a gestão da prova no processo penal. Assim, levando ainda em consideração o princípio do devido processo, concluir-se-á pela inadmissibilidade da prova ex-officio.

Palavras-chave: Devido processo constitucional, Gestão das provas, Ativismo probatório, Princípio estruturantes e o acusatório, Estado democrático de direito, Inconstitucionalidade da prova ex-officio

Abstract/Resumen/Résumé

The main point of this text is to build a solid argument to invalidate the searching for evidences eventually stirred ex officio by the judge during the criminal trial. The adversarial system emerges from the due process of law as a limit on judge activity. From this it will be recognized the state based on justice and integrity, established by the brazilian Constitution from 1988, do not admit an evidence biased by the judge.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State of law, Due process of law, Constitucional principals and adversarial system, The adversaries evidence management, Unconstitutionality of the ex officio evidences

INTRODUÇÃO

A ideia central desse artigo é determinar a inadmissibilidade hermenêutico-constitucional da prova condenatória produzida *ex-officio* pelo juiz. Tratar-se-ia de um limite intrínseco à atuação do julgador dentro do recente paradigma do Estado de Direito Democrático (EDD) já inserido nos principais ordenamentos nacionais. A partir disso, reconhecer-se-á ainda que o modelo constitucional do processo é o único (até então desenvolvido pela doutrina) que se compatibiliza plenamente com a ordem vigente no Brasil.

Certo é que ao investigar a legislação processual penal infraconstitucional brasileira depara-se com um preceito normativo comum e um tanto polêmico. Trata-se da norma que permite ao magistrado a busca *ex-officio* de provas, na hipótese de se constatar dúvida relevante sobre fatos alegados pelas partes. Esse problema ganha ainda mais importância (e consequentemente preocupação) quando tal elemento é o único colhido nos autos capaz de lograr a condenação do réu.

Para além do fato de o próprio Juiz avaliar a prova que ele mesmo produziu (o que, por si só, já levantaria suspeitas sobre a capacidade de um indivíduo examinar, com neutralidade, os próprios atos), tal iniciativa poderia romper com a simétrica paridade entre as partes, bem como com o sistema acusatório, entendido este como princípio que delimita previamente as funções de cada sujeito por meio das suas respectivas atividades típicas.

Por outro lado, como etapa imprescindível para a construção do conhecimento, deve-se destacar também a posição dos defensores do ativismo judicial no âmbito probatório dentro do processo penal. Segundo essa corrente, o juiz (na posição de destinatário das provas) somente poderá apreciar com precisão os pedidos deduzidos, assim que cessar (dentro da reserva do possível) qualquer dúvida que paire sobre a procedência ou não dos fatos alegados pelos sujeitos processuais. Tratar-se-ia, assim, de um conflito entre princípios constitucionais, sobre o qual a prevalência de um não significaria a violação do outro.

Diante disso, surge o problema que se pretende resolver: A garantia do devido processo constitucional, por meio do princípio da simétrica paridade entre as partes, limita a atuação do juiz na produção *ex-officio* da prova condenatória? Violando tal princípio, é possível relativizá-lo em face do suposto princípio da verdade real ou material?

Para responder a essas indagações, o texto foi desenvolvido no sentido de fundamentar a hipótese que se apresenta, desde já, nessa breve introdução. Isto é, diante do modelo constitucional do processo penal em vigor no EDD, a decisão de natureza imperativa e restritiva de direito só obtém legitimidade almejada pelo direito na hipótese de ter sido

aquela respaldada pelo cumprimento integral dos princípios que norteiam as funções de poder do mesmo Estado. Nesse sentido, a iniciativa judicial para produzir uma prova de ofício, no procedimento em contraditório e otimizado pelo sistema acusatório, poder-se-ia caracterizar como antecipação de um julgamento em favor de uma ou de outra parte, o que, por si só, desequilibraria os fundamentos de um discurso de aplicação da norma penal e retira a legitimidade do julgamento, configurando como um ato ilegal. Isso tudo é o que será devidamente demonstrado e fundamentado a seguir.

1 BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA SOBRE A EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO PROBATÓRIO

Investigar as particularidades do processo penal do passado significa, no fundo, descobrir o grau de desenvolvimento dos instrumentos democráticos que predominaram em cada período histórico. (LOPES, 2012, p. 67). Admite-se, contudo, que, embora dissertar sobre a história jurídica pudesse consumir um trabalho por si só, nesta investigação serão necessárias abordar, ao menos e brevemente, duas fases do direito que (em razão de sua relevância) desempenharam grande influência nos ordenamentos jurídicos nacionais. Tais períodos são identificados por construírem os dois principais modelos de sistemas processuais que, até os dias de hoje, orientam os legisladores e suas respectivas inclinações políticas.

Iniciando-se essa regressão, como não poderia deixar de ser, abordar-se-á sucintamente o direito em Roma. Adverte-se, contudo, que diversos dispositivos ali existentes não foram criados primeiramente pelos patrícios. Entretanto, conforme o escritor Almeida J. Assinala, o direito romano apresentou os mais elevados níveis de organização jurídica para a respectiva época, contribuindo decisivamente para a construção de aparelhos públicos extremamente eficientes. (ALMEIDA J., 1920, pp.34/51). Por essa razão, opta-se por destacá-lo aqui de forma individualizada.

Como se sabe, o sistema acusatório puro ter-se-ia atingido o seu ápice durante o auge da República de Roma. Uma das primeiras medidas adotadas nesse período foi estabelecer um método investigativo com base nos vestígios deixados pelos atos tidos como violadores à ordem vigente. (ALMEIDA J., 1920, pp.34/51). Tal medida representava uma revolução ao pensamento da época, eis que ainda naquele contexto global prevaleciam as fórmulas místicas de métodos como as ordálias. (PRADO, 2004, p.76).

Além disso, outra alteração importante creditada aos patrícios foi a mudança do sujeito responsável pela condução investigativa. Embora nos primeiros anos da República, os

juízes ainda possuísem alguma participação ativa na construção do material probatório, com o passar dos séculos, essa tarefa foi sendo delegada gradual e exclusivamente às partes interessadas. Ao término desse movimento, nota-se que houve a eliminação integral da participação dos Pretores na fase instrutória.

Portanto, depreende-se aqui a mais importante contribuição do direito romano para o estudo em tela. É inegável reconhecer que com as duas medidas adotadas pelos romanos, criou-se uma clara e bem delimitada divisão de tarefas entre os sujeitos interessados. Enquanto o acusador procedia a investigação, ao pretor cabia apenas a tarefa de apreciar os elementos colhidos pelas partes.¹

Contudo, em que pese esse procedimento ter-se destacado como um modelo de sistema processual notoriamente avançado para o período em exame, alguns desgastes provenientes da sua má utilização provocaram o desaparecimento de algumas figuras já consagradas pelo direito romano, chegando à total insustentabilidade do modelo acusatório sob o ponto de vista social. Apenas a título elucidativo, um dos aspectos que gerou muito descontentamento pelos patrícios foi o fato de um particular poder confrontar-se com o outro, independentemente das condições e capacidades individuais constatadas, provocando-se a impunidade em alguns casos e a facilitação da acusação falsa em outros.

Assim, com a ascendência do império, alguns conceitos jurídicos provenientes da República foram caindo em desuso. As províncias ao redor da Cidade-Estado passaram a adotar procedimentos próprios e a Igreja Católica começou a influenciar de forma mais incisiva o comportamento político-social. Os atos processuais (que até então já eram consolidados) foram perdendo gradualmente algumas das características mais elementares do sistema acusatório. Dessa forma, a oralidade cedeu lugar à escrita e o papel investigativo retornou a cargo do próprio Julgador. Segundo a doutrina, esse era o início do sistema inquisitório. (ALMEIDA J., 1920, pp.34/51).

A inquisição, contudo, só ganhou um corpo próprio no século XIII d.C. Segundo se extrai de registros históricos, somente a partir da publicação da Decretal pelo então Papa Inocêncio III, pode-se afirmar que o princípio da inquisição ganhou autonomia jurídica. Sustentado pelo clamor público, o intuito inicial desse novo corpo normativo era ordenar a condenação dos hereges de forma mais eficaz possível.

¹ Como se sabe, o início do rito romano dava-se com o recebimento da acusação pelo Pretor. Por outro lado, o acusador obtinha do julgador poderes necessários para proceder à investigação. Nessa autorização, havia o direito de inquirir testemunhas; intimá-las para comparecer em julgamento; realizar busca e apreensão de objectos e documentos etc. Ou seja, todo o poder investigativo era empregado em favor do acusador. (ALMEIDA J., 1920, pp. 21/33)

Com o evidente progresso da justiça eclesiástica, logo os Estados nacionais (muitos dos quais ainda estavam em formação) também passaram a adotar o sistema inquisitorial nos próprios ordenamentos jurídicos. O reflexo dessa mudança de paradigmas foi sentido, particularmente, no processo criminal das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Curioso destacar que esses foram os principais dispositivos normativos aplicados no território brasileiro, perdurando até a declaração da independência em 1822. (ALMEIDA J., 1920, pp. 151/167). As características essenciais da atuação do julgador foram definidas pela inquisição e pormenorizadamente analisadas por ALMEIDA J. Segundo o escritor, além do procedimento ter-se caracterizado pela forma escrita, a formação de culpa ocorria *a priori* de uma acusação formal, sendo que a sua instrução ficava a cargo do juiz, que assim determinava *ex-officio* os atos secretos.

Tal cenário só sofreu alteração substancial já no final do século XVIII, quando a sociedade passou a exigir o respeito aos incipientes “direitos do homem”, nomeadamente, os direitos de: liberdade, igualdade e fraternidade. Os iluministas compreenderam que somente a divisão previamente determinada das funções típicas de cada poder poderia otimizar as atividades estatais que tinham sido todas elas entregues, por séculos, às autoridades religiosas e, em seguida, aos déspotas monarcas.

No Brasil é importante destacar que a nossa primeira Constituição, outorgada em 1824, foi sensivelmente influenciada pelo pensamento liberal iluminista, Carta esta que confiava no poder judiciário a proteção de garantias e direitos dos homens. Em seguida, oito anos após a promulgação da Lei Maior, inspirado no *Code D’Instruction Criminale française* de 1808, foi promulgado o Código de Processo Criminal que trouxe inovações importantes em relação ao ordenamento Filipino, até então em vigor. Em conformidade com o referido estatuto produzido na era napoleônica, o Código de Processo brasileiro limitou o segredo de investigação à fase pré-processual. (ALMEIDA J., 1920, pp. 168/187).

O segundo e atual Código de Processo Penal foi elaborado, durante o regime do Estado Novo, pelo governo, do então Presidente da República, Getúlio Vargas. O projeto com autoria do executivo converteu-se em decreto-lei de nº 3.689, em 1941. De acordo o jurista Aury Lopes Jr., o legislador brasileiro (orientado pelos ideais fascistas) atribuiu ao julgador o poder de gestão da prova, por meio do art. 156 do CPP. (LOPES JR., 2012, p.135). Poder esse que foi mantido também na reforma do CPP em 2008. O discurso oficial baseava-se no entendimento, segundo o qual, o juiz seria o único sujeito processual capaz de observar as deficiências probatórias dos autos, sem exatamente antecipar o juízo de culpa, eis que estaria protegido formalmente pela posição de imparcialidade.

Em verdade, é possível deduzir que a medida era impulsionada pela compreensão política dominante da época, de acordo com a qual, o Estado-Social poderia concentrar suas atividades em torno de si mesmo, desde que, fundamentado por objetivos nobres, como a revelação da verdade. Tratar-se-ia da ideia de que somente a verdade alcançaria a decisão justa e, assim, validaria o julgamento ao restabelecer a ordem social. (PRADO, 2004, p. 29).

Ocorre que esse modelo teve que ser revisto pelo Estado contemporâneo. Ao desenvolver as Constituições mais modernas (como a Carta Magna brasileira de 1988), certo é que os constituintes dispuseram de uma série de garantias que, no cenário atual, mostram-se totalmente incompatíveis com o *status quo*. O legislador constituinte optou por um modelo de Estado democrático, cujas funções são previamente determinadas a fim de que nenhum órgão ou função de poder pudesse se sobrepor em qualquer tipo de relação com o indivíduo. A democracia, no contexto atual, exige a participação em simétrica paridade das partes na construção de provimentos estatais com poder de império, sob pena de não aceitação daqueles que serão afetados pela intervenção restritiva. O modelo anterior deve ser, portanto, reinterpretado à luz do paradigma constitucional inaugurado em 1988.

2 DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL: O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL E O SISTEMA ACUSATÓRIO

“A teoria das exceções e dos pressupostos processuais”, obra de grande prestígio para a ciência jurídica, escrita por Oskar Von Bülow, representou um marco importante para os estudos do processo no mundo inteiro. Bülow compreendeu o processo como uma relação jurídica entre os sujeitos processuais que não necessariamente correspondia a uma relação de direito material.

Posteriormente, os primeiros fundamentos traçados por Bülow foram sendo aperfeiçoados por outros processualistas, como: Wach e Chiovenda. Segundo a teoria desenvolvida por esses dois últimos autores, o processo penal deveria ser considerado como um ramo do direito que representasse uma relação jurídica pública, autônoma e complexa, da qual se extraíam direitos e obrigações recíprocos às partes envolvidas. (LOPES, 2012, p. 95).

A grande vantagem trazida por essa teoria desenvolvida pelos autores acima pode-se atribuir à natureza do réu no processo, que deixou de ser um mero objeto do conhecimento inquisitório (contra quem seria aplicada uma sanção), transformando-se, verdadeiramente, em um sujeito de direito. (LOPES, 2012, p. 39).

No entanto, à medida que se foi expandindo, tal concepção ganhou cada vez mais adeptos, incorporando alguns elementos não originais, até alcançar a teoria instrumentalista do processo. Para além da função de solucionar o caso concreto, segundo os ensinamentos do jurista italiano Liebman, o processo deveria ser entendido como um instrumento de justiça social. Um bom juiz é aquele que consegue prever todas as consequências de sua decisão, preferindo aquela que mais se aproxime da paz social. Nesse mesmo sentido, de acordo com Dinamarco, a visão instrumentalista defende a ideia segundo a qual, o processo é o instrumento para o exercício do poder jurisdicional e, por meio desse, delega-se ao juiz a responsabilidade de obter os fins sociais da medida (ao lado da solução do caso concreto).

Não é difícil de constatar que tal vertente alinha-se à ideologia do Estado Social, eis que atribui ao julgador poderes para avaliar a justiça e a utilidade de suas decisões, permitindo que os fundamentos ultrapassem as finalidades jurídicas do mesmo instrumento. Contudo, embora sejam nobres os propósitos dessa teoria, a ciência jurídica ensina que a concessão de poderes ao julgador para, ele próprio, analisar o que é justo ou injusto (em cada caso particular) representa, na realidade, graves distorções contra a aplicação do direito.

Nem todos os juízes são providos de mensageiros da justiça e esse fardo não pode ser-lhos atribuído, genericamente. A habilidade pessoal de avaliar uma decisão equânime depende do contexto sócio-cultural em que cada indivíduo esteja inserido. Trata-se de valores pessoais que não necessariamente serão compartilhados numa sociedade plural sobre a qual nenhum ser humano poderá avaliar individualmente.

2.1 Dos princípios estruturantes do processo penal constitucional

2.1.1 O princípio do devido processo constitucional como procedimento realizado em contraditório, em ampla defesa e em simétrica paridade entre as partes

Com o objetivo de adequar a teoria do processo com as novas exigências sociais, distanciando-se do caminho adotado pela visão instrumentalistas, a doutrina encontrou na obra de Elio Fazzalari elementos capazes de harmonizar os novos propósitos processuais com o paradigma do Estado de Direito Democrático garantido pela nova ordem constitucional.

Como fundamento primordial de sua doutrina, o jurista italiano procedeu a distinção entre processo e procedimento. De acordo com Fazzalari, o processo é um procedimento realizado em contraditório, entendendo-se o procedimento como uma sucessão de normas até a realização do ato final dotado de imperatividade. Nas palavras do próprio escritor:

Nel processo moderno, quello che risponde ai principi costituzionali degli ordinamenti democratici moderni, le due parti sono sempre indispensabili. Il principio fondamentale del processo, la sua forza motrice, la sua garanzia suprema, è il principio del contraddittorio. (FAZZALARI, 1989)

Com o fim da II Grande Guerra, e com o início do processo de redemocratização dos países europeus, a teoria fazzalariana foi sendo incorporada aos estudos filosóficos mais modernos acerca da participação direta do indivíduo na construção de provimentos estatais. Apoiado numa visão participativa e discursiva elaborada notoriamente por Jürgen Habermas, a decisão (como ato final do processo) passou a exigir uma característica um pouco mais palpável e desprovida de escopos metajurídicos (típicas de um estado autoritário e intervencionista). Isto é, muito além de alcançar a pacificação de conflitos e a equidade do *decisum*, o processo deve resultar em uma sentença legítima, sendo que é exatamente a participação das partes é o que vai promover a legitimidade da decisão futura.

Andolina e Vignera, em obra pioneira, utilizaram-se desses ensinamentos para elaborar uma verdadeira doutrina de processo-constitucional. Segundo os autores, também italianos, o processo é disciplinado por princípios previstos constitucionalmente, sobre os quais a legislação infraconstitucional deve-se orientar e os autores (interessados) do direito devem obediência.

No Brasil, tal tendência foi aprofundada pelo jurista José Alfredo de Oliveira Baracho que, em sua obra publicada em 1984, defendia que o fato de o processo basear-se em princípios constitucionais garantiria ao indivíduo-interessado maior efetividade no cumprimento dos demais direitos fundamentais. O processo seria formado, então, por princípios estruturantes, por meio dos quais, a participação do interessado tornar-se-ia imprescindível para a construção do provimento estatal. (DIAS, 2010, cit., p. 33)

Nessa visão, os atos judiciais não mais seriam praticados de forma solitária pelo julgador, mas sim, acompanhados de uma estrutura principiológica (devido processo constitucional), permitindo que os interessados pelo provimento também pudessem ser considerados verdadeiros autores dos mesmos. A fórmula consagrada pelo princípio do devido processo constitucional é simples: desvincular o julgador de qualquer elemento subjetivo que afetará a livre apreciação dos fatos (provas) e do conteúdo argumentativo. Além disso, permite-se a participação das partes por meio de um conjunto principiológico composto pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, que juntos formam um ambiente adequado para o discurso de aplicação da norma penal. (OLIVEIRA, 2002, p.69).

Nesse contexto, assume a relevância da privilegiada relação do direito com a democracia, como frisamos anteriormente, mas não com uma democracia qualquer, fulcrada na mera declaração formal de respeito aos direitos fundamentais e numa vinculação passiva entre governados e governantes e sim na real democracia participativa, integradora e solidária, com inegável repercussão no plano do processo penal, de sorte que a cultura democrática aos poucos poderá ser desenvolvida pela conscientização da forma democrática da sociedade conviver. (PRADO, 2004, p.40)

Isso possibilita que qualquer membro da sociedade seja julgado em igualdade de condições, independentemente das qualidades ou habilidades pessoais que a teoria instrumentalista do processo teria atribuído ao agente público enquanto juiz. Não se exige desse agente outra característica senão boa formação técnica. Afinal, é realmente injusto depositar toda a confiança e expectativa social em pessoas, cujo único papel atribuído constitucionalmente é de avaliar juridicamente os fatos através de um exame técnico. A espécie de juiz Hércules (ou seja, aquele supostamente dotado de cultura jurídica, formação técnica, inteligência, sensibilidade, e talentos sobre-humanos, conforme lições de Dworkin) não tem espaço dentro de um Estado Democrático de Direito.

Uma atividade decisionista do juiz, baseada na sua credibilidade social mas intangível pelas partes, na medida em que se apresenta como exercício da sua potestade, máxima representação da sua vontade pessoal, não é legítima, mesmo quando parece mais eficiente porque atende às pautas de repressão penal. Assim, não é legítima a decisão do juiz que condena o acusado porque a maioria das pessoas quer esta condenação. A legitimidade da condenação e a validade jurídica da sentença dependem da correspondência entre aquilo que afirma o juiz e as provas lícitas produzidas no curso do processo. (DIAS, 2010, p.35)

No mesmo sentido, o jurista italiano Ennio Amodio entende que o Estado Democrático criou um corpo devidamente estruturado por garantias que serve como obstáculo para a atuação monopolizada do magistrado na jurisdição, sobretudo, penal. O juiz, há muito, não pode ser, nem receber o título de “*Corpo dello Stato*”, pois esse exerce apenas uma das funções destinadas para a jurisdição. (AMODIO, 2003, p.101).

Esse paradigma, ao contrário do anterior, pretende possibilitar a aplicação máxima possível dos direitos fundamentais aos seus respectivos destinatários. Com tal conjunto normativo de garantias, é possível não apenas suprir os atos indevidamente negligenciados pelo legislador na esfera jurisdicional, mas principalmente, corrigir aquelas normas ordinárias que restringiram ilegítimamente os próprios direitos fundamentais. A consequência natural é a redução do sentimento, ou melhor do “fingimento judiciário”, por meio do qual o juiz

utilizava-se do processo apenas para legitimar um pré-julgamento que ele mesmo já tinha concebido ao receber os autos pela primeira vez.

2.1.2 O princípio do sistema acusatório como elemento condicional ao Estado de Direito Democrático

De tudo que foi exaustivamente dissertado, percebe-se que a teoria do processo constitucional encontra coerência técnico-teórica tanto na doutrina de processo civil, quanto dos processos administrativo, tributário e penal. Mas, a esses o processo penal não se deve igualar. A justificativa é simples.

O direito penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico. Por essa razão, esse ramo do direito somente poderá ser provocado quando as suas consequências - agressivas e contundentes – restarem-se como a única forma de dar efetividade às outras garantias constitucionais. E mais. Em consideração ao princípio da proporcionalidade, o Estado deve garantir aos indivíduos instrumentos mais eficazes de defesa à medida que as consequências de um processo judicial tornarem-se também mais sérias e gravosas para a esfera pessoal de cada um. Consequentemente, as garantias do acusado devem ser, assim, proporcionais às consequências de uma condenação criminal.

Pois bem. O princípio do acusatório vem justamente, no atual contexto jurídico, para preencher essa lacuna natural da teoria geral do processo como o método mais eficaz no sentido de potencializar os princípios estruturantes do processo constitucional em favor do acusado num processo criminal. Somente através do respeito incondicional à matriz do sistema acusatório, o réu poderá oferecer defesa à imensa desvantagem em que se encontra dentro de um processo-crime.

Acreditamos sinceramente que a eleição ideológica do sistema acusatório é uma natural consequência das influências do princípio democrático em relação ao direito, uma vez que a separação dos poderes, projectando-se como mecanismo de viabilização da soberania popular, identifica na atuações legislativa e judicial esferas distintas quanto à origem das respectivas investiduras, de sorte a conceber também modos diferentes de captação e orientação epistemológica e normativa das acções desenvolvidas em ambos os campos. (PRADO, 2004, p. 35)

Definir, todavia, o exato alcance desse sistema necessitar-se-ia de um exame mais detalhado pela história e pela dogmática jurídica o que nos afastaria dos propósitos dessa investigação. Por ora, faz-se mister assegurar apenas que, desde Roma até as legislações mais

modernas, só existe um elemento comum e peculiar (princípio informador)² a todos os sistemas que assim foram declarados como acusatórios. Trata-se da divisão precisa das funções entre os sujeitos processuais. Assim afirmou Moreno: “*La separación de las funciones de investigar y juzgar y su atribución a órganos judiciales diferentes, constituye una pieza clave de nuestro sistema procesal penal.*” (MORENO, 1999, p.105)

Seguindo com maior profundidade, a doutrina defende que dessa divisão sobreveio exatamente o princípio fundante dos dois sistemas. Ou seja, aquilo que os caracteriza como tais, isto é, a gestão da prova. Enquanto que, em um sistema a gestão compete às partes (acusatório), no outro essa cabe exclusivamente ou concorrente ao julgador (inquisitório).

Assim, dentro do sistema inquisitório, o juiz (sob a orientação de alcançar a verdade real) acolherá a permissão do legislador para se deslocar da posição central e imparcial, a fim de contribuir, sobremaneira, com a acusação, evitando-se a impunidade a qualquer custo daqueles que violariam o ordenamento jurídico. O princípio do acusatório³ segue justamente o caminho inverso ao modelo anterior, ao impedir a prática de qualquer atividade (pelo juiz) que não seja tipicamente de julgador, impedindo-se a arbitrariedade nos julgamentos.⁴

Sendo mais contundente, Geraldo Prado afirma que princípio do acusatório serve especificamente para garantir a imparcialidade do julgador, eis que lhe afasta de uma atividade que lhe projeta a um resultado final, sobre o qual ele mesmo seria obrigado a avaliar na fase decisória. Segundo o escritor: “Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.” (PRADO, 2004, p.134).

No mesmo sentido, Ferrajoli também elucida essa questão afirmando que, no sistema acusatório, o juiz deve-se manter passivo diante das atividades típicas de um sujeito parcial (parte). No final, diante de sua própria ou íntima convicção, este agente terá mais aptidão para

2 Seguindo esse raciocínio, o sistema acusatório, assim como qualquer outro modelo, deve ser analisado nos termos em que KANT preconizou. Isto é, os princípios unificadores devem contribuir para o intercâmbio com o conjunto de regras comuns. (KANT, 2001).

3 De mais a mais, apenas a título de reiteração, o princípio do acusatório encontra respaldo nos principais ordenamentos jurídicos internacionais, incluindo Brasil e Portugal. Contudo, enquanto que a Constituição lusa prevê-lo no art. 32, a CRB o faz de forma implícita (fruto, portanto, de uma interpretação sistemática constitucional), mas cuja discussão já se encontra pacificada tanto em doutrina quanto da análise da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros (HC 84.580-1, Rel. Min. Celso de Mello - DJ 25/08/2009). Segundo se infere do escritor Aury LOPES JR., os princípios que informam o processo e democratizam o Estado compartilham a mesma base epistemológica do sistema acusatório. Desse modo, a Constituição brasileira ao invés de declará-lo expressamente, descreve todas as suas características de forma diluída no art. 5º, inc. LV, LVII, art. 92 e art. 129 todos da CR/88.

4 A construção teórica do princípio acusatório há de consumir-se mediante oposição ao princípio inquisitivo. São antagônicas as funções que os sujeitos exercem nos dois modelos de processo. É desse antagonismo, portanto, que as diferenças devem ser extraídas. (LOPES JR., 2012, p.134)

definir aqueles fatos ou argumentos mais convincentes, sem ter sido contaminado pela construção das mesmas versões.

Precisamente, se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción (FERRAJOLI, 1995 p.564).

Esse entendimento já vem sendo adotado por alguns tribunais no Brasil, como Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que concedeu ordem em sede de Habeas Corpus de n. 70003938974 impetrado com o objetivo de invalidar a prova produzida de ofício nos autos de um processo em primeira instância. Argumentou-se que a participação da magistrada na instrução probatória violava a imparcialidade do cargo. O TJRS reconheceu que o sistema acusatório atribuía tal atividade (gestão da prova) exclusivamente às partes, pelo que a intromissão indevida desequilibraria a disputa argumentativa, tornando-se nula a prova.

2.2 O processo penal como garantia de cumprimento dos direitos fundamentais

O direito, como fruto da sabedoria de poucos ou da tradição de muitos, não mais satisfaz aos anseios de uma sociedade que valoriza a pluralidade de crenças e de pensamentos, em que se cobra, portanto, a sua preservação. (LEAL, 2005, pp. 08/09). O mesmo ocorre com os processos judiciais.

A virada democrática (pós II Guerra) estabeleceu quatro princípios processuais estruturantes que proporcionam a co-participação dos verdadeiros interessados no provimento estatal a fim de reequilibrar as forças entre os mesmos sujeitos. O modelo constitucional de processo passou a representar para a sociedade pós-moderna a possibilidade concreta de os interessados tornarem-se os autores do próprio direito. O juiz, ao seu turno, assumiria a função de controlador do cumprimento daquelas mesmas garantias previstas constitucionalmente.

O processo é, dessa maneira, a garantia de que tais preceitos possam ser interpretados (construídos, reconstruídos e afirmados) dentro de um espaço argumentativo lógico-coerente, possibilitando ao máximo a efetividade dos direitos fundamentais dentro de uma democracia participativa. Muito além de observar a tramitação do processo como uma pedra fincada em um leito de um rio, o papel do juiz deve ser ativo no sentido de garantir que as partes jamais sobreponham suas forças umas sobre as outras. Aliás, essa é a lição que extraímos do

pensamento do escritor Reis Novais, ao dispor sobre as funções do Estado. Segundo o catedrático português, além de respeitar os direitos fundamentais, o Estado (*in casu*, representado pela jurisdição) deve fiscalizar, proteger e promover a sua aplicação. As duas últimas ações só são desempenhadas mediante a participação ativa fiscalizativa pelo julgador. (NOVAIS, 2010, p.65)

Portanto, a maior distinção entre o modelo acusatório atual (que se propõe nessa investigação) e o *adversarial system*⁵ (proveniente dos países de origem anglo-saxã) centra-se exatamente nessa função, pelo que não se deve confundir o processo de partes com aquele orientado pelo princípio do sistema acusatório. Conforme a escritora Ada Pallegriini adverte, deve-se classificar como *adversarial system* todo modelo que delega exclusivamente às partes a condução do processo e a produção probatória. No caso do atual processo orientado pelo sistema acusatório, o juiz poderá intervir, desde que, flagrante a possibilidade de o acusado restar-se injustamente condenado. (GRINOVER, 1999, pp. 71/79.)

2.3 A reconstrução dos fatos históricos e a verdade como correspondência

Se for verdade que é exatamente através do exame metodológico do processo que se descobre o maior ou menor grau de desenvolvimento dos instrumentos democráticos de um Estado, mais certo ainda é que no campo da obtenção de meios de prova que a ideologia processual dominante revela sua face. Afinal, é exatamente da Constituição da República que se extrai a interação entre provas, bem como a dignidade da pessoa humana e o devido processo constitucional. (MENDES, 2004, p.147). Assim, torna-se de extrema relevância a definição da prova para se alcançar o posicionamento da doutrina acerca das finalidades do processo penal.

De acordo com Delmas-Marty o sistema de obtenção de prova possui em si dois aspectos que se confrontam. Por um lado, o desejo de se descobrir a verdade, por outro, a aspiração pela produção conforme os meios legais. A escritora adverte que a certeza da culpa

5 O modelo escolhido nos países pertencentes a common-law, como se sabe, é baseado no sistema adversarial em que se preserva às partes o dever de deduzir e colher a provas necessárias para fundamentar a pretensão em juízo. Segundo a escritora Ada Pelegrini, o adversarial system não deve ser confundido com o modelo acusatório continental. Isso porque, de acordo com a tradição britânica, a forma adversarial aplica-se tanto para o processo civil quanto criminal e caracteriza-se pela condução do processo às partes. Ao contrário do que ocorre com o inquisitorial-system que é conduzido por impulso oficial. Nos termos do sistema anglo-saxão, o juiz não poderá, sob hipótese alguma, intervir no sentido de produzir provas, eis que violaria o princípio da fair-trial. O julgador, em respeito ao adversarial system, deverá, dessa maneira, actuar como um árbitro de uma partida esportiva, cuja postura reflecta apenas a incomunicabilidade e a inflexível passividade. (GRINOVER, 1999, p. 71/79.) Conforme lições de Costa Andrade, o juiz americano assume a posição de uma esfinge, não podendo intervir no percurso da acusação. (ANDRADE, 2006, 133/146).

(ou a verdade) encontra-se intimamente vinculada ao próprio sistema jurídico. (DELMAS-MARTY, 1996, p. 622.)

Todavia, para aqueles que admitem que a finalidade do processo é alcançar a verdade, a atividade probatória segundo eles, seria o meio para se chegar à justiça. A justiça seria assim atingida diante a comprovação fática arguida por uma ou outra parte durante o trâmite processual. Segundo podemos extrair da obra de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, a prova seria uma “actividade apta a produzir no juiz a convicção da verdade ou não de uma afirmação.” (GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, 2009, p. 123).

Esse entendimento, contudo, não deve prevalecer. Seguindo a linha jusfilosófica já introduzida anteriormente, o objetivo do processo e tampouco da prova jamais poderá ser a realização da justiça, eis que a sua abstração e sua relatividade impediriam a conformação da decisão pelo indivíduo, cuja demanda ou resposta tivesse sido rejeitada. Não se pode promover um ambiente discursivo-técnico-científico em que o debate esteja condicionado a uma ideia pouco palpável para os cidadãos (e até mesmo para os mais graduados) que são os autênticos interessados do direitos e a quem (ou contra quem) a norma produzirá seus efeitos.

Por isso, é necessário reiterar que entendimento, até então irrefutável, é aquele segundo o qual o objetivo do processo situar-se-ia na busca pela legitimidade da decisão proferida, sendo essa somente atingível por meio dos princípios estruturantes já citados. Faz-se mister reconhecer que o respeito ao debate devidamente organizado (em que estejam bem traçados o contraditório – refutabilidade – e a igualdade de armas - simétrica paridade entre as partes), resultará em uma decisão respaldada pelo consenso sobre os fatos e demonstrados individualmente através dos meios de prova o que efetivamente na visão de cada sujeito processual. A prova seria, portanto e primeiramente, um ônus processual por meio do qual se responsabilizam as partes em confirmar as versões desenvolvidas por elas próprias em juízo.

A verdade, como ente inalcançável, deve ser tida como orientação dos sujeitos, mas jamais como objetivo. O valor encontra-se naquilo que o método proporciona e o conteúdo naquilo em que ninguém mais terá condições de refutar. Nesse sentido, o conteúdo é verdadeiro até que se construa uma antítese capaz de refutar a hipótese anteriormente validada. (POPPER, 1975, p.32). A versão escolhida pelo julgador será definida a partir da verossimelhança da prova produzida em contraditório, ampla defesa e em simétrica paridade.

O princípio do devido processo constitucional visa justamente estabelecer as condições mínimas para os sujeitos poderem confrontar suas respectivas visões sobre os fatos. Esse é o método mais eficaz para garantir a igualdade formal (*a priori*) e contribuir para a igualdade material (*a posteriori*).

Nesse sentido, alinha-se (e retoma-se) ao marco teórico popperiano, mais exatamente no que diz respeito ao utilitarismo negativo, o qual também defende (mas em outro contexto) que a função do Estado é a de minimizar o sofrimento, ao invés de maximizar a felicidade. (KAUFMANN, 2010 p.262) Assim como a justiça (no sentido de seu conteúdo), a felicidade está intimamente relacionada com as características pessoais de cada indivíduo que não podem ser generalizadas e abstraídas pela lei. Ao contrário disso, tem-se que é perfeitamente possível definir o que seja injusto (ou que cause sofrimento) ou que seja uma farsa. Por essa razão, o Estado deve usar de todos os instrumentos necessários para reduzir os julgamentos que possam provocar esse sentimento (de injustiça) entre os seus cidadãos. Nesse sentido, a segunda finalidade da prova concentrar-se-ia na obtenção de elementos para tornar o discurso irrefutável e afastá-lo de argumentos falaciosos. Isso é que legitima a decisão e, conseqüentemente, o próprio processo.

2.4 Dos limites à produção da prova

Estando ciente que a construção da verdade real não passa de um mito criado pela inquisição, o Estado também compreendeu que além das barreiras naturais e intransponíveis (inerentes ao próprio ser-humano na busca do conhecimento), existem também fundamentos ético-sociais que superam o valor da “verdade” no processo. Trata-se da dignidade da pessoa humana como razão restritiva do *jus persecuendi* e da conformidade da produção da prova com o princípio do devido processo constitucional. São duas espécies restritivas de limitação à perseguição criminal que possuem origens e fundamentos próprios, nada obstante tenham ambas aplicação no ordenamento jurídico do Brasil.

No que concerne à restrição material da produção da prova, observa-se que essa teoria foi principalmente produzida por autores alemães que construíram as estruturas baseadas na proteção, em geral, dos direitos da personalidade e, mais individualmente, dos direitos da privacidade. (ANDRADE, 2006 p. 142). O próprio Tribunal Constitucional Federal alemão tem-se manifestado sobre a proibição de provas no processo penal germânico, ente do qual se extrai o consenso de que a Constituição estabeleceu limites invioláveis à esfera privada do cidadão, devendo o Estado protegê-los materialmente contra a intromissão indevida praticada por agentes públicos.

No que diz respeito aos limites formais impostos pelos ordenamentos jurídicos nacionais, tem-se que seus pressupostos foram basicamente desenvolvidos a partir de estudos produzidos nos países, sobretudo, de origem anglo-saxã. Da leitura da obra do escritor

Manuel da Costa Andrade, nota-se que a *Exclusionary Rules* adotaria princípios e fundamentos diversos daqueles utilizados pelos autores alemães para disciplinar a validade das evidências colhidas no processo-crime. Segundo Costa Andrade, a rigidez da norma para conferir validade à prova obtida sobrepõe os aspectos formais em detrimento daqueles substanciais no direito norte-americano.

É necessário ressaltar que, em Portugal, o tema sobre a proibição de provas recebeu um tratamento importante por parte do legislador e da doutrina, os quais deslocaram-na para uma estrutura autônoma do processo penal, não mais compreendendo-a como um subsistema da área de recursos, na forma em que é tratada pelo ordenamento jurídico alemão. (ANDRADE, 2006, p. 142). Tal matéria aproximou-se do regime de nulidades, assim como ocorre no direito processual penal brasileiro.

No entanto, apesar de ter ocorrido tal ligação, as matérias não devem ser confundidas, conforme adverte Costa Andrade⁶. O doutrinador explica que, na esteira da teoria Luhmanniana, os dois sistemas se cruzam em um mesmo ambiente, cabendo a disciplina de proibição de provas interiorizar as complexidades inerentes às nulidades.

Pois bem, certo é que o constituinte enumerou algumas hipóteses de inadmissibilidade da obtenção de prova (sobretudo de natureza material) a fim de proteger a dignidade da pessoa humana. Isso, no entanto, não significa que o rol deva ser taxativo. Muito pelo contrário, aliás. Leite Fernandes e Giórgia Bajer esclarecem que qualquer ato ou norma que não se adequem ao modelo abstrato previsto constitucionalmente tem como consequência a invalidação do ato. (BAJER, Giórgia; FERNANDES, Paulo, 2003, pp. 295 e ss.).

Avançando ainda sobre o tema, os referidos escritores brasileiros também afirmam que qualquer ato que importe em uma restrição indevida ao direito constitucionalmente consagrado (ainda que perfeito na forma) também merecerá a mesma consequência jurídica, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade pelos operadores-autores do direito. Assim, a menção expressa da CR/88 não é condição imprescindível para a constatação sobre a legalidade da prova colhida.

Ora, os princípios de independência e de imparcialidade do magistrado formam uma cadeia protetiva dos jurisdicionados contra o arbítrio especificamente de um juiz ou até mesmo do próprio órgão jurisdicional (sobretudo quando os membros são nomeados

⁶ Aliás, é curioso ressaltar que em Itália essa comunicação (entre proibição de provas e nulidade) levou o legislador daquele Estado a elaborar uma lei dentro de novo instrumento jurídico denominado *L'inutilizzabilità*. Neste preceito normativo, o jurista italiano se depara com uma ferramenta autônoma de invalidade, dentro da qual se compreendem tanto a previsão do vício processual quanto a respectiva sanção processual. Isso tudo no mesmo diploma de lei.

politicamente). Convém destacar que essa é, inclusive, uma preocupação estampada na própria Convenção Europeia dos Direitos dos Homens, art. 6 n.1 Conv. Europeia; art.14:

Le convenzioni internazionali impegnate a fissare una piattaforma comune di protezione destinata ad esplicarsi in una pluralità di ordinamenti processual diversi, si astengono dall'investire il ruolo degli operatori processual e l'assetto dell'organizzazione giudiziaria. Al riguardo esse si limitano a fissare i principi di indipendenza e di imparzialità del giudice. (AMODIO, 2003, p. 101.)

A imparcialidade do magistrado que se preocupa e assume o papel de defensor dos interesses metajurídicos será seriamente afetada diante de uma postura ativa. O órgão a quem o juiz buscará, na maioria dos casos, mais provas para fortalecer uma ou outra tese é exatamente o mesmo que o Ministério Público utilizou-se para fundamentar a justa causa da ação penal. Ainda que o juiz esteja bem intencionado em busca de uma “verdade real”(ou material), ele será refém de um órgão que claramente não está preocupado com a equidade.

Quando um juiz atua de forma que sugira a ruptura do quadro de imparcialidade, é o prestígio de toda a jurisdição que pode ser arruinado, conforme adverte Cordon Moreno.⁷ Com isso, estabelece-se definitivamente a máxima romana: “À mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta.”

Em razão da sua objetividade, essa característica deve ser administrada pelo órgão judiciário, por meio de lei geral e abstrata (Constituição), que determine a abstenção de atos que possam naquela característica interferir. No fundo, ao requerer uma prova que se revelará condenatória ao final do procedimento, o juiz terá rachado a estrutura harmônica e equidistante que a Constituição previamente traçou como garantia jurisdicional do indivíduo.

3 DA INADMISSIBILIDADE DA PRODUÇÃO DA PROVA CONDENATÓRIA EX-OFFICIO: UMA CONSTATAÇÃO HERMENÊUTICA-CONSTITUCIONAL

A Constituição brasileira de 1988 elegeu através dos respectivos preceitos normativos, o paradigma do Estado de Direito Democrático, como princípio fundamental da ordem jurídica vigente. Contudo, ressalta-se que o termo “democracia” (incluído dentro da macro expressão supra) não pode se restringir apenas ao exercício político. Deve-se aplicá-lo em toda a sua extensão e respeitado em sua integralidade.

⁷ O escritor espanhol ainda desfecha seu pensamento afirmando que a imparcialidade (compreendida essa tanto objectiva como subjectivamente) possui natureza constitucional, sobre a qual recai todo o sistema acusatório. Somente com o respeito integral ao corpo normativo garantista as suspeitas sobre as intenções escondidas por detrás da toga ficarão exauridas. (MORENO, pp. 113 e ss.)

Nesse sentido, dentro da nova perspectiva jusfilosófica, como democracia, deve-se entender um ambiente onde existe a possibilidade real de o cidadão participar ativamente, em igualdade de força, sobre qualquer ato ou provimento que ele próprio seja atingido no final. Segundo se depreende da doutrina de Canotilho, o princípio da soberania popular (em que se reconhece que todo o poder vem do povo) é o meio através do qual se garante a participação em igualdade de oportunidade para a formação democrática da vontade popular (exprimida no exercício do poder político). (CANOTILHO, 2012, p. 100)

O processo constitucional, apresenta-se, portanto, como garantia (ou ambiente democrático) da participação e discussão igualitária no Estado de Direito Democrático. Somente com o processo constitucional, os direitos fundamentais dos indivíduos estarão protegidos contra qualquer arbitrariedade ou abuso de poder praticados pelos seus órgãos e instituições. (DIAS, 2010, p. 45). Em outras palavras, é um mecanismo de produção constante do direito, através do qual os princípios fundamentais ganham efetividade e garante-se aos sujeitos envolvidos a segurança de um julgamento legítimo.

No processo penal, como não poderia deixar de ser, essa garantia ganha ainda mais relevância, devido ao confronto entre os valores mais fundamentais já consagrados desde a revolução iluminista. Ciente de que a máquina do Estado, por si só, apresenta-se manifestamente superior ao poder de reacção do indivíduo, o legislador constituinte elevou os princípios do estado de inocência, da ampla defesa, do contraditório e da isonomia como fundamentos máximos em favor do acusado. (PRADO, 2004, 136/137).

E não é só. O Estado também delegou ao Ministério Público (ou qualquer outro que o representa, dependendo da natureza do delito) a titularidade da ação penal, bem como a responsabilidade sobre o ônus da prova. O direito de ação, por conseguinte, não se resumiria ou se esgotaria no direito de peticionar ao juiz.

Dentro de uma abordagem mais ampla, é imperioso concluir que a própria atividade de requerer a produção da prova nada mais é do que espécie do género acima. (PRADO, 2004, 136/137). Certo é que a ação (e seus respectivos pedidos) só é desempenhada pelo sujeito, o qual projeta o resultado como estratégia de incorporação do material aos autos do processo. Trata-se de um prognóstico em que o requerente supõe a existência de um fato que só poderá comprovar após o resultado do material probatório requerido.

Ora, um médico ao solicitar um exame qualquer para diagnosticar um câncer, naturalmente já desconfia da sua existência. Claro que isso não significa que o profissional deseja que o exame seja positivo apenas para confirmar uma suspeita anterior. Tampouco pode-se atribuir isso ao juiz. Mas fato é que tal como o médico, o juiz também pressentirá um

resultado futuro. Afinal, ninguém pratica um ato (seja ele das ciências naturais ou humanas) totalmente afastado de uma suspeita que o motiva. Contudo, ao contrário das ciências médicas, a mera execução da suspeita pelo juiz é causa suficiente para desequilibrar a balança que o constituinte tentou harmonizar, por meio dos princípios anteriormente elencados.

É justamente esse afastamento da produção de provas (conferindo essa prerrogativa para as partes) permitirá ao julgador avaliar corretamente a qualidade do material probatório juntado aos autos sem que ele seja contaminado pela desconfiança que o motivaria a ordenar tal diligência. Evita-se com isso que um sujeito no processo (*in casu*, o juiz) seja submetido ao exame de uma prova que ele próprio produziu. Por tudo isso, reafirma-se que no que concerne especificamente à produção de provas dentro do modelo de processo penal constitucional, a produção *ex-officio* viola princípios estruturantes do processo penal, pelo que tal prova deve ser considerada inadmitida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4 CONCLUSÃO

O processo penal constitucional apresenta-se como garantidor da efetividade por meio da participação direta do acusado e interessado no provimento final. Mas de nada adiantaria garantir a participação dos indivíduos se o Estado não proviesse de meios que equilibrassem as disparidades entre os sujeitos processuais. Assim, o processo penal constitucional reúne, em torno de si, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia como princípios estruturantes, permitindo um ambiente de discurso próximo ao ideal para a afirmação, reafirmação ou até a delimitação de um direito outrora relevante. Na esfera penal, acrescenta-se ainda o princípio do acusatório, diretamente vinculado à democracia, responsável por otimizar os direitos fundamentais do acusado numa ação penal.

Trata-se de um corpo normativo conciso, bem definido por Ferrojoli como uma técnica que reduz a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade dos direitos fundamentais. Assim, o órgão judicial está prevenido contra qualquer ameaça dirigida à imparcialidade de seus membros. Certo é que entende-se que a imparcialidade é o foco mais importante da atividade jurisdicional, eis que os princípios estruturantes nela se fundamentam. Isso significa que o devido processo define uma pauta mínima de garantias que oferecerão ao verdadeiro interessado um ambiente ideal para a lavratura de uma decisão legítima, sendo considerada o objetivo de todos os processos.

A produção de provas *ex-officio* representa uma ruptura na sistemática constitucional, eis que viola os princípios da simétrica paridade entre as partes, cujo prejuízo

concreto é a lesão à imparcialidade do magistrado. Ao antecipar-se à parte interessada na produção da prova, o juiz vislumbra previamente o resultado possível daquele exame e posteriormente será ainda o responsável por avaliar o próprio valor probatório do material colhido. Não é por acaso que o princípio do acusatório baseia-se especialmente na divisão prévia e bem delimitada de tarefas entre os sujeitos, excluindo-se totalmente o julgador na fase de gestão das provas, atribuída única e exclusivamente às partes.

Ressalta-se que, a verdade não pode ser considerada como objetivo de nenhum processo judicial, tampouco para legitimar essa atividade atípica do magistrado, uma vez que além de toda complexidade intrínseca à sua conceituação, tal argumento não encontra nem mesmo respaldo constitucional. Tem-se, assim, que o método procedimental e dialético (o processo) contribui sobremaneira para afastar o julgamento de uma farsa e de uma sentença injusta, mas concomitantemente aproximar-se o máximo possível de um conteúdo irrefutável sob o ponto de vista fático-jurídico.

Além disso, certo é que no processo penal, o réu também se apresenta como a parte mais frágil dessa relação, motivo pelo qual a intervenção do juiz só se justificaria, na hipótese de se preservar os princípios do *in dubio pro reo* e da ampla defesa técnica. Somente nesse cenário justificar-se-ia a relativização das garantias processuais, eis que tal medida promoveria a civilidade e igualdade material entre as partes em conflito.

Sendo assim, conclui-se que, considerando que o ativismo judicial pré-condenatório viola todos os princípios elencados, em detrimento da preservação de um único preceito normativo (da verdade material, mas que não guarda qualquer respaldo constitucional). Deve-se considerar esse meio de prova como inadmissível perante o processo penal brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Reimpresso. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- AMODIO, Ennio. **Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitório al giusto processo**. Milano: ed. Giuffrè, 2003
- BAJER, Giorgia; FERNANDES, Paulo, **Nulidades no processo penal**, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- DELMAS-MARTY, Mirelle, La prova penale, in **Revista L'indice Penale**, Padova: edizioni Cedam, 1996, 619-629.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, 1ªed, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

- FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. 5ª ed. Padova: Cedam, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direcho y razón: la teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1995
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 71/79, set. 1999.
- GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João. **A Prova do Crime: Meios legais para a sua obtenção**. Coimbra: Almedina, set. 2009.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, 8 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012;
- LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania. In: **Revista Eletrônica VirtuaJus**. Ano 4, n.º1, julho de 2005, pp. 08/09. Consult. 11.09.2012. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Processo%20e%20democracia.pdf
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no Processo Penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 133-154.
- MORENO, Faustino Cordon. **Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal**. Elcano: Aranzadi, 1999.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2010
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo Constitucional**. 1 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- POPPER, Karl, **Conhecimento Objetivo**. São Paulo: Edusp, 1975.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório - A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2004.