



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

***A Mutatio Libelli após o advento da Lei
11.719/2008 e sua (des)conformidade
constitucional.***

por

Taiz Marrão Batista da Costa

**ORIENTADOR(A): Victória-Amália de Barros
Carvalho G. de Sulocki.**

2009.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900
RIO DE JANEIRO - BRASIL

***A Mutatio Libelli* após o advento
da Lei 11.719/2008 e sua
(des)conformidade constitucional.**

por

Taiz Marrão Batista da Costa.

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro
(PUC-Rio) como requisito
parcial para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Victória-Amália
de Barros Carvalho G. de
Sulocki.

2009.1

AGRADECIMENTOS

São muitos os agradecimentos a serem feitos, porque eu nada seria (tal qual qualquer ser humano) sem a contribuição diária daqueles que me circundam.

Primeiramente, imperioso agradecer a minha mãe, Tania Marrão Batista da Costa, por todo o apoio, dedicação e compreensão: obrigada, mãe, porque se não fosse por você, enquanto meu exemplo maior de força e coragem, eu certamente não seria quem sou hoje. Obrigada por ter estado sempre ao meu lado. Sua presença na minha vida foi, é e sempre será fundamental.

Laiz Marrão Batista da Costa, minha irmã, obrigada por todos os nossos momentos juntas, a nossa convivência ao longo dos anos contribuiu, com certeza, na minha formação e na minha forma de ver o mundo.

Agradeço também ao meu padrasto, Guilherme Otto Kuhn, por ter me acolhido como filha e por representar para mim, há mais de dez anos, uma figura paterna. Obrigada, “Tio Gui”, por todo o carinho gratuito e pelo entusiasmo que sempre demonstrou em relação aos meus projetos. Sua influência foi essencial na minha opção pela carreira jurídica, a qual, hoje, reputo acertada.

Um agradecimento especial a minha vovó Olinda Coimbra Marrão por toda a sua doçura e ao meu vovô Arlindo Marrão por confiar e por me fazer confiar no meu potencial.

Ao meu noivo, Fernando Galante, meus mais sinceros agradecimentos pela compreensão e paciência que demonstrou durante os períodos mais difíceis. Eu te amo.

Sei que sem ter conhecido e convivido com Regina Coeli Lisbôa Soares e Victória-Amália de Barros Carvalho G. de Sulocki, as duas mulheres e profissionais do direito responsáveis pela minha opção pela seara do direito constitucional e do direito penal /processual penal, este trabalho não teria sido possível, pelo que as agradeço do fundo do meu coração. Tenho muito

orgulho de ter sido orientada na monitoria de direito constitucional pela professora Regina e nesta monografia pela professora Victória. Vocês são (minhas) grandes professoras, obrigada.

Finalmente, dedico meu trabalho ao professor André Perecmanis, meu ex-orientador de monitoria no Núcleo de Prática Jurídica da Puc-rio, por ter tido grande influência na escolha do tema de minha dissertação. Obrigada, professor, por ter me ajudado a vislumbrar tão fascinante assunto, pelo qual me apaixonei.

RESUMO

O presente trabalho visa, em linhas gerais, à análise do instituto da *Mutatio Libelli*, previsto no artigo 384 do Código de Processo Penal (CPP), cuja redação foi objeto da recente reforma pontual trazida pela lei 11.719/2008.

O escopo desta monografia, mais especificamente, é o de demonstrar a inadequação parcial do dispositivo em relação ao sistema acusatório, que entendemos consagrado pela Constituição Federal de 1988, e sua conseqüente inconstitucionalidade no que diz respeito a dois pontos: a possibilidade que o artigo abre ao juiz de sugerir a alteração da imputação e a previsão da aplicação do artigo 28, CPP, na hipótese de recusa ou inércia do Ministério Público em promover o aditamento nos termos sugeridos pelo magistrado.

Todo o estudo será perpetrado tendo como base e perspectiva a Teoria do Garantismo Penal, tal qual sistematizada por Luigi Ferrajoli, e uma concepção de Estado Democrático de Direito como aquele que postula e pratica um direito penal garantista, como sinônimo de Garantismo enquanto base da democracia substancial a refletir os interesses e vontades vitais de todos.

Ao longo da exposição, buscaremos entender o modelo processual penal adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, delimitar suas características essenciais e seu princípio fundador: o princípio acusatório.

Abordaremos o papel do órgão acusador e do juiz, enquanto partes independentes em uma relação processual triangular, dentro do paradigma acusatório e garantista, com o intuito de realizar o devido confronto entre a função constitucional imposta a estes agentes e o papel que exercem dentro da dinâmica do instituto da *Mutatio Libelli*, consoante a nova redação do artigo 384, CPP.

Por fim, chegaremos à conclusão de que, promovendo-se a devida oxigenação constitucional, ao analisar-se o conteúdo do artigo 384, CPP, à luz do princípio acusatório, controlando materialmente sua constitucionalidade, o dispositivo ora em comento possui evidente inadequação, ainda que parcial, aos ditames da Lei Maior.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. Estado absoluto <i>versus</i> Estado Democrático de Direito	12
1.1 Do Estado Democrático de Direito.....	12
1.2 Evolução histórica: do Estado absoluto ao Estado Democrático de Direito	17
1.3 Garantismo como sinônimo de Estado Democrático de Direito	29
2. O modelo penal garantista “SG” como resposta aos movimentos repressivistas. Como garantir o Estado democrático de direito?	37
2.1 A influência dos movimentos repressivistas. Os novos discursos autoritários	37
2.2 O processo penal – seu fundamento de existência e suas funções	43
2.3 Dos modelos processuais penais.....	46
2.4 As garantias penais e processuais penais.....	50
2.5 O modelo penal garantista “SG” como ideal a ser alcançado, ainda que de maneira aproximativa, para a efetivação do Estado Democrático de Direito (na seara penal e processual penal).....	73
3. A opção constitucional pelo Estado Democrático de Direito e pelo sistema acusatório	76
3.1 Dos sistemas processuais	78
3.2 O sistema inquisitivo	85
3.3 O princípio acusatório e o sistema acusatório	89
3.4 Do Sistema Processual Brasileiro	97
4. A opção constitucional pelo Estado Democrático de Direito e pelo sistema acusatório	101

4.1 O papel das partes processuais em um modelo processual penal garantista.....	102
4.1.1 O juiz	103
4.1.2 A acusação.....	116
4.2 Garantia da correlação entre acusação e sentença	122
4.3 A dinâmica do instituto da <i>Mutatio libelli</i> segundo o Código de Processo Penal (CPP).....	127
4.3.1 A nova redação do artigo 384 do CPP trazida pela Lei 11.719/08	128
4.3.2 Da aplicação do artigo 28 do CPP à recusa de aditamento por parte do Ministério Público. O papel das partes nesta dinâmica e a afronta ao princípio acusatório	132
4.3.3 A inconstitucionalidade do artigo 384 do CPP	136
CONCLUSÃO	146
BIBLIOGRAFIA	150

LISTA DE SÍMBOLOS E ABREVIACÕES

CF- Constituição Federal.

CRFB- Constituição da República Federativa do Brasil.

CPP- Código de Processo Penal.

CPC- Código de Processo Civil.

SG- Sistema Garantista.

S2- Sistema 2 (dois).

A (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10)- Axioma (1, 2, 3, 4,...).

CADH- Convenção Americana de Direitos Humanos.

HC- Habeas Corpus.

STF- Supremo Tribunal Federal.

STJ- Superior Tribunal de Justiça.

REL.- Relator

.

ART(S).- Artigo(s).

INTRODUÇÃO

Nesta monografia, procederemos à análise do instituto da *Mutatio Libelli* e de sua conformidade constitucional após o advento da Lei 11.719/2008, a qual modificou substancialmente a redação do artigo 384 do Código de Processo Penal.

Adotamos, na elaboração do trabalho, como metodologia, a pesquisa de obras variadas dentro do campo da processualística penal, da criminologia e do direito constitucional. Como matriz de pensamento optamos por realizar o estudo seguindo as diretrizes da Teoria do Garantismo penal sistematizada pelo professor de filosofia do direito e teoria geral do direito da Universidade de Camerino, Itália, Luigi Ferrajoli.

Iniciaremos nosso estudo pela conceituação de Estado Democrático de Direito, sua trajetória histórica e sua relação com o Garantismo Penal. Em uma segunda etapa, partindo do pressuposto de que o Estado Democrático de Direito deve ser, consoante expresso comando constitucional (art. 1º, CRFB), efetivado, veremos o papel que o processo penal deve assumir na consagração de uma verdadeira democracia substancial.

O processo justo, enquanto devido processo legal substancial, será objeto de apreciação como princípio que sintetiza em seu bojo as demais garantias processuais penais (princípio da jurisdicionalidade; princípio acusatório; princípio da presunção de inocência; princípios do contraditório e da ampla defesa; e princípio da motivação das decisões judiciais) e estas serão apontadas e estudadas dentro da perspectiva trazida pela Teoria do Garantismo penal, como molas mestras do modelo processual penal garantista, que defenderemos ser o modelo processual penal constitucional, após 1988.

Apresentaremos, pois, o devido processo penal constitucional como meta a ser alcançada pela democratização do processo penal, o que, conforme apontaremos, só será possível quando o processo penal estiver de fato a serviço da ordem constitucional e, neste sentido, da efetivação do

Estado Democrático de Direito, de suas garantias. Assim, o processo penal legítimo é aquele que tutela as garantias constitucionais, em vista de sua máxima eficácia.

O modelo processual penal garantista (constitucional) será devidamente explicado e veremos que um de seus axiomas é o princípio acusatório. Vencidas as etapas preliminares nas quais relacionamos o modelo processual penal constitucional ao modelo processual penal garantista elaborado segundo a Teoria do Garantismo Penal, poderemos afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil adotou o sistema acusatório.

O princípio e o sistema acusatório serão abordados em tópico próprio, bem como será analisado o sistema inquisitório, enquanto sistema processual penal oposto, que como concluiremos, não serve à efetivação do Estado Democrático de Direito, da democracia substancial, enfim, da Constituição de 1988.

A seguir, partindo do pressuposto (construído pelo raciocínio desenvolvido preliminarmente) de que o princípio acusatório é o consagrado pela Lei Maior (em detrimento do inquisitório), procederemos à análise do papel do órgão acusador e do julgador, no intuito de confrontar o ideal informado pelo princípio acusatório (normatividade-constitucional) e a dinâmica do instituto da *Mutatio Libelli*, consoante nova redação do artigo 384, CPP, trazida pela Lei 11.719/2008 (o teor da legislação infraconstitucional e sua praxe: efetividade-constitucional).

Finalmente, a antiga e a nova redação serão estudadas e comparadas, sendo apontadas as mudanças positivas no sentido da concretização do ideal constitucional (adequação do ordenamento processual penal ao modelo acusatório) e os pontos em que, infelizmente, o legislador andou na contramão da necessária filtragem constitucional.

A Constituição de 1988 será, desta forma, tomada como paradigma e em uma concepção garantista, e se proporá um controle material de

constitucionalidade sobre a regra do artigo 384, CPP, promovendo-se, assim, sua devida oxigenação constitucional.

Eis o âmago deste trabalho: apreciar, através da lente da Teoria do Garantismo penal, o instituto da *Mutatio Libelli*, ontem e hoje, para, ao final, concluir pela sua conformidade ou desconformidade constitucional e apontar alguns possíveis caminhos a serem seguidos pelo Judiciário e Legislativo nacionais no sentido de dar-se a máxima efetividade à Constituição de 1988, com a democratização substancial da legislação processual penal infraconstitucional, depurando-a à luz da Lei Suprema.

1. ESTADO ABSOLUTO VERSUS ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1. Do Estado democrático de direito

Primeiramente, cumpre esclarecer que Estado Democrático de Direito não significa o mesmo que Estado de Direito, posto que conceito mais abrangente que este último. Uma vez que a Constituição de 1988 tenha adotado, em seu artigo 1º, o Estado Democrático de Direito, indispensável que tenhamos alguns comentários, ainda que breves, sobre o assunto.

O Estado Democrático de Direito surgiu como resposta à insuficiência do Estado de Direito, pela superação do liberalismo e do Estado Social de Direito, que não necessariamente tem conteúdo democrático. Este conceito inova e supera os dois primeiros, muito embora reúna princípios relativos a ambos.

O Estado de Direito enquanto conceito fruto do liberalismo veio como substituto ao Estado absoluto e trouxe em seu bojo, como forma de frear o poder estatal, o dever do Estado e, logicamente, dos governantes de se submeterem ao império da Lei, enquanto ato formal emanado do Poder Legislativo.

O outrora soberano absoluto devia agora obediência à lei, como expressão da vontade popular, o súdito fora, enfim, alçado à categoria de cidadão. Neste sentido, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que, ainda em 1789, quando da Revolução Francesa, atribuía direitos subjetivos aos “novos” cidadãos e proclamava ideais (iluministas) de liberdade e igualdade (naquele momento tão somente formal, burguesa, perante à lei).

Contudo, o princípio da legalidade não foi suficiente para garantir que o Estado não se tornasse absoluto e, portanto, autoritário. Neste sentido, José Afonso da Silva observa que o Estado de Direito é passível de ser

conceituado de forma deformada, posto que seu significado, seu conteúdo material, não é definido *a priori*, mas depende da concepção de direito que se tenha.¹

Desta forma, o Estado de Direito concebido tão somente como um conjunto de normas oriundas do Poder legitimado para tal pela soberania popular, como um Estado de legalidade, permite que, uma vez destituído de qualquer conteúdo definido, possa servir de invólucro para as mais variadas formas de exercício e organização do poder.

Assim, “todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. Esta doutrina converte o Estado de direito em mero Estado Legal. Em verdade, destrói qualquer idéia de Estado de Direito”², pois se tudo é Estado de Direito, nada é Estado de direito. Pelo que se conclui que Estado legal, instituído e regulado dentro da legalidade, nem sempre é Estado legítimo, posto que tudo dependerá do **conteúdo das normas** que o constituem e regem.

Em uma perspectiva linear evolutiva, nem sempre condizente com a realidade, mas útil do ponto de vista didático, sobrepondo-se ao Estado formal, neutro e desinteressado das questões sociais, políticas e econômicas, o Estado Social de Direito pretendeu ser um Estado Material de Direito, superando o individualismo próprio das liberdades burguesas e buscando realizar a justiça social. O capitalismo outrora livre de quaisquer compromissos para com o meio social deveria agora ser aliado a um novo objetivo estatal, o bem-estar social geral e o desenvolvimento da pessoa humana.³

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113.

² Ibid. p.114.

³ Os direitos sociais foram consagrados pela primeira vez em texto constitucional nas Constituições Mexicana de 1917 e alemã de 1919 (de Weimar), constitucionalizando-se, pois o Estado Social de Direito, convertendo-se em direito positivo várias aspirações sociais, que passaram a princípios constitucionais sob a proteção das garantias do Estado de Direito – MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 4.

O Estado Social de Direito serviu para preservar o capitalismo em tempos de crise econômica e social, posto que o Estado burguês criou a categoria do cidadão e proclamou a igualdade de todos, mas esta foi tão somente aparente, encobrendo a verdadeira realidade social, de extrema desigualdade e exploração, principalmente nas primeiras décadas da revolução burguesa.

Contudo, os excluídos dos processos decisórios, o povo dominado pela burguesia que agora se instalara no poder, não se quedou inerte e tampouco o fez a conjuntura econômica.

As classes oprimidas reivindicaram os direitos que, em um primeiro momento, constavam apenas das declarações formais, o que gerou conflitos sociais (movimentos sociais, organização de sindicatos e grupos políticos). A economia, por sua vez, entrou em crise, com a chamada queda da bolsa de Nova York em 1929, como ponto culminante de uma situação de desaceleração econômica enfrentada pelos Estados Unidos desde o início da década de 1920, ocasionada, em apertada síntese, pela diminuição das exportações de produtos agrícolas e industrializados para a Europa, uma vez que esta já havia logrado se reconstruir das destruições provocadas pela Primeira Grande Guerra Mundial.

“A Grande Depressão”, como ficou conhecida, por ter sido o maior período de recessão econômica do século XX, acabou se espalhando pelo mundo por conta das inúmeras relações comerciais mantidas pelos Estados Unidos.⁴

A tentativa de solucioná-la levou à criação de um novo plano econômico, chamado New Deal, caracterizado pela intervenção do Estado na economia, procurando fazer frente à inflação, ao desemprego, enfim, à desaceleração econômica e foi acompanhado de programas de ajuda social.

Este foi exatamente o perfil de Estado que deu origem ao chamado Estado do bem-estar social (welfare state) ou Estado-providência, como

⁴ Atualmente, vislumbramos um novo panorama de crise econômica global de contornos semelhantes ao da década de 1930.

aquele que busca, através da regulação da economia, a promoção social, não como redistribuição de renda, o que o enquadraria como um Estado socialista, mas como condição necessária para a superação da estagnação e para a promoção do desenvolvimento em si, enfim, para a retomada e preservação do modo de produção capitalista.

O estado social, contudo, não foi suficiente para garantir uma ordem verdadeiramente democrática, no sentido de participação popular nas decisões políticas. Estas só ganham legitimidade sofrendo transformações em razão de pressões sociais por maior participação na *res publica*, principalmente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, e da evidência de que mais deveria ser feito para se evitar qualquer concentração de poder que pudesse resvalar em totalitarismo e para se garantir a proteção e promoção da pessoa humana e de sua dignidade, tão ultrajada e violentada durante os regimes nazi-fascistas e a guerra. Destes movimentos e destas necessidades surge o Estado Democrático de Direito, como mais uma conquista popular.

“Essa evolução foi acompanhada pela consagração de novas formas de exercício da democracia, em especial, com a tendência de universalização do voto e constante legitimação dos detentores do Poder, fazendo surgir a idéia de Estado Democrático.”⁵

O Estado Democrático de Direito traz uma exigência peculiar, qual seja: a de sua legitimidade. Ao Estado Democrático de Direito não basta a legalidade, mas é imprescindível que as normas, além de emanarem do Poder Legislativo, eleito pelo povo, realmente correspondam aos anseios deste, em um processo de incorporação geral, de participação real e efetiva dos verdadeiros titulares do poder. Isto porque a democracia repousa sobre dois princípios essenciais: a soberania popular, no sentido de que todo poder emana do povo e a participação, direta ou indireta, deste mesmo povo no poder.

⁵ Ibid. p. 4.

O Estado Democrático de Direito se funda, pois, na soberania popular, que impõe a participação efetiva do povo na *res pública*. Neste diapasão, não se limita o papel do povo ao de formador das instituições representativas e, assim, o Estado Democrático de Direito se opõe ao Estado liberal burguês, posto que este não visa a presença popular atuante na política estatal, mas a liberdade dos cidadãos que surge com a limitação da ingerência estatal. O escopo do Estado de Direito liberal burguês foi, pois, o de garantir um espaço de liberdade ao indivíduo mediante a contenção do Estado absoluto e não a criação de uma democracia participativa, em que este mesmo indivíduo fosse elemento integrante da vontade estatal.

Em apertada síntese, o Estado de Direito funda um Estado secular, laico, em oposição ao Estado concebido como criação ou ordem divina, concretizando os ideais iluministas e permitindo uma racionalização do poder, cujos objetivos e tarefas limitam-se à garantia de liberdade e segurança dos indivíduos e de suas propriedades.⁶

Inegável o progresso alcançado pelo Estado de Direito ao combater o Estado-polícia, Estado-invasor ou, simplesmente, Estado absolutista, submetendo o Estado ao direito, à lei como vontade geral. Entretanto, mais conquistas foram obtidas ao longo do tempo, permitindo-nos falar em etapas do Estado de Direito: liberal, social e democrática, tendo já sido por nós referidas.⁷

Neste momento, enfim, importante é trazeremos uma conceituação de Estado Democrático de Direito⁸, após todos os comentários que tecemos acerca deste.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 42.

⁷ Ibid. p. 44.

⁸ É importante deixar claro que não se pretende aqui dar uma definição perfeita, acabada e única de Estado Democrático de Direito, posto que qualquer conceituação será sempre parcial e, como tal, sujeita a críticas e alterações. Neste sentido: “Estado de direito” é um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político: a idéia, que remonta a PLATÃO e ARISTÓTELES, do “governo das leis” contraposto ao

Estado Democrático de Direito pode, por fim, ser entendido como:

“... a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.”⁹

1.2. Evolução histórica: do Estado absoluto ao Estado Democrático de Direito

Aprofundando as questões anteriormente abordadas, traçamos, a seguir, uma linha de raciocínio que nos permitirá chegar à consagração do Estado Democrático de Direito, conceito cuja compreensão é fundamental para o presente trabalho.

Este breve estudo histórico do tema será de grande auxílio na medida em que nos propiciará uma noção mais completa do instituto, bem como uma apreciação e valoração do mesmo, desde uma perspectiva promotora e protetora dos direitos, liberdades e garantias democráticos, como conquista sem paralelo na história ocidental, que deve ser preservada de quaisquer

“governo dos homens”, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo Kelseniano”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2006.p.789.

⁹ Ibid. p. 149. Aqui, os autores se referem às chamadas gerações de direitos fundamentais ou de direitos humanos, cuja primeira geração correspondeu aos direitos civis e políticos, sendo consagrada principalmente com o liberalismo burguês concretizando os princípios iluministas e fundando o Estado laico e de direito em detrimento do antigo regime absolutista. Como nota João Ricardo W. Dornelles, os direitos humanos de primeira geração “são a expressão formal de necessidades individuais que requerem a abstenção do Estado para o seu pleno exercício”. Já a segunda geração é aquela representada pelos direitos econômicos, sociais e culturais, enfim, direitos coletivos que exigem a atuação positiva, um fazer do Estado, que passa a promover as garantias sociais. DORNELLES, João Ricardo. *O que são os Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.p.21.

investidas autoritárias que vez por outra tentam balançar seus pilares fundamentais.

Sendo o nosso tema, *mutatio libelli*, um instituto jurídico que atenta, segundo se sustentará nesta monografia, contra algumas das garantias e dos princípios do Estado Democrático de Direito, imprescindível um panorama geral, histórico e conceitual sobre o que seja Estado, Estado de Direito e, por fim, Estado Democrático de Direito, para que possamos, mais adiante, perceber em que medida esta sistemática está sendo afetada pelo instituto que nos propomos a examinar.

Desta forma, cumpre analisarmos, primeiramente, o surgimento do Estado moderno, fruto das mudanças sociais ocorridas no seio do sistema feudal, com o surgimento e fortalecimento de uma nova classe social, qual seja a burguesia, que necessitava para o seu desenvolvimento, ou melhor, para o desenvolvimento do seu negócio, o comércio, de mudanças, dada a competitividade cada vez mais acirrada no mercantilismo nascente, tais como: a unificação monetária, em contraste com as mais variadas moedas de cada feudo; a unificação fiscal, para que não tivessem que pagar uma quantidade nada razoável de impostos, sem qualquer sistematização, a cada fronteira que cruzassem; uma maior segurança, que permitisse que cruzassem com suas mercadorias, em uma “livre circulação”; um consenso no direito, que permitisse a resolução dos conflitos de forma mais eficiente.

“Neste sentido, a sociedade política atual, chamada de Estado, advém de um longo processo político iniciado em fins da Idade Média. Na análise desse processo, a própria verificação da transformação histórica das formas de poder indica a sua emergência como fruto do acordo entre o rei e a burguesia, esta última bastante ávida pela destruição das arcaicas barreiras impeditivas do comércio, presentes no antigo modelo descentralizado e nobiliárquico do feudalismo.”¹⁰

A ordem burguesa nascente, entretanto, só vai se consolidar com a Revolução Francesa, quando da ascensão da classe burguesa ao poder político. Até então, a burguesia encontrava-se no terceiro estado, com o

¹⁰ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 31.

restante do povo, separada do clero e da nobreza, arcando de forma solitária com a carga tributária, cuja receita era empregada para sustentar as cortes luxuosas e alheias aos anseios populares.

Tratou-se de uma mudança, pois, lenta e gradual, que se inicia na idade média, com a formação dos burgos e das corporações de ofício, enfim com o desenvolvimento das cidades e da economia capitalista, ainda que apenas em seu aspecto embrionário (o mercantilismo), e culmina com o estabelecimento da ordem burguesa, com seu estado laico e liberal, no século XVIII. Eis a longa gestação do mundo burguês.

“Ocorrido através da emergência gradativa das unidades estatais de poder centralizador, tal processo de formação do Estado abriu caminho para o surgimento das monarquias unitárias. Através dos respectivos monarcas, procedeu-se à integração territorial que livrou os burgueses do pagamentos de pedágios e outras taxas aos senhores feudais, além de ser impulsionado o mercado ao seu crescimento patrocinado pelo rei absolutista. Sucessivamente, tal fato redundaria, em segundo momento, na formação de uma burocracia privilegiada e no desenvolvimento ulterior das grandes armadas e dos exércitos para a conquista colonial dos novos mercados.”¹¹

Para justificar teoricamente o Estado moderno em sua primeira faceta, a absolutista, e a necessidade de segurança social e individual (própria da burguesia), surgiram as chamadas teorias contratualistas, segundo as quais os indivíduos, percebendo que não mais poderiam prover sozinhos a sua própria segurança, abririam mão de parte de seus direitos em prol de um ente abstrato, o Estado, que com o monopólio do uso da força, proveria a segurança social. Esta idéia do Pacto social está no centro das teorias contratualistas, surgidas nos séculos XVII e XVIII.

Desta forma, o poder se centraliza, racionaliza em um único ente político, tudo de forma justificada, respaldada no pacto social, ao contrário do que ocorria no mundo medieval, posto que, no feudalismo, o poder político estava fragmentado e dividido entre os diversos senhores feudais, muito embora houvesse um príncipe, figurando a Igreja como única instituição verdadeiramente poderosa e centralizadora de poder político.

¹¹ Ibid. p. 31.

Isto porque, com a queda do Império Romano, uma força centrífuga atuou sobre a Europa ocidental e estilhaçou o poder e a unidade territorial, bem como o direito e o uso da força.

Esta gradual formação de um aparato administrativo centralizado era, pois, pressuposto para o fortalecimento do comércio interno e externo (em uma concepção do nascente Estado Nacional, com a redefinição de fronteiras) e, juntamente com a criação de uma ordem jurídica unitária e de uma força armada nacional, daria início à estruturação do que se pode chamar Estado moderno.¹²

Neste sentido:

“O sistema feudal - fragmentário e inseguro -, não sendo dos mais propícios para a acumulação do capital, cede pouco a pouco seu lugar a uma estrutura de poder centralizada cujo objetivo maior era o de eliminar de vez o conjunto de restrições ao desenvolvimento da atividade comercial. Essas necessidades levam as corporações burguesas a financiarem um único senhor feudal, de forma a que este último suplantasse os demais e emergisse como única autoridade soberana. Tal poder centralizado, por si só, se torna a garantia de segurança e de tributação única para os negócios florescentes. A monarquia absoluta surgia no horizonte como a solução para os conflitos de autoridade, de ordem e segurança.”¹³

O novo regime, de Estado nacional fortalecido e monarquia absoluta com poderes concentrados na figura do soberano, servia tanto aos propósitos burgueses, para fazer face ao mundo feudal esfarelado e seus empecilhos ao desenvolvimento comercial, quanto aos propósitos do príncipe enfraquecido com a pluralidade de agentes de poder, que alçado à figura de monarca investido de poderes políticos proclamados soberanos, deixaria de ser apenas o suserano dos suseranos.

Hobbes, principal teórico contratualista, pretende aplicar uma análise racional à ordem política, puramente científica e lógica. Assim, estuda especificamente a formação do Estado, apresentando-o como elemento de criação humana, diferentemente, pois, da concepção de Estado como fruto

¹² SULOCCI, Victória-Amália de Barros Carvalho G. de. *Segurança Pública e Democracia*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 12.

¹³ *Ibid.* p. 14.

da evolução natural do desenvolvimento humano (teoria aristotélica de que o homem é um ser social).

Hobbes concebe o homem desde uma visão jusnaturalista: em estado natural, os homens seriam todos livres e iguais no exercício de seus direitos naturais, na satisfação ilimitada de seus desejos e paixões. Assim, sem uma instância superior de limitação, no caminho de cada homem estariam somente os demais homens.

Nesta linha de raciocínio, justifica filosoficamente o poder central e soberano como o único capaz de se impor perante os homens, que o temendo e respeitando, conseguiriam viver em paz social. Caso contrário, deixados para se auto regularem, os homens resvalariam para um estado de guerra perene, em que se destruiriam uns aos outros, em um terror e desordem permanentes. Sendo, pois, um animal anti-social, o homem naturalmente egoísta, viveria para buscar o seu bem e as suas necessidades em detrimento do bem e das necessidades alheias. Hobbes representa o universo social, portanto, como um contexto de violência extrema, de guerra de “todos contra todos”.

Tal ambiente de insegurança, medo, destruição mútua, espelhava de certa forma o ambiente de seu tempo, de desagregação da ordem feudal. Segundo Hobbes, contudo, o instinto de sobrevivência, de conservação, aliado à razão, indicava que era necessária a busca da paz para assegurar a preservação humana. Dotado de razão, o homem teria percebido a miséria de seu estado natural que o impedia de se desenvolver, uma vez que todos os seus esforços eram canalizados para a sua defesa contra os prováveis ataques dos outros homens (“o homem como lobo do próprio homem”).

E, desta forma, surge o pacto social, pelo qual os homens abrem mão de certos direitos, adquirindo o soberano força suficiente para manter a paz social, posto que todos a ele temessem. Assim, para Hobbes, o Estado absolutista era vislumbrado como condição de sobrevivência da própria sociedade, fruto de uma decisão coletiva, da vontade dos homens.

O “Leviatã”, apesar de monstro com poder ilimitado (e tinha que assim ser, pois que qualquer limitação denotaria uma perda da força do ente abstrato e um retorno ao estado de guerra), era, segundo Hobbes, a única garantia da paz.

Deste discurso resulta um soberano sem qualquer obrigação, não submetido ao direito, dotado de poderes ilimitados, que não deve obediência às leis. Esta é a primeira formulação moderna do contratualismo, uma concepção de que a própria sociedade se funda em um pacto, ainda que tácito, entre os homens.

Diferentemente, na idade média, a idéia corrente era a de que a autoridade dos governantes se fundava em um contrato com os súditos (*pactum subjectionis*), em que o povo se sujeitava ao suserano enquanto este se comprometia a governar com justiça, sendo Deus o árbitro ao fiel cumprimento do contrato.¹⁴

Desta maneira, o outrora súdito de um determinado senhor feudal passou a ser súdito do Estado, em um vínculo único que abarcou a sociedade como um todo. O aparato burocrático centralizador eliminou, pois, os demais focos de poder político, o que interessava à burguesia em uma primeira etapa de transição.

“Após um primeiro momento de consolidação dos diversos Estados nacionais, com suas monarquias absolutas, os soberanos destes começaram a tornar-se um empecilho ao sistema capitalista, pois que o abuso do poder político prejudicava a contínua ascensão da classe burguesa ao poder. Dessa forma, a construção e a consolidação dos Estados nacionais não foram suficientes para a realização do projeto burguês, vez que, após resolvidos os problemas da insegurança e dos vários impostos, este teve que se defrontar com a tirania do soberano e com o alijamento na vida política do Estado.”¹⁵

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

¹⁵ SULOCCI, Victória-Amália de Barros Carvalho G. de. *Segurança Pública e Democracia*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

A burguesia, a partir desta primeira vitória, sente necessidade de participar ativamente da vida política, de centralizar a tomada de decisões, sem ter que se submeter à nobreza e ao clero. Era chegada à hora de se destacar do terceiro estado e de pôr fim ao *Ancien Régime*.

Além de Hobbes, Locke e Rousseau, também teóricos contratualistas, desenvolveram a concepção de que a sociedade se funda num pacto, mas estes filósofos não concordam quanto à razão determinante de tal pacto, ou quanto às suas cláusulas.¹⁶ Locke foi o grande teórico do Estado Liberal e em seu *Segundo tratado* faz a primeira e a mais completa formulação do Estado liberal, segundo Norberto Bobbio.¹⁷

Tal como Hobbes, Locke é jusnaturalista, pelo que entendia que os homens partiram do estado de natureza e pelo contrato social chegaram à sociedade civil. Para Locke, contudo, o indivíduo precede à sociedade.

Para este teórico, em um estágio pré-social, e, portanto, pré-político, o homem vivia na mais perfeita harmonia, em liberdade. O Estado de natureza era um estado de liberdade, igualdade, paz e não um estado de guerra, como preconizado por Hobbes. Para ele, desde então, os homens já eram dotados de direitos naturais (vida, liberdade, bens, enfim, propriedade em sentido lato e também em sentido estrito).

É, segundo ele, a possibilidade de violação dos direitos naturais (vida, liberdade, bens) que pode colocar os indivíduos em estado de guerra recíproco, que levaria os homens a decidirem e estabelecerem livremente entre si o contrato social, cujo objetivo precípua seria a preservação da propriedade, o fortalecimento dos direitos que os indivíduos já possuíam originalmente no estado de natureza.

O filósofo defende, ademais, um estado protetor da vida, da liberdade e dos bens individuais, mínimo, posto que a violação deliberada da

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

¹⁷ WEFFORT, Francisco C.. *Os Clássicos da Política*. Vol. I. 13ª ed. São Paulo: editor ática, 2004. p. 84.

propriedade e o uso da força sem amparo legal colocariam o governo em estado de guerra contra a sociedade, legitimando o povo à resistência à tirania. O direito de resistência é reconhecido por Locke como o direito de recorrer à força para depor o governo rebelde.¹⁸

Perceptível que a concepção do direito de propriedade como um direito natural, portanto, inalienável, passível de ter a máxima proteção do Estado, representa mais um avanço para a consolidação do mundo burguês. E nesta linha, a teoria de Locke, ao pôr o Estado como garantidor das liberdades individuais, contribui ainda mais para o ideal da classe burguesa, vez que somente um Estado submetido às leis, limitado, pode ser garantidor da esfera de liberdade individual. Daí o direito de resistência mesmo.

“O Estado tem, assim, como função fazer com que as leis sejam observadas pelos indivíduos e por ele próprio; preservar o bem-estar comum e, conseqüentemente, proteger a liberdade. Tal liberdade cessa quando o próprio Estado não se submete, ele também, às leis que o criaram e que estão endereçadas igualmente a todos na sociedade.”¹⁹

Para a limitação do poder do político, Locke considera a separação de poderes e a supremacia do poder legislativo sobre os demais poderes (o denomina poder supremo) como fundamentos do estado civil. O princípio da separação de poderes será mais profundamente teorizado, contudo, por Montesquieu, às vésperas da Revolução francesa.

Diversamente dos teóricos do contrato social, Montesquieu estuda o estado de sociedade, investigando o funcionamento das instituições políticas, formulando a teoria dos três tipos de governo (quem detém o poder): monarquia, república e despotismo. Para Montesquieu, a monarquia era o regime que propiciaria maior estabilidade aos estados. Entretanto, não defendia o teórico a pura e simples restauração da monarquia absoluta, mas

¹⁸ Ibid. p. 88.

¹⁹ SULOCCI, Victória-Amália de Barros Carvalho G. de. *Segurança Pública e Democracia*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 24-25.

procurar um limite que desse a moderação necessária ao exercício do poder em um Estado de direito.

Com a teoria da separação de poderes, Montesquieu estabelecia como condição para o Estado de direito a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário, a independência e a interpenetração entre eles. Cada poder, desta forma, seria capaz de contrariar o outro, de ser uma instância independente para moderar o poder do monarca.

É assim que Montesquieu lança em definitivo as bases para o Estado de direito, um estado em que os governantes se submetem às leis e em que o poder político encontra-se dividido e, portanto, limitado. Um Estado submetido ao direito como garantia de liberdade do cidadão (titular de direitos perante o Estado), o Estado liberal burguês.

Com a Revolução Francesa, completa-se a escalada ascendente da burguesia ao poder. É o triunfo dos ideais iluministas²⁰, dos ideais revolucionários do século XVIII. Nesta última etapa, surge o constitucionalismo e com ele as constituições escritas.

Segundo Canotilho, não há, a rigor, um único constitucionalismo, mas vários (o constitucionalismo inglês, o americano, o francês), pelo que prefere o autor dizer que existem diversos movimentos constitucionais. Para ele, constitucionalismo pode ser definido como “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”²¹

²⁰ “Compreende-se que a filosofia do iluminismo seja a filosofia da burguesia. O burguês é o homem novo, que luta pelas reformas progressivas contra o obscurantismo e os privilégios da aristocracia e do clero. Sua filosofia é a filosofia da libertação, isto é, de um ideal realizado intelectualmente, mas não socialmente. A liberdade de comércio, a abolição dos privilégios e das imunidades das outras duas classes, a divulgação da cultura, a revisão do sistema fiscal, etc., são os motivos da filosofia do século XVIII, mas são especialmente as aspirações da burguesia. Poder-se-ia afirmar que o Iluminismo é a filosofia do terceiro Estado, mas não a filosofia do povo, em relação ao qual, pelo contrário, os *philosophes* nutrem uma certa desconfiança, pelo menos enquanto não for realizada a sua educação.” - BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. V I. 12ª ed. Brasília: Editora UNB e L.G.E Editora, 2004. p. 609.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Editora Almedina, p. 51.

Assim, o liberalismo culmina na Constituição como documento escrito e solene a organizar o Estado, adotando a separação de poderes, para limitar e moderar o poder político, para garantir os direitos dos indivíduos, através de uma declaração de um conjunto de direitos fundamentais e dos modos de garantia dos mesmos.

A constituição funcionava, assim, como arma ideológica contra o *Ancien Régime*, consoante Manoel Gonçalves Ferreira Filho, contra a confusão entre o monarca e o Estado, instituindo o governo moderado, de respeito às liberdades individuais. Para o autor, o constitucionalismo visa estabelecer em toda parte regimes constitucionais, de governos moderados, de poder limitado, devedores de respeito a constituições escritas.²²

Enfim, a Revolução Francesa procurou estabelecer uma nova ordem sobre os direitos naturais individuais. Os direitos passaram a ser concebidos como individuais, subjetivos, nascendo todos os homens livres e iguais em direitos, cidadãos (uma categoria jurídica criada pela revolução burguesa que visa uma aparente igualdade geral). A ruptura com o antigo regime, com o surgimento de um novo regime, representa, antes de tudo, uma nova ordem social.

A burguesia, portanto, defendeu os valores de igualdade e liberdade, sendo, por via de conseqüência, apoiada pelos demais integrantes do terceiro estado, também destituídos de poder e privilégios. Com a bandeira liberal revolucionária a burguesia incitou à revolução o restante da população oprimida e chegou ao poder, pondo fim à monarquia absoluta, ao antigo regime, na realidade, seu único objetivo, já que a ela não interessava de fato a expansão dos direitos de igualdade e liberdade a todo o povo.

Este modelo de *État Légal*, no qual se afirma a soberania da lei e a submissão do poder político ao direito, representou, no momento seguinte à revolução, um estado burguês reacionário para evitar que as classes populares levassem à frente suas reivindicações, permanecendo, nesta

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 6.

primeira fase, tão somente no papel, apenas declarados formalmente, os valores de liberdade, igualdade e fraternidade. Para a burguesia, afinal, bastava a igualdade formal, a igualdade perante a lei. A ela não interessava a igualdade material.

“A passagem da esfera da legitimidade para a esfera da legalidade assinalou, dessa forma, uma fase ulterior do Estado moderno, a do Estado de direito, fundado sobre a liberdade política (não apenas privada) e sobre a igualdade de participação (e não apenas pré-estatal) dos cidadãos (não mais súditos) frente ao poder, mas gerenciado pela burguesia como classe dominante, com os instrumentos científicos fornecidos pelo direito e pela economia na idade triunfal da Revolução Industrial.”²³

Com o desenvolvimento do modelo industrial, fruto das revoluções burguesas e dos avanços alcançados no campo das ciências naturais, notadamente da física, surge uma nova classe social: o proletariado ou a classe operária urbano- industrial.

Com as crescentes lutas sociais e tensões entre esta nova classe, a burguesia industrial e o Estado não- intervencionista, desenvolveram-se a crítica social, as idéias socialistas, a organização sindical e política da classe operária.

No bojo dessas mudanças surgiram os questionamentos acerca da contradição, do abismo existente entre os princípios e direitos formalmente declarados nas cartas de direitos e constituições e a realidade social da grande maioria do povo, agravada pela Grande Depressão que assolou o mundo nas décadas de 1920 e 1930. A garantia material desses direitos começou a ser exigida.²⁴

Foi somente com o chamado Welfare State, o Estado social, que as necessidades substanciais das classes subalternas foram atendidas, com a ingerência estatal na economia, ao contrário do que prega o liberalismo em

²³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. V I. 12^a ed. Brasília: Editora UNB e L.G.E Editora, 2004. p. 430.

²⁴ DORNELLES, João Ricardo W.. *O que são direitos humanos*. 1a reimpr. Da 2^a ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 22-31.

sua essência, segundo o qual ao Estado só cabem os deveres negativos, de se abster e respeitar as liberdades individuais.

Com a crise do capitalismo no início do século XX, a burguesia foi obrigada a fazer algumas concessões aos proletários para preservar o capitalismo mesmo e se preservar no poder. Enfim, “O Estado muda para não mudar.”²⁵ Eis o Estado social, já suficientemente abordado, dentro do escopo deste trabalho (que pretende manter seu foco no Estado Democrático de Direito), no item 2.1.

Por fim, o Estado Democrático de Direito vem como resposta aos anseios de participação popular na esfera política, como ideal a ser alcançado no pós 2ª guerra mundial, com a (re)valorização da democracia e do ser humano, da vida humana, da dignidade humana, enfim, da dignidade da pessoa humana.

Uma vez que o Estado de direito possa degenerar em um estado autoritário protagonista das maiores barbáries, necessário dar-lhe um conteúdo democrático, uma legitimidade popular, fundada na soberania do povo.

“O Estado constitucional não deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma “linha Maginot” entre “Estados que têm uma constituição” e “Estados que não têm uma constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem que estrutura-se como **Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo.**”²⁶ (grifo nosso).

As demais considerações acerca do Estado democrático de direito já foram tecidas no item 2.1, pelo que desnecessárias mais notas, que se revelariam destituídas de qualquer propósito, que não o meramente protelatório.

²⁵ SULOCCI, Victória-Amália de Barros Carvalho G. de. *Segurança Pública e Democracia*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 33.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Editora Almedina, p. 98.

1.3. O Garantismo como sinônimo de Estado Democrático de Direito

Tendo como inspiração e norte a Teoria do Garantismo Penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, buscarei trazer novas considerações acerca do assunto que viemos abordando, já que o próprio autor correlaciona o que designa “garantismo” com o Estado Democrático de Direito, até aqui enfatizado.

Esta breve análise nos permitirá uma aproximação maior com nosso objeto de estudo, muito embora ainda estejamos em fase introdutória, pois apresentará o Estado Democrático de Direito do ponto de vista do direito penal e do direito processual penal, como aquele que postula e pratica um direito penal garantista.

O autor apresenta três possíveis significados para o termo “garantismo”. Entretanto, neste trabalho, abordaremos tão somente o primeiro deles, por ser o que nos interessará mais diretamente.

Assim, segundo este primeiro significado, “garantismo” corresponderia a um modelo normativo de direito penal, o modelo SG (Sistema Garantista), cognitivo²⁷ ou de legalidade estrita, um modelo-limite, posto que apenas tendencialmente realizável²⁸, resultado da adoção de dez princípios axiológicos fundamentais, quais sejam: A1- princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito (*Nulla poena sine crimine*); A2- princípio da legalidade, lato senso ou estrito senso (*Nullum*

²⁷ Cognitivo porque, consoante Ferrajoli, o modelo penal garantista equivale a um sistema de minimização do poder e de maximização do saber judiciário. Se trata do chamado cognitivismo processual, assegurado pelo princípio da estrita jurisdiccionariedade. “Daí deriva um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, *afirmações* ou *negações* – de fato ou de direito – das quais sejam predicáveis a *verdade* ou a *falsidade* processual...” (p. 41). O autor afirma que na atividade judicial existem espaços de poder, em parte insuprimíveis, que devem ser objeto de redução e controle e que as garantias penais e processuais penais, como pressupostos da pena, são os instrumentos idôneos a reduzir ao máximo a discricionariedade do poder judicial e a conformá-lo ao modelo SG, que deve funcionar como parâmetro e fundamento de racionalidade de um sistema penal garantista (p. 44).

²⁸ O sistemagarantista SG é um modelo e como tal apresenta-se como um ideal a ser buscado, mas sua realização plena é utopia. Daí se falar em graus de garantismo, no sentido de maior proximidade do modelo paradigma.

crimem sine lege), A3- princípio da necessidade ou da economia do direito penal (*Nulla Lex poenalis sine necessitate*); A4- princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; A5- princípio da materialidade ou da exteriorização da ação (*Nulla injuria sine actione*); A6- princípio da culpabilidade (*Nulla actio sine culpa*); A7- princípio da jurisdicionariedade, lato senso ou estrito senso (*Nulla culpa sine iudicio*); **A8- princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação** (*Nullum iudicium sine accusatione*); A9- princípio do ônus da prova (*Nulla accusatio sine probatione*) e A10- princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (*Nulla probatio sine defensione*).²⁹

O modelo de estrita legalidade SG é próprio, segundo o autor, com o que concordamos, do Estado de direito, posto que os dez princípios ou axiomas acima elencados que o definem como modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal foram elaborados pelos teóricos jusnaturalistas e iluministas como limites ao poder absoluto e, aqui, mais particularmente, ao poder penal absoluto, tal qual descrevemos em linhas gerais nos itens antecedentes (2.1 e 2.2).

Dos dez axiomas referidos, princípios garantistas ou garantias, aquele que, de acordo com o autor, caracteriza especificamente o sistema cognitivo SG é o princípio da legalidade estrita (*Nulla Lex poenalis sine necessitate*), porque exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal e se comporta como condição de validade ou legitimidade das leis vigentes, daí a nomenclatura modelo de “estrita legalidade” SG.³⁰

Assim, cada um dos axiomas que compõe o modelo de direito penal garantista enuncia uma condição *sine qua non* para a imputação da responsabilidade penal e da pena.³¹ São, portanto, garantias que servem

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2006. p.91. Os símbolos são utilizados pelo próprio autor para identificar cada um dos axiomas.

³⁰ Ibid. p. 786.

³¹ Ibid. p. 90.

para condicionar o exercício do poder punitivo, deslegitimando qualquer atuação ilimitada ou absoluta.

Daí a correlação com o Estado de Direito, como instituição política (e o Estado é o único titular do poder punitivo, que detém o monopólio do uso da força, segundo as teorias do contrato social) que se encontra submetida ao império da lei, cujo exercício do poder é, pois, permanentemente condicionado e vinculado, com o intuito de que não se torne absoluto, desnaturando em um estado totalitário (ou autoritário).

Desta forma, o “garantismo” como modelo de estrita legalidade SG se caracteriza, por um lado, como um sistema cognitivo ou de poder mínimo (e saber máximo), haja vista o condicionamento de seu exercício pelas garantias penais e processuais penais, e por outro, sob o ponto de vista político, como modelo de proteção e tutela, posto que possui como um de seus escopos a minimização da violência e a maximização da liberdade, através de “um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.”³²

Neste sentido o autor, *in verbis*:

“No primeiro dos três significados acima distinguidos, o “garantismo” é a principal conotação funcional de uma específica formação moderna que é o Estado de Direito.”³³

Há de se observar, ademais, que somente os Estados de Direito em que o princípio da legalidade seja observado em seu sentido estrito, nos quais o exercício do poder esteja condicionado não somente em sua forma, mas também em seu conteúdo, portanto, os Estados constitucionais, de constituição rígida mais especificamente, que incorporam em suas Cartas Magnas limites formais e substanciais ao exercício do poder, podem ser

³² Ibid. p. 786.

³³ Ibid. p. 789.

entendidos como sinônimos de “garantismo”, que consubstancia, conseqüentemente, não um mero Estado legal, mas um Estado com as seguintes características enunciadas por Ferrajoli neste trecho:

“um modelo de Estado nascido com as modernas constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público – Legislativo, Judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) **no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.**”³⁴ (grifo nosso).

Ainda segundo o pensamento de Ferrajoli, o direito penal possui uma dupla função preventiva, que corresponderia ao seu objetivo: a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira fixaria o limite mínimo da pena a ser aplicada pelo desvio e refletiria o interesse da maioria não desviante e a segunda fixaria o limite máximo de pena, refletindo o interesse do réu. Somente a segunda função, contudo, afigurar-se-ia como necessária e suficiente para fundar um modelo de direito penal mínimo, garantista, segundo o modelo SG. Ademais, somente este objetivo de proteção do inocente (princípio da presunção de inocência) e de minimização da reação social face ao delito cometido serve para distinguir o direito penal de outros sistemas de controle social.³⁵

Assim, a finalidade geral do direito penal pode ser vislumbrada como um óbice ao exercício arbitrário das próprias razões, como um abrandamento da violência na sociedade e da resposta social ao delito, serve, de um lado, para evitar o delito e, de outro, a vingança social, esta

³⁴ Ibid. p. 790.

³⁵ Ibid. p. 311.

dupla violência. Trata-se, ainda, e, em sua essência, da tutela do mais fraco: seja este a vítima do delito ou o réu, vítima da vingança.

“Precisamente – monopolizando a força, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados – a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que **o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-los) contra as vinganças e outras reações mais severas.**”³⁶ (grifo nosso).

Seguindo esta linha de raciocínio, o autor conclui que o “garantismo” é base da democracia substancial e que esta é sinônimo de Estado de Direito, desde que dotado de efetivas garantias. Assim, Estado de Direito equivaleria à democracia, por refletir, além da vontade da maioria³⁷, os interesses e vontades vitais de todos, posto que nem sobre tudo se pode decidir ou não decidir, nem mesmo por maioria.³⁸

O autor propõe, pois, uma redefinição do conceito de “democracia”, contrapondo a acima referida democracia substancial à democracia formal

³⁶ Ibid. p. 311.

³⁷ “Para tanto, os vínculos no Estado Democrático de Direito, de viés garantista, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecidível. Em outras palavras, nem mesmo por maioria pode-se violar/negar os Direitos Fundamentais dos indivíduos que não foram alienados no momento da criação do Estado Civil.” – ROSA, Alexandre morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4-5.

³⁸ “Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Sob este aspecto o Estado de Direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático.”- Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão*. 2^a ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 792. Ainda: “O pensamento jusnatural e contratual do Iluminismo formulou esta regra primária da relação entre Estado e cidadão e da convivência civil entre maioria e minoria, concebendo os direitos vitais do homem como “naturais” e a sua garantia como condição de legitimidade daquele “homem artificial que é o Estado” e do pacto social por ele assegurado. A grande inovação institucional da qual nasceu o Estado de direito foi, contudo, a positivação e a constitucionalização destes direitos por meio daquilo que (...) chamei de “incorporação limitativa”, no ordenamento jurídico, dos correspondentes deveres impostos ao exercício dos poderes públicos. É com a estipulação constitucional de tais deveres públicos que os direitos naturais se tornam direitos positivos *invioláveis*, e muda, por isso, a estrutura do Estado, não mais absoluto mas limitado e condicionado.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2^a ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 793.

ou política, ancorada no princípio da maioria e no princípio da representatividade.

“Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto.”³⁹

Sendo a soberania do povo o único fundamento para o exercício do poder em um Estado representativo de democracia formal ou política, este exercício, desde que represente a vontade da maioria, e isto bastará, será legítimo. Já quanto ao Estado de Direito concebido como sinônimo de democracia substancial e baseado no “garantismo” imprescindível será que as instituições sejam instrumentos da satisfação dos interesses básicos, fundamentais, de todos. A legitimidade aqui, por sua vez, só será alcançada com a efetiva tutela destes interesses.⁴⁰

“Com uma fórmula sumária podemos representar um semelhante ordenamento como *Estado liberal mínimo* e ao mesmo tempo como *Estado social máximo*: Estado (e direito) mínimo na esfera penal, graças à diminuição das restrições da liberdade aos cidadãos e à correlativa extensão das vedações legais impostas à sua atividade repressiva; Estado (e direito) máximo na esfera social, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las.”⁴¹

³⁹ Ibid. p. 797.

⁴⁰ “Com efeito, a *Teoria Geral do Garantismo*, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus *Direitos Fundamentais*, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a *democracia material*, na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, tendo-se em vista a supremacia constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CF, art. 5o, § 2o), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos.”- ROSA, Alexandre morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4. (grifo nosso).

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 799.

Por tudo que foi exposto, podemos traçar um paralelo com nosso estudo acerca do Estado Democrático de Direito para concluir que este Estado de Direito dotado de efetivas garantias que Ferrajoli aponta como sinônimo de democracia substancial corresponde ao Estado Democrático de Direito, por nós abordado nos itens precedentes (2.1 e 2.2), ainda que brevemente, e apontado como centro deste trabalho.⁴²

Seja qual for a nomenclatura adotada, o que importa é que reconhecamos este Estado como o ideal a ser alcançado, o modelo-paradigma a ser adotado pelo texto constitucional e a ser buscado na prática, haja vista que o abismo existente entre normatividade e efetividade tende a ser tanto maior quanto mais numerosos forem os direitos e garantias individuais que o ordenamento contemple. Eis a diferença entre o ser e o dever ser do direito.

“Segue-se uma latente e estrutural *ilegitimidade jurídica* do Estado de Direito, devida à ambição das promessas formuladas nos seus níveis normativos superiores e não mantidas em seus níveis inferiores. Esta ilegitimidade pode alcançar formas patológicas, quando as normas de nível superior são de todo inefetivas. Mas também nos ordenamentos mais perfeitos existe sempre uma margem talvez estreita, mas irreduzível, de ilegitimidade do poder baseado na vontade, sobre direitos e sobre interesses populares, dado que aquela vontade, aqueles direitos e aqueles interesses não são nunca realizados e garantidos inteiramente. É uma aporia insuprimível de todo o Estado de direito, desconhecida do Estado absoluto, onde não há promessas ou deveres que vinculam juridicamente os poderes públicos e onde validade e vigor coincidem.”⁴³

Desde este ponto de vista, podemos conceber a ordem constitucional brasileira, que adota, inclusive expressamente, o Estado Democrático de Direito, como ideal a ser alcançado pela prática, como parâmetro de

⁴² “De outro lado, **no modelo garantista, além do princípio da legalidade formal, agrega-se o fator conteúdo, rompendo-se com o mero procedimento.** A dominação precisa suplantar a mera formalidade, para chegar a uma **democracia substancial.**”- ROSA, Alexandre morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 10. (grifo nosso).

⁴³ Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 799.

legitimação, a que se deve dar efetividade, e modelo a ser seguido pelo restante do ordenamento jurídico, que deve a ela se conformar.⁴⁴

Finalmente, é justamente aqui que se encontra o âmago desta monografia, na análise do instituto da *Mutatio Libelli* e de sua conformidade (ou desconformidade) constitucional⁴⁵ e, como vimos, conseqüentemente, de sua conformidade (ou desconformidade) com o Estado Democrático de Direito, com o modelo garantista SG, com a democracia substancial, enfim, com o “garantismo”, conforme acima referido, entendido como modelo normativo próprio do Estado (Democrático) de Direito e base da democracia substancial.⁴⁶

⁴⁴ “As crenças normativistas, o normativismo como ideologizada exegese, como garantia efetiva dos direitos fundamentais, são ineficazes e funcionam como se fossem promessas de amor. Aquelas que se formulam os amantes quando sabem que não poderão ser cumpridas. O mesmo acontece com as Constituições que incorporam, qual se fossem promessas de amor, a garantia de certos direitos de cumprimento impossível. As garantias, além de sua expressão normativa, além das palavras de um texto, precisam de orçamento, vontade política para cumprí-las e participação social, que produza o sentido dessas garantias, realizando a sua cidadania. Faltando os requisitos aqui enumerados, limitando-nos às palavras dos textos legais, teremos garantias que funcionam como simples e impossíveis promessas de amor. Expressão de um normativismo romântico. Para fugir do romancismo jurídico da modernidade (todo romancismo não passa de um mero faz-de-contas, utopias que nunca podem converter-se em realidade) precisamos de outros operadores jurídicos, que cumpram mais uma função preventiva, pedagógica e facilitadora da concreção da cidadania. Terminaram os tempos em que se pensava que o cidadão é aquele que escolhe os representantes, que escolhe os órgãos que em seu nome realizariam sua cidadania. A modernidade inventou a cidadania por representação, a transmodernidade está decretando a sua morte, e a substituição por uma concepção que entende que ser cidadão é produzir por conta própria o sentido dos próprios direitos. Os sentidos de nossos direitos como cidadão não estão nos textos legais, passam pelos cuidados e as ações que realizaremos para outorgar-lhes sentido em nossa própria experiência existencial. Estamos falando também de operadores preventivos (juízes, promotores, procuradores, advogados) que não garantam mais pelo uso da força o cumprimento dos direitos fundamentais.” – Apresentação por Luís Alberto Warat do livro - ROSA, Alexandre morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xiv-xv.

⁴⁵ “A *Constituição* nessa concepção garantista, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar.” – Ibid. p. 17.

⁴⁶ “O *garantismo jurídico*, como visto, consiste na tutela de todos esses *Direitos Fundamentais* (liberdades e direitos sociais) assim estabelecidos pela ordem constitucional vigente, os quais representam os alicerces da existência do *Estado Democrático de Direito*, que o alimentam e são, assim, a base da democracia material. Logo, a democracia entendida como *garantista* significa o *Estado de Direito* munido tanto de direitos liberais (*direitos de*) como de direitos sociais (*direitos a*), próprios, esses últimos, dos Estados intervencionistas como o Brasil, não obstante, na prática, constituírem-se em promessas (retóricas) songadas.”- Ibid. p. 12.

2. O MODELO PENAL GARANTISTA SG COMO REPOSTA OS MOVIMENTOS REPRESSIVISTAS. COMO GARANTIR O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

2.1. A influência dos movimentos repressivistas: os novos discursos autoritários

“O sistema penal (material e processual) não pode ser objeto de uma análise estritamente jurídica, sob pena de ser minimalista, ingênua até. O processo penal não está num compartimento estanque, imune aos movimentos sociais, políticos e econômicos.”⁴⁷

A análise, ainda que breve, da ideologia repressivista da “lei e ordem” afigura-se como imprescindível para que possamos contextualizar o objeto de estudo, uma norma, qual seja: o artigo 384 do Código de Processo penal. Partindo-se do pressuposto de que as normas são produzidas por seres humanos, envolvidos em certa cultura, em certo ambiente, influenciados por uma série de idéias, interesses e emoções, revelam-se elas dotadas de uma ideologia e concretizadoras de certos discursos. Se o legislador não é neutro, tampouco o será a norma.

Relevante, portanto, que compreendamos o discurso contrário ao aqui propagado, que está na origem das normas penais e processuais penais que hoje vão de encontro ao texto constitucional, que como vimos adota o Estado Democrático de Direito protetor da dignidade da pessoa humana, de seus direitos fundamentais e garantias.

A ideologia repressivista da “lei e ordem” tem como paradigma a ordem, o estado de coisas em que tudo se encontra em seu devido lugar, onde impera a pureza, como oposto ao imundo ou sujo, aquilo que se encontra fora de seu lugar. Aury Lopes Jr. exemplifica de forma bastante elucidativa e consonante com a nossa realidade: um grupo de favelados

⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 14.

“desceu o morro” e “invadiu” um shopping Center no Rio de Janeiro, o que se tornou notícia no Jornal Nacional.⁴⁸

Assim, segundo tal ideologia, enquanto todos estiverem em seus devidos lugares tudo estará em ordem. Para usar o exemplo anteriormente citado, enquanto os “favelados” estiverem na favela, tudo estará em ordem, do contrário, a desordem se instalará e a repressão deverá ser feita através do controle social.

Mas qual é o critério, como se define a ordem, o que determina qual é o lugar de cada coisa, ou melhor, de cada um?

“Todo tipo de ordem social produz determinadas fantasias dos perigos que lhe ameaçam a identidade. Cada sociedade, porém, gera fantasias elaboradas segundo sua *própria medida* – Segundo a medida do tipo de ordem social que se esforça em ser. De um modo geral, tais fantasias tendem a ser imagens espelhadas da sociedade que as gera, enquanto a imagem da ameaça tende a ser um auto-retrato da sociedade com um sinal negativo. Ou, para o expressar em termos psicanalíticos, a ameaça é uma projeção da *ambivalência* interna da sociedade sobre seus próprios recursos, sobre a maneira como vive e perpetua seu modo de viver. A sociedade insegura da sobrevivência de sua ordem desenvolve a mentalidade de uma fortaleza sitiada. Mas os inimigos que lhe sitiaram os muros são os seus próprios “demônios interiores”- os medos reprimidos e circundantes que lhe permeiam a vida diária e a “normalidade”, e que, no entanto, a fim de se tornar suportável a realidade diária, devem ser dominados, extraídos do cotidiano vivido e moldados em um corpo estranho, um inimigo tangível com que se possa lutar, e lutar novamente, e lutar até sob a esperança de vencer.”⁴⁹

Com o neoliberalismo, a partir da década 1980 do século XX, o Estado se despoja de seu papel de agente social do bem-estar e o mercado passa a ser o regulador social. Com isso, houve a debilitação dos direitos econômicos, sociais e culturais, com os menores investimentos nestes setores e menos programas sociais; a desregulamentação das relações de trabalho; o aumento do desemprego devido à própria desregulamentação e também a novos processos produtivos; a marginalização e exclusão social como reflexos do pouco investimento no social e do desemprego, que se apresenta como estrutural e não mais cíclico, posto que o afastamento do

⁴⁸ Ibid. p. 15.

⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.p.52.

mercado formal de grande contingente de trabalhadores se apresenta como irreversível; a construção de um modelo de segregação social, em que se afastam os indesejáveis do convívio.⁵⁰

Assim, se pensarmos que o modelo social neoliberal se baseia em um Estado social mínimo, em um mercado máximo, em uma sociedade de consumo máxima e que cria uma massa de excluídos tanto dos processos produtivos quanto do consumo, perceberemos que a ordem que se visa assegurar é a ordem da sociedade de mercado, a ordem da classe dominante, daqueles que consomem, que fazem parte do convívio social. E a desordem se encontra justamente ao lado dos excluídos, dos que não consomem, dos segregados do convívio, porque indesejáveis e inúteis.

Logo, o critério é estar ou não integrado à sociedade de consumo, ser ou não útil ao mercado e ao capital. Assim, os que consomem temem os que não consomem porque temem não poder consumir, criam inimigos à imagem de seus próprios “demônios interiores”, parafraseando João Ricardo W. Dornelles, utilizando para tal dos corpos estranhos dos indigentes sociais, dos excluídos, dos miseráveis.

“As políticas implantadas pelo modelo de controle social da ordem neoliberal tendem a naturalizar a desigualdade. Desta maneira, as ciências sociais, com um fundamento positivista, buscam “fazer parecer normal” a desigualdade, justificando e legitimando um tratamento desigual e excludente. Visam, em última instância, a “incapacitação”, a “desqualificação” dos segmentos sociais não integrados ou não integráveis ao mercado.”⁵¹

Os excluídos não são mais tratados como potenciais trabalhadores ou consumidores, como exército de mão de obra, como na época da Revolução Industrial. O capitalismo em sua fase neoliberal dispensa-os como se de lixo se tratasse e opta por segregá-los definitivamente. Eis o novo papel da pena de prisão, não mais reabilitadora para uma futura reintegração, posto

⁵⁰ DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança .Entre Pombos e Falcões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 27-28.

⁵¹ *Ibid.* p. 35.

que a estratégia neoliberal de desqualificação humana⁵² ou incapacitação torna os desviantes simplesmente incapazes de recuperação, uma vez que são imprestáveis para um modelo socioeconômico de alta competitividade, no qual os excluídos não têm vez.

Eis o discurso que embasa um direito penal máximo, como meio de controle social, de controle da massa excluída e de manutenção da classe dominante, da sociedade de consumo, do mercado, do capital.

“Desta maneira é que as campanhas de “lei e ordem”, partindo do seu pragmatismo supostamente neutro e objetivo, têm como porta-vozes os setores que sustentam uma repressão crescente como “solução para o problema da delinquência”. Estas práticas se expressam em políticas criminais baseadas em um direito penal de emergência ou nas chamadas políticas de “tolerância zero”, caracterizadas por mais repressão policial, mais criminalização de condutas, mais encarceramento, maior censura social para exercer uma “higiene social” através de medidas de vigilância, controle, repressão direta e segregação.”⁵³

Conclui-se que, consoante a ideologia da “lei e ordem”, os consumidores falhos são tidos por impuros, por objetos fora do lugar, que devem ser detidos e neutralizados. Entre o Estado Social máximo (ou Estado Providência) e o Estado Penitência⁵⁴ vence o segundo, posto que mais prático encarcerar que restabelecer o status dignitatis do excluído.

“A crescente magnitude do comportamento classificado como criminoso não é um obstáculo no caminho para a sociedade consumista plenamente desenvolvida e universal. Ao contrário, é seu natural acompanhamento e pré-requisito. É assim, reconhecidamente, devido a várias razões, mas eu proponho que a principal razão, dentre elas, é o fato de que os “excluídos do jogo”(os *consumidores falhos* – os consumidores insatisfatórios, aqueles cujos meios não estão à altura dos desejos, e aqueles que recusaram a oportunidade de vencer enquanto participavam do jogo de

⁵² “A política criminal neoliberal, segundo um modelo ultraconservador de controle social, elabora um discurso de “combate à delinquência” que torna menos humanos os delinquentes. Este processo de “desumanização” segue o efetivo abandono progressivo das concepções de “correção”, tratamento, reabilitação e ressocialização que tinham como efeito retórico a intenção de inclusão social, de “salvar o humano” em cada um dos desviados ou delinquentes, para adestrá-los, discipliná-los e integrá-los de forma produtiva à parte saudável da sociedade” – Ibid. p. 35-36.

⁵³ Ibid. p. 38.

⁵⁴ Expressão utilizada por Aury Lopes Jr. em: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 14.

acordo com as regras oficiais) são exatamente a encarnação dos “demônios interiores” peculiares à vida do consumidor. Seu isolamento em guetos e sua incriminação, a severidade dos padecimentos que lhes são aplicados, a crueldade do destino que lhes é imposto, são –metaforicamente falando– todas as maneiras de exorcizar tais demônios interiores e queimá-los em efígie.”⁵⁵

Aury Lopes Jr. traz como exemplo atual da aplicação desta ideologia enquanto política de segurança pública a atuação do *Manhattan Institute*, que, incumbido de aplicar os princípios da economia de mercado às questões sociais, se insurgiu contra o Estado Providência da era Reagan, publicando uma obra intitulada “Losing Ground: America Social Policy, 1950-1980” em que buscou demonstrar que o aumento da pobreza teria sido efeito da excessiva generosidade das políticas públicas na área social, posto que estas teriam atuado como recompensa pela inatividade.⁵⁶ Ainda neste afã, o instituto lançou a *broken window theory*, segundo a qual todos e quaisquer desvios de comportamento devem ser reprimidos, posto que alguém que com uma pedra quebra uma janela hoje, pode amanhã voltar para cometer delitos mais gravosos.

Outro exemplo colacionado pelo autor que se configura bastante elucidativo é o que diz respeito à aplicação da política do *zero tolerance* a cidade de Nova York pelo prefeito Rudolph Giuliani, que transformou a cidade, usando a expressão cunhada pelo autor, na vitrina mundial dessa política repressivista.

“Salta aos olhos que o modelo de tolerância zero é cruel, desumano e totalmente aético. Os socialmente etiquetados⁵⁷ sempre foram os clientes preferenciais da

⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.p.57.

⁵⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 16.

⁵⁷ O sistema penal e o aparato repressivo do Estado não atuam sobre todos os indivíduos da mesma maneira. Há uma seleção das condutas que são efetivamente levadas ao conhecimento da polícia e do judiciário, bem como das que serão de fato punidas, pelo que pode-se falar em três tipos de criminalidade: a criminalidade legal, constituída da pequena parcela dos crimes que são efetivamente punidos; a criminalidade aparente, sendo aquela que, muito embora levada ao conhecimento da polícia e do judiciário, acaba sem punição; e a criminalidade real, a verdadeira cifra de crimes praticados no seio social. Desta forma, percebe-se a existência de uma cifra negra, uma grande parcela de crimes que não é selecionada pelo aparato de controle social. Eis a

polícia e, com o aval dos governantes, nunca se matou, prendeu e torturou tantos negros, pobres e latinos. A máquina estatal repressora é efficientíssima quando se trata de prender e arrebentar hipossuficientes. Nos países da América Latina a situação é ainda mais grave.”⁵⁸

Assim, a ideologia da Defesa social, da “lei e ordem”, da Tolerância Zero eleva a segurança ao patamar de “O” direito fundamental do homem⁵⁹, que se sobrepõe, portanto, aos demais direitos fundamentais, entre eles o direito a vida, à dignidade, à integridade psicofísica da grande maioria de seres humanos excluídos, o que não se afigura razoável, principalmente levando-se em conta a técnica da ponderação de interesses, que privilegia o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida em detrimento dos demais.

“O movimento da lei e ordem significa uma triste opção pela gestão penal da pobreza.”⁶⁰

Por fim, nos resta pontuar que o ordenamento jurídico brasileiro está contaminado pela ideologia repressivista aqui analisada, seja nos dispositivos penais e processuais penais oriundos do Estado Novo⁶¹ e do regime militar, quando do império da ideologia da Defesa Nacional, seja nas novas normas inspiradas na ideologia da “lei e ordem, entre eles” a Lei dos Crimes Hediondos (L. 8.072/90).

seletividade do sistema penal, que gera inevitavelmente um processo de rotulação daqueles indivíduos selecionados. Os estigmatizados são, em sua maioria, a massa desempregada e excluída da sociedade capitalista, a mão de obra desnecessária, o “lixo humano”.

⁵⁸ Ibid. p. 17.

⁵⁹ SULOCCI, Victoria-Amália de Barros Carvalho G. *Segurança Pública e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 20.

⁶¹ O Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941), tendo entrado em vigor em pleno Estado Novo, apresenta nítidas influências da Carta de 1937, esta, por sua vez, notoriamente inspirada no regime facista italiano. Exemplo incontestável da adoção nada púdica da ideologia da Defesa Social pode ser vislumbrado na redação do item II da Exposição de Motivos do referido código, onde se percebe que o que prepondera é o interesse do Estado em detrimento do interesse do cidadão.

Neste trabalho, ao contrário, vamos continuar nos filiando à ideologia garantista, que defende que o direito penal deva ser mínimo e o Estado social máximo, acreditando que o processo penal e suas garantias devam atuar como óbices ao exercício do poder máximo e como protetores do mais fraco, seja ele a vítima ou o réu, como filtro que evite o abuso do poder de perseguir e penar.⁶² Isto porque nada justifica a violação (muito menos institucionalizada) dos direitos fundamentais dos (todos) seres humanos.

2.2. Processo – funções e fundamento de existência

“Acredito que um dia as pessoas compreenderão que a forma no processo penal é uma garantia inarredável. É possível reprimir o crime e punir o criminoso com garantias, pois o respeito às regras do jogo (*Il processo come giuoco*, parafraseando Calamandrei) não se confunde com impunidade.”⁶³

A ideologia sobre a qual se digressionou no item anterior (3.1), ao ser transplantada para o âmbito do processo (penal), gera a noção de busca pela eficiência a qualquer custo. Assim, conforme aludimos acima, o indivíduo excluído do convívio social, quando desviante, deve ser objeto de uma ação efetiva para que se chegue à sanção correta (máxima). O fim do processo, quando imbuído de tais ideais, passa a ser, pois, a produção do ato maior de segregação, de uma “declaração de exclusão jurídica”, nas palavras de Aury Lopes Jr.⁶⁴, em forma de sentença, ato formal do Estado-Juiz, que legitima em definitivo a descartabilidade do ser humano (desviante).

Neste sentido:

⁶² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 21.

⁶³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. xl.

⁶⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p. 36.

“A premissa neoliberal de Estado mínimo também se reflete no campo processual, na medida em que a intervenção jurisdicional também deve ser mínima, tanto no fator tempo (duração do processo)⁶⁵, como também na ausência de um comprometimento maior por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático.”⁶⁶

Eis o utilitarismo processual no sentido de eficiência antigarantista, termo utilizado por Aury Lopes Jr. para se referir ao fenômeno ora analisado.

“O utilitarismo está relacionado à idéia do combate à criminalidade a qualquer custo, a um processo penal mais célere e eficiente, no sentido de diminuir as garantias processuais do cidadão em nome do interesse estatal de mais rapidamente apurar e apenar condutas. É sinônimo de exclusão, supressão de direitos fundamentais para alcançar a máxima eficiência (antigarantista). É ainda, a matriz constitucional-garantista, importante instrumento de resistência ao crescente movimento de terror no direito penal e processual, com seus maniqueísmos grosseiros do estilo *direito penal do inimigo*.”⁶⁷

Seguindo os passos deste autor, apresentaremos em breve síntese uma desconstrução do utilitarismo processual tendo por referência a Constituição, que como vimos adota o Estado Democrático de Direito, e a Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, que nos serve de modelo- limite.

Já a teoria geral do processo nos leciona, através do princípio da instrumentalidade das formas, e, mais especificamente, da instrumentalidade do processo, que este último não passa de um instrumento a serviço da realização do direito material. Este instrumento, contudo, possui papel fundamental e é, portanto, importantíssimo, uma vez que é através de sua ritualística que se asseguram os direitos individuais fundamentais. O processo atua, portanto, como instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, seja contra o exercício abusivo do poder

⁶⁵ Neste sentido, inclusive, já houve emenda constitucional acrescentando o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Carta Constitucional de 1988, tornando direito fundamental a duração razoável do processo, que representa uma meta a ser buscada pelo poder judiciário, mas que deve, na seara penal, ser interpretada com certa reserve, sob pena de violação de outros direitos fundamentais, vez que a supressão de tempo pode significar a supressão de garantias.

⁶⁶ Ibid. p. 36.

⁶⁷ Ibid. p. 49.

por parte do Estado, seja contra a reação informal da sociedade à prática do desvio.

Neste sentido, se fala em tutela constitucional do processo, pondo-se este a serviço da norma maior. Este é o dever ser, é o que deve buscar o processo atual: ser um processo em consonância com a ordem constitucional, com o Estado Democrático de Direito, com o Estado penal mínimo e social máximo, com o Garantismo enquanto substrato da democracia substancial.

“Nessa democratização do processo penal e ingresso no modelo transformador, o sujeito passivo deixa de ser visto como um mero objeto, passando a ocupar uma posição de destaque enquanto parte, com verdadeiros direitos e deveres.”⁶⁸

Tudo isto está na contramão do movimento da lei e ordem e de seu reflexo no direito processual penal através do utilitarismo processual de eficiência antigarantista e está de acordo com o que expusemos acerca de Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, com o que se irá defender nesta monografia.

“Em resumo: o garantismo⁶⁹ encontra sua antítese no Direito Penal máximo e no utilitarismo processual, ambos tão em voga ultimamente.”⁷⁰ Conclui-se, destarte, que ao modelo de direito penal mínimo corresponde o processo penal garantista.

Assim, a função do processo é ser instrumento ou veículo do exercício da jurisdição e garantia dos direitos fundamentais das partes. Neste contexto, o juiz, como aquele investido de jurisdição, deve zelar pela

⁶⁸ Ibid. p. 42-43.

⁶⁹ **“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade...** – FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª Ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2006. P. 312. (grifo nosso).

⁷⁰ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 49.

rigorosa observância do processo e ser ele mesmo garantidor dos direitos fundamentais das partes, notadamente dos réus no processo penal.

“O que faz do processo uma operação distinta da *justiça com as próprias mãos* ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato de que ele persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados **juntamente com a tutela dos inocentes**”⁷¹ (grifo nosso).

“O problema axiológico da justificação volta a identificar-se, pois, como na época iluminista, com o problema das garantias penais e processuais, ou seja: aquele das técnicas normativas mais idôneas para minimizar a violência punitiva e aquele de exponenciar ao máximo a tutela dos direitos, que são precisamente os objetivos – jamais perfeitamente realizáveis, de fato amplamente irrealizados, mas, contudo, não totalmente irrealizáveis – que, por si só, justificam o direito penal. Existe, pois, uma correspondência biunívoca entre justificação externa ou ético- política e garantismo penal. Um sistema é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária na sociedade. E atinge tal objetivo à medida que satisfaz as garantias penais e processuais do direito penal mínimo. Estas garantias se configuram, portanto, como outras condições de justificação do direito penal, no sentido que somente a atuação destas vale para satisfazer-lhes os objetivos justificantes.”⁷²

Desta forma, o fundamento de existência, legitimante, do processo penal (democrático) é sua instrumentalidade constitucional. O processo penal será legítimo, portanto, enquanto sirva de instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais.

2.3. Dos modelos processuais penais

No segundo capítulo deste trabalho, buscamos explicar o modelo processual penal garantista SG, segundo desenvolvido por Ferrajoli, em “Direito e Razão”.⁷³ Dissemos, neste afã, que tal modelo se baseia em dez

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª Ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 556.

⁷² Ibid. p. 312.

⁷³ “O modelo garantista descrito em SG apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal. **Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação**

princípios axiológicos fundamentais (A1- princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; A2- princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; A3- princípio da necessidade ou da economia do direito penal; A4- princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; A5- princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; A6- princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; A7- princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; A8- princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; A9- princípio do ônus da prova ou da verificação; A10- princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade) e que cada um destes axiomas que compõe o modelo de direito penal garantista enuncia uma condição *sine qua non* para a imputação da responsabilidade penal e da pena, funcionando, pois, como garantias que servem para condicionar o exercício do poder punitivo.

Neste item, nosso intuito é analisarmos um modelo específico de processo penal, qual seja aquele que Ferrajoli chama de sistema “sem acusação separada” S2⁷⁴. E isto se afigura possível ao adotarmos a teoria de Ferrajoli no sentido de que por ser o sistema garantista SG um modelo-limite, irrealizável em sua plenitude até no mais perfeito dos sistemas penais, os sistemas reais nada mais seriam que aquele sistema ideal com deficiências estruturais, que Ferrajoli aponta como sendo a ausência de ou o desrespeito a uma ou mais garantias penais e processuais penais.

“Por outra parte, ao estarem concatenados entre si os dez princípios do sistema SG, cada um deles estará reforçado e especificamente conotado por todos os demais, no sentido de que o alcance garantista de cada um dos dez axiomas será tanto maior quanto mais numerosas sejam as condições, que por sua vez devem satisfazer as condições conseqüentes, estabelecidas em cada um. Disso deriva que o sistema garantista SG pode resultar debilitado, por subtração devida à falta ou à lesão de algumas das condições ou garantias, indicadas como necessárias para a imposição da pena.... Só por isso será possível agora formular uma tipologia, obviamente

perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente estabelecidos.” - Ibid.p. 101. (grifo nosso).

⁷⁴ Ibid. p. 96.

esquemática, dos modelos teóricos de direito penal segundo o número ou o tipo de garantias asseguradas por eles e, portanto, segundo a medida e o *grau* como se acercam ou se afastam de nosso modelo-limite SG. Essa tipologia serve, ademais, para explicar e para valorar os distintos sistemas penais concretos, considerados tanto em sua dimensão normativa quanto na de seu efetivo funcionamento e, por isso, para identificar seus perfis de *irracionalidade*, de *injustiça* e de *invalidez*.”⁷⁵

O modelo teórico de direito penal que nos interessa mais especificamente dentre os apontados pelo autor em sua tipologia, conforme acima referido, é aquele que se caracteriza pela ausência do axioma A8 (*Nullum iudicium sine accusatione*)⁷⁶, que daria origem ao que Ferrajoli chamou de sistema “sem acusação separada” S2. Esse sistema configura o modelo inquisitorial e, portanto, o autor o classificou dentre os modelos de processo penal autoritário.

O sistema inquisitório será mais detalhadamente estudado mais a frente, contudo, cabe aqui tecermos algumas considerações.

O método inquisitivo aparece nos ordenamentos em que o juiz tem funções acusatórias, em que não há uma nítida separação entre o acusador e o julgador, que fica, por via de consequência, com sua imparcialidade comprometida. A falta de separação entre a acusação e o julgador implica no comprometimento, por sua vez, de todas as demais garantias do acusado, como a garantia da presunção de inocência (princípio constitucional elencado no artigo 5º da nossa Carta Magna, verdadeira cláusula pétrea), a garantia do ônus acusatório da prova, as garantias do contraditório e da ampla defesa. O comprometimento é tamanho que Ferrajoli chega a afirmar que nestes sistemas, o enfraquecimento das garantias processuais pode gerar até a total falta de prova e de defesa, passando os juízos penais a se basearem no poder e não no saber, na arbitrariedade pura e simples, enfim, em critérios de autoridade.⁷⁷

⁷⁵ Ibid. p. 95.

⁷⁶ Vide capítulo 2, item 2.3, quando tratamos do modelo penal garantista SG.

⁷⁷ Ibid. p. 97.

Ferrajoli aponta, ademais, o substancialismo penal e a inquisição processual como as vias mais idôneas a permitir o agigantamento e o descontrole da intervenção punitiva, bem como sua máxima incerteza e, logicamente, irracionalidade. Isto porque identifica no garantismo a racionalidade do processo penal.

Neste sentido, o autor:

“Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexó profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resulta como determinável a “verdade formal”, inclusive nos limites acima expostos. Uma norma de limitação de modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica.

Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela *incerteza* e *imprevisibilidade* das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontroleabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade...Condenação e pena são nestes casos “incondicionadas” no sentido de que dependem unicamente de uma suposta sabedoria e equidade dos juízes.”⁷⁸

Depois desta esclarecedora citação, acredito que nada mais deva ser dito neste item acerca do sistema inquisitivo, reservando-se para o momento oportuno uma análise mais profunda de suas características e de sua importância para o nosso trabalho.

⁷⁸ Ibid. p. 102-103.

2.4. Das garantias processuais (penais) constitucionais

“Como já foi exposto até aqui, pensamos ser imprescindível que o processo penal passe por uma constitucionalização, sofra uma profunda filtragem constitucional, estabelecendo-se um (inafastável) sistema de garantias mínimas. Como decorrência, o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é a sua *instrumentalidade constitucional*, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas. (...)”

Lidamos com o processo penal desde um olhar constitucional, buscando efetivar a filtragem que o Código de Processo Penal exige para ter aplicação conforme a Constituição. Nessa tarefa, existem princípios que fundam a instrumentalidade constitucional e conduzem a uma (re)leitura de todos os institutos do processo penal brasileiro.”⁷⁹

Isto posto, procedamos a uma análise sumária de tais princípios constitucionais fundantes do processo penal, que, atuando como um sistema de garantias, exigem o respeito à ritualística do processo, às “regras do jogo”, ao devido processo penal, enfim.

Segundo Aury Lopes Jr.⁸⁰, o sistema de garantias processuais penais constitucionais está ancorado em cinco princípios básicos. A mesma sistemática se observa na obra de Luigi Ferrajoli⁸¹. É com base em ambas as obras que se processará a exposição que se segue.

“O devido processo penal constitucional busca, então realizar uma Justiça Penal submetida a exigências de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo *justo* deve atentar, sempre, para a desigualdade *material* que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce monopólio.

Processo *justo* a ser realizado sob instrução contraditória, perante juiz natural da causa, e no qual seja exigida a participação efetiva da defesa técnica, como única forma de construção válida do convencimento judicial. E o convencimento deverá

⁷⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 107.

⁸⁰ *Ibid.* p. 109 e seguintes.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª Ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 495 e seguintes.

ser sempre *motivado*, como garantia do adequado exercício da função judicante e para que se possa impugná-lo com maior amplitude perante o órgão recursal.”⁸²

1. Princípio da jurisdicionalidade:

Como já observamos, quando da análise do sistema penal SG, tal princípio corresponde, na classificação adotada por Ferrajoli, à garantia expressa no axioma A7 (*Nulla culpa sine iudicio*)⁸³ e, de acordo com o autor, consubstancia a garantia processual penal de maior relevância, posto que pressuposto de todas as demais⁸⁴.

A garantia processual de submissão à jurisdição pressupõe não somente a existência de um juiz, mas que este juiz seja o juiz natural, que conduza o processo com imparcialidade, que se submeta à lei, que atue como garantidor dos direitos fundamentais, que seja, enfim, um juiz comprometido com os mandamentos constitucionais, em dar-lhes a maior efetividade possível.

Ferrajoli aponta dois aspectos da garantia da jurisdicionalidade: o sentido lato e o sentido estrito. À jurisdicionalidade em sentido lato corresponde a tese “*nulla poena, nullum crimen, nulla Lex poenalis, nulla necessitas, nula iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio*”, já ao sentido estrito corresponde a tese “*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*”.⁸⁵ Ainda segundo o autor, apenas a submissão à jurisdição em sentido estrito reúne as qualidades necessárias para que se identifique um juízo como cognitivo⁸⁶ e, portanto como

⁸² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 7-8.

⁸³ Vide capítulo 2, item 2.3.

⁸⁴ Ibid. p. 495.

⁸⁵ Ibid. p. 495.

⁸⁶ No sentido de cognitivismo que se contrapõe à decisionismo, de saber que se contrapõe a poder. Distinções já abordadas, ainda que brevemente, no capítulo 2 desta monografia, para o qual remeto o leitor.

garantista, em oposição a um juízo substancialista ou de mera submissão à jurisdição (em sentido lato), ao qual o autor se refere como decisionista.⁸⁷

Assim, somente uma concepção do princípio da jurisdicionalidade que revele a exigência de um juiz imparcial, separado da acusação e que permita a ampla defesa do acusado corresponderá ao ideal de um direito penal mínimo, de um modelo processual penal garantista. Somente um julgador que conceba a si mesmo como promotor, protetor, enfim, garantidor dos direitos fundamentais, zeloso do respeito à forma do processo, como garantia de sua idoneidade, estará, pois, cumprindo seu papel consoante a carta constitucional.

“O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais (abandono completo do mito da verdade real⁸⁸).”⁸⁹

Quanto à garantia ou princípio do juiz natural, podemos, dentro da concepção aqui adotada, considerá-la como um (sub)princípio parte e pressuposto do princípio da jurisdicionalidade. Esta garantia significa, em síntese, que os litígios, mais especificamente os delitos, devem ser processados e julgados perante um órgão judicial previamente estabelecido (anterioridade do órgão judicial), que tenha sido criado por lei (legalidade da criação do órgão judicial).⁹⁰ Eis o porquê da proibição dos chamados juízos de exceção (artigo 5º, XXXVII, CRFB), que não se coaduna com a garantia da segurança jurídica, tão cara ao Estado de Direito, posto que ter

⁸⁷ Ibid. p. 497.

⁸⁸ A verdade real será temática abordada no próximo capítulo, no qual se tratará das características dos sistemas processuais inquisitivo e acusatório.

⁸⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 109.

⁹⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em Face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 59.

ciência anteriormente acerca de qual será a autoridade que irá processá-lo e julgá-lo configura direito subjetivo do acusado.

Desta forma, o princípio da estrita submissão à jurisdição apresenta-se como mais complexo, como plenamente de acordo com a orientação constitucional, com o Estado Democrático de direito, tendo como pressuposto um juiz natural, mas que além de natural seja democrático e garantista, que esta, conseguintemente, a serviço da constituição, da garantia dos direitos fundamentais do acusado.

“A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial”.⁹¹

Deve-se ter em conta, contudo, que apenas um juiz imparcial⁹² e, logicamente, independente, pode desempenhar a contento tal função. Apenas um juiz que não esteja submetido a nenhuma pressão de ordem política, que esteja tão somente submetido à lei e a serviço da constituição poderá efetivamente tutelar os direitos fundamentais envolvidos no processo.

Assim, o juiz para ser democrático, com isso cumprindo seu papel (dever) constitucional deve ser natural, imparcial e (para sê-lo) independente (para garantir os direitos fundamentais constitucionais e não

⁹¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 112.

⁹² A imparcialidade cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios ao juiz, o que leva a um sistema inquisitório. O juiz inquisidor é juiz –ator e não juiz- espectador (imparcial), que deixa de figurar como um terceiro alheio aos interesses das partes, o que, por sua vez, compromete a própria estrutura dialética do processo, o contraditório, a isonomia (paridade de armas). Tudo isto será bastante aprofundado no item próprio, por constituir ponto nevrálgico deste trabalho.

para agir com arbitrariedade, é claro, atuando segundo um juízo cognitivo e não decisionista⁹³).

“Contudo, a independência não significa uma liberdade plena (arbitrária), pois sua decisão está limitada pela prova produzida no processo, com plena observância das garantias fundamentais (entre elas a vedação da prova ilícita) e devidamente fundamentada (motivação enquanto fator legitimante do poder).

Não está o juiz obrigado a decidir conforme deseja a maioria, pois a legitimação de seu poder decorre do vínculo estabelecido pela verdade processualmente obtida a partir do caráter cognoscitivo da atividade jurisdicional. A validade da sentença está calcada na verdade *processualmente*⁹⁴ obtida”.⁹⁵

“Ninguém tem o direito de julgar se por “julgar” se entende uma atividade autoritária e não puramente cognitiva: essa não é só uma máxima da ética cristã, mas a regra laica do moderno Estado de direito.”⁹⁶

2. O princípio acusatório:

“Inicialmente, não prevê nossa Constituição –expressamente- a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica.”⁹⁷

⁹³ “O juiz, consciente de seu mister, não se pode deixar despir de sua natureza humana pela toga. Precisa racionalizar, inclusive seus medos. Deve ter presente a função democrática-garantidora que se lhe atribui a Constituição (especialmente no processo penal), jamais assumindo o papel de justiceiro, de responsável pelo *sistema imunológico* da sociedade, com uma posição mais policialesca que a própria polícia; mais persecutória que o próprio acusador oficial. Tolerância, humanidade, humildade são atributos que não podem ser despídos pela toga e tampouco esfiados pelo poder.” – Ibid. p. 112. (Aqui o autor se refere à toga, vestimenta usada pelo magistrado, como um instrumento do ritual judiciário, que identifica com um ritual religioso, que serviria como símbolo de purificação do magistrado, retirando-o da condição de mero mortal e alçando-o ao patamar de divindade no “templo-tribunal”).

⁹⁴ Em contraposição à chamada verdade real, que será abordada mais a frente. – Ibid. p. 120-121.

⁹⁵ Ibid. p. 112-113.

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª Ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 503.

⁹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 174.

Por haver capítulo próprio reservado para a análise dos sistemas processuais acusatório e inquisitório, limitar-nos-emos, nesta seção, a tecer brevíssimos comentários sobre o princípio acusatório, evitando-se assim excessivas (e desnecessárias) repetições.

A Constituição de 1988 adotou o sistema acusatório⁹⁸ e isto se afirma pela interpretação sistemática do texto constitucional, que consagra os direitos fundamentais como clausulas pétreas, que alça a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil⁹⁹ e que expressamente adota, como já refletido nesta monografia, o Estado Democrático de Direito.

Dentre os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, aquele que se afigura mais importante, porque núcleo fundante do sistema e pressuposto dos demais elementos é o princípio que lhe dá nome, o princípio acusatório. Este princípio pode ser identificado no axioma A8 (*Nullum iudicium sine accusatione*), segundo Ferrajoli, e pode ser traduzido na exigência de separação entre juiz e acusação, que determina que o juiz não atue de ofício, se substituindo ao acusador oficial (*ne procedat iudex ex officio*) e que reserva às partes um tratamento isonômico¹⁰⁰.

Desta forma, o princípio acusatório é o que determina que o juiz deva manter-se equidistante das partes, respeitando a dialética do processo, bem

⁹⁸ Apesar da afirmação, há divergência doutrinária quanto ao tema. Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, “a doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do juiz criminal, como um sistema de natureza mista, isto é, com feições acusatórias e inquisitórias.” – OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 10.

⁹⁹ Artigo 1º, III, CRFB. “Portanto, o incipiente e antigo sentimento de dignidade que culminou com a Revolução Francesa e que formulou as bases teóricas da volta ao sistema acusatório e ensejou o ambiente para a doutrina da relação processual, evoluiu no princípio constitucional da dignidade que, hoje, o abriga e consagra. Desta forma, **estão consagrados, também, no princípio constitucional da dignidade, todas as demais garantias processuais enumeradas em outros dispositivos constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e, notadamente, está constitucionalizado um sistema processual que preserve as características fundamentais do sistema acusatório e da concepção do processo como relação processual.**” - CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. O Processo Penal em Face da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 12. (grifo nosso).

¹⁰⁰ Artigo 5º, caput e inciso I, CRFB.

como sua configuração triangular e que atribui ao acusador, como parte autora, o ônus de provar o seu direito, ou mais apropriado à seara processual penal, de provar que há justa causa para a condenação.

Por enquanto bastam estas breves considerações. Remetemos o leitor para o capítulo próprio (item 4.3).

3. Princípio da presunção de inocência¹⁰¹:

Também conhecido como princípio da não-culpabilidade, este princípio é direito público subjetivo de todo aquele suspeito de ter cometido um delito¹⁰². Assim, tal princípio determina que até que se apure em definitivo e mediante juízo de certeza o cometimento da infração que se presume inocente o acusado. Desta forma, assevera a Constituição em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Conseqüência deste princípio é a aplicação do *in dubio pro reo* (artigo 386, II, V e VII, do Código de Processo Penal), não havendo condenação caso as provas produzidas no processo não sejam suficientes para que se possa atribuir com certeza a prática da infração penal ao réu.

Luigi Ferrajoli, assim, entende que o princípio da presunção é decorrência lógica do princípio da submissão à jurisdição (ou da jurisdicionalidade, já por nós referido, em tópico próprio) em sentido lato, no sentido de que não haja culpa sem juízo, e em sentido estrito, exigindo não haja juízo sem que a acusação seja objeto de prova e de refutação.¹⁰³

¹⁰¹ Artigo 5º, LVII, CRFB.

¹⁰² “A Constituição Federal inovou em inúmeros aspectos, e, substancialmente, elevou o Direito Processual ao seu devido lugar de guardião da liberdade individual.” - CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em Face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 95.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª Ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 505.

Sendo a função precípua do direito penal (adequado ao Estado Democrático de Direito), como já consignamos anteriormente, a de tutela do mais fraco perante o mais forte, seja ele a vítima do delito ou a vítima da vingança, atua a lei penal como a “lei do mais débil”, consoante terminologia empregada por Ferrajoli, e o princípio da presunção de inocência adquire não só um caráter protetor da liberdade individual, como também, e em uma perspectiva mais geral, um caráter de garantia da segurança própria do Estado de Direito, posto que funciona como limite ao exercício do poder punitivo.

Por fim, Aury Lopes Jr. traz uma perspectiva interessante ao conceber a presunção de inocência como um dever de tratamento, posto que exige que o réu seja tratado como inocente. Segundo o autor, este dever atua em duas dimensões, uma interna ao processo e outra externa. Na dimensão interna, o dever de tratamento impõe ao juiz que o ônus probatório fique a cargo da acusação e que este proceda à absolvição de forem insuficientes as provas produzidas por aquela. Já na dimensão externa, a presunção de inocência impõe que o acusado seja protegido contra a publicidade abusiva e a estigmatização (nas palavras do autor, o princípio se afigura como limite democrático à “exploração midiática” do delito). Nesse sentido: “O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”.¹⁰⁴

4. Dos princípios do contraditório e da ampla defesa¹⁰⁵:

“O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa, expresso aqui com o axioma A10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é o equivalente jurídico que identifiquei (...) como a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A defesa (...) forma, portanto, o mais importante instrumento de

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 180.

¹⁰⁵ Artigo 5º, LV, CRFB.

solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito...”¹⁰⁶

Concebendo o processo enquanto relação jurídica triangular que liga o Estado juiz de maneira equidistante às partes, autor e réu, o contraditório emerge como elemento essencial, pressuposto lógico e necessário de sua existência. Assim, o processo como disputa ou controvérsia pressupõe, por óbvio, que, se ao autor corresponde o direito à ação, ao réu corresponda o correlato direito à defesa.¹⁰⁷ Eis o contraditório, estrutura mestra do processo (enquanto *disputatio*¹⁰⁸).

Segundo Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, contraditório e ampla defesa perfazem uma mesma garantia processual, posto que um não existe sem o outro.¹⁰⁹ Todavia, os princípios não se confundem, posto que a

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª Ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 564.

¹⁰⁷ “Ora, quando quer e como quer que se cometa um atentado, a ordem legal se manifesta necessariamente por duas exigências, a acusação e a defesa, das quais a segunda por mais execrando que seja o delito, não é menos especial à satisfação da moralidade pública do que a primeira. A defesa não quer o panegírico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais.” – BARBOSA, Rui. O dever do advogado. Carta a Evaristo de Moraes. Pref. De Evaristo de Moraes Filho. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, Aide Ed., 1985. p. 44.

¹⁰⁸ “Graças à sua estreita ligação com a retórica, a ciência jurídica processual se desenvolve, no mundo greco-romano e depois na organização medieval das artes liberais, como *sciencia civilis* e *conjecturalis*, baseada nas regras do *liberaliter disputare* e sobre uma refinada teoria dos erros. Incorpora por tal via os valores democráticos e liberais, além de racionais e laicos, da contraposição entre razões opostas como método maiêutico de discussão e de investigação, de igualdade e de direito à palavra, que excluem verdades de autoridade e postulam a liberdade e paridade dos disputantes, a tolerância das hipóteses e argumentações em conflito, e a relatividade e a provisoriedade das provas e dos juízos no campo das *civiles quaestiones*. Estes pressupostos humanistas foram os que deram origem e alimento – ainda dentro de inúmeras quedas e descontinuidades – à estrutura acusatória do processo penal clássico e à maior parte das garantias processuais: o ônus da prova a cargo do acusador e a presunção de inocência até prova em contrário, o contraditório entre as partes como método de busca da verdade, a imparcialidade e a estranheza do juiz acerca da contenda, a prudência e a dúvida como método de investigação e estilo intelectual, os critérios de exclusão das provas não creditáveis pela fonte ou irrelevantes pelo objeto, a livre convicção do juiz, argumentada, contudo, *juxta alligata et probata*.” – FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª Ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 132.

¹⁰⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em Face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 99.

garantia do contraditório encontra-se inserida na ampla defesa, uma vez que o primeiro implica que a parte tenha direito de participar no processo, de se defender, portanto, enquanto o segundo vai além, ao impor que esta participação seja efetiva. Assim, podemos entender o contraditório como veículo da ampla defesa (pois apenas através daquele se poderá exercer esta) e esta como garantia daquele, vez que o englobe.

Entretanto:

“Destacamos que -na teoria- é facilmente apontável a distinção entre contraditório e direito de defesa. Sem embargo, ninguém pode omitir que o limite que separa ambos é tênue e, na prática, às vezes quase imperceptível. Desse modo, entendemos que não constitui *pecado mortal* afirmar que em muitos momentos processuais o contraditório e o direito de defesa se fundem, e a distinção teórica fica isolada diante da realidade do processo.”¹¹⁰

O princípio ou a garantia do contraditório, assim, consubstancia um método de confrontação entre provas e afirmações opostas, a fim de que ao final, através de um juízo cognitivo, se possa chegar a uma verdade (processual). Perfaz-se, pois, por um conflito disciplinado pelo ritual dialético do processo. Eis o porquê da afirmação de que “O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética.”¹¹¹

Além disso, o contraditório aparece como método de conhecimento do caso penal, posto que sua estrutura dialética de afirmações e negações permite um convencimento judicial mais amplo e consciente (e, conseqüentemente, cognitivo, baseado na confrontação entre as “verdades” opostas, e não potestativo, baseado em argumentos de autoridade). Assim, uma decisão judicial que se baseie na participação integral, plena (durante todo o processo) e conflituosa (*disputatio*) das partes terá maior legitimidade (democrática), tendo, inclusive, “... maior

¹¹⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 183.

¹¹¹ *Ibid.* p. 181.

probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão.”¹¹²

Acerca da ampla defesa, concebendo-a como garantia mais complexa que o contraditório, e, portanto, como que contendo este¹¹³, entendemos que ela extrapola o interesse privado do acusado, sendo o interesse público também e, principalmente, tutelado, posto que a defesa (efetiva) se apresenta como requisito de legitimidade da prestação jurisdicional. Eis o perfil objetivo ou institucional da garantia da ampla defesa, que pode, neste sentido, ser exercida inclusive contra a vontade do réu.¹¹⁴

Estão incluídas nesta garantia duas modalidades de defesa (ou dois aspectos do princípio da ampla defesa): o direito à defesa técnica e à defesa pessoal ou autodefesa positiva e negativa.

A defesa técnica é aquela exercida por advogado, profissional que se supõe tenha conhecimentos teóricos e práticos do direito. Ela se impõe porque visa permitir que haja certa paridade de armas entre as partes, haja vista a hipossuficiência técnica do réu em face do acusador público, autoridade estatal.

“Trata-se de um direito público, de extração constitucional, e subjetivo, eis que o cidadão acusado formalmente tem direito de exigir do Estado o fornecimento de um órgão capaz de defendê-lo, estando o ente estatal obrigado a atendê-lo”.¹¹⁵

¹¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 32.

¹¹³ Neste sentido Pacelli: “Embora ainda hoje haja defensores da idéia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base. É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da garantia de participação, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação.” – Ibid. p. 32.

¹¹⁴ MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p 52.

¹¹⁵ Ibid. p. 53.

Ainda se justifica, dentro da perspectiva da segurança jurídica do Estado de Direito, como uma exigência da própria sociedade, posto que a verificação negativa no caso do delito não constituir fonte de responsabilidade penal é de interesse da coletividade mesma.¹¹⁶ Neste sentido, a defesa técnica se afigura como garantia indisponível, sendo a advocacia e a Defensoria Pública, inclusive, consideradas funções essenciais à justiça, consoante artigos 133 e 134, CRFB.

Quando se afirma que a defesa técnica visa equilibrar a relação jurídica, buscando uma paridade de armas entre as partes, se está afirmando também e por via de consequência que a defesa técnica atua contribuindo para a efetivação de outra garantia fundamental, qual seja a imparcialidade do magistrado, a sua equidistância em relação às partes, que quanto mais participantes e preparadas forem no processo, menos darão espaço para que o juiz interfira no conflito, permitindo que este mantenha sua necessária *terzietà* (alheamento; o juiz como terceiro alheio ao conflito de interesses *sub judice*).

“Na atualidade, a presença do defensor deve ser concebida como um instrumento de controle da atuação do Estado e de seus órgãos no processo penal, garantindo o respeito à lei e à justiça. Se o processo penal deve ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do sujeito passivo, o defensor deve ajustar-se a esse fim, atuando para sua melhor consecução. Está intimamente vinculado ao direito fundamental da salvaguarda da dignidade humana...”¹¹⁷

Já a defesa pessoal ou autodefesa pode ser entendida como uma atuação do próprio sujeito passivo dirigida à resistência à pretensão estatal, como se infere do *nomen juris* mesmo.

O ato mais característico desta modalidade de defesa é o interrogatório do réu, concebido hoje majoritariamente como meio de defesa do acusado e não mais como mero ato de instrução ou meio de prova.

¹¹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 185.

¹¹⁷ *Ibid.* p. 187.

No interrogatório, duas podem ser as atuações do acusado: ele pode atuar de forma positiva (comissão), dando a sua versão dos fatos, ou expressando uma ou outra tese defensiva ou pode ter um atuar negativo (omissivo), reservando-se o direito ao silêncio¹¹⁸. Neste sentido, a defesa pessoal, ao contrário da defesa técnica, é disponível para o sujeito passivo, que pode renunciar ao seu conteúdo (Para o juiz, contudo, ela é indispensável, no sentido de que ele tem o dever de dar a oportunidade ao réu de ser interrogado)

À primeira atitude que pode ser tomada pelo acusado corresponde a autodefesa positiva e à segunda a autodefesa negativa.

“Com relação ao valor probatório do interrogatório, propugnamos por um modelo garantista, em que o interrogatório seja orientado pela presunção de inocência, visto assim como o principal meio de exercício da autodefesa e que tem, por isso, a função de dar materialmente vida ao contraditório, permitindo ao sujeito passivo refutar a imputação ou aduzir argumentos para justificar sua conduta.”¹¹⁹

A autodefesa negativa, por sua vez, advém da natureza de direito do ato de interrogatório, que, dentro de uma lógica garantista do processo, não pode ser concebido de outra forma, não pode ser vislumbrado, portanto, como um dever.

Neste sentido:

“O interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá oportunidade ao imputado para que exerça sua defesa pessoal. Para isso, deve ser considerado como um direito e não como um dever, assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. Além disso, entendemos que deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça.”¹²⁰

¹¹⁸ Artigo 5º, LXIII, CRFB e artigo 8.2, g, do Pacto de San Jose da Costa Rica (CADH).

¹¹⁹ Ibid. p. 189.

¹²⁰ Ibid. p. 191.

Por fim, cabe trazer a colação excelente trecho da obra de Eugênio Pacelli, que de alguma forma sintetiza o até aqui exposto sobre os princípios do contraditório e a da ampla defesa:

“O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.”¹²¹

5. Princípio da motivação das decisões judiciais¹²²:

“A última garantia processual de segundo grau, que tem o valor de uma garantia de fechamento do sistema SG é a obrigação da motivação das decisões judiciais.”¹²³

Este último princípio fundador do processo penal constitucional apresenta-se como uma exigência social de transparência da atuação do órgão jurisdicional, que, neste sentido, tem o dever de motivar a conclusão a que chegou na sentença no raciocínio que tenha desenvolvido na valoração das provas produzidas *sub judice*. É, assim, método de controle da atuação do Estado-Juiz, de sua observância ao contraditório e de certificação de que se guiou exclusivamente e durante todo processo em juízo pelas provas produzidas pelas partes.

“O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado.”¹²⁴

¹²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 32.

¹²² Artigo 93, IX, CRFB.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª Ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 573.

¹²⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 195-195.

A fundamentação da sentença (e das decisões interlocutórias e “despachos” com conteúdo decisório) permite que o sujeito passivo e, mais amplamente, a sociedade como um todo possam analisar a racionalidade do juízo decisório, permitindo-se avaliar se este foi de fato cognitivo, se o saber (conhecimento sobre o fato) predominou sobre o poder, ou se foi o contrário, e, portanto, se o juízo potestativo contaminou a legitimidade democrática do pronunciamento.

Assim, a observância da motivação das decisões judiciais é uma garantia que legitima a carga de poder (que sempre está presente, até nos sistemas processuais mais garantistas, ainda que limitada ao máximo) contida no ato decisório, já que o poder só é legítimo quando embasado no saber judicial, não sendo, pois, autolegitimado.

Além da racionalidade a ser demonstrada por meio da motivação, a decisão judicial apresenta uma essencial carga de sentimento (basta atentarmos para o fato de que o termo sentença vem do verbo *sentire*, sentir). Assim, a sentença, além de ato emanado da razão é ato de emoção, de crença, de fé, emanado da subjetividade do magistrado. Isto significa uma recusa ao discurso científico do positivismo jurídico, do mito da neutralidade do julgador, que atuando como *La bouche de La loi*, apenas diz o direito e uma assunção do fato de que é impossível a separação entre emoção (*sentire*) e razão. O juiz pensa e sente o direito, como ser humano que é. O juiz deve ser, pois, imparcial, mas não neutro, porque tal juiz seria divino e não humano e, pelo menos na justiça terrena, os juízes não são divinos, são humanos.

Neste sentido:

“É chegado o momento de pensar e sentir, dando à função jurisdicional sua verdadeira função criadora (...)

O sentire implica, essencialmente, a atividade (s)eletiva do juiz, que deverá eleger entre as teses apresentadas (acusatória e defensiva) qual delas irá acolher, isso na dimensão probatória. Já no plano jurídico, incumbe ao juiz eleger a norma aplicável e, principalmente, o significado válido da norma. É o momento de discutir e verificar a substancial (in)validade do significado eleito.”¹²⁵

Por fim, a título de conclusão, um trecho que não pode deixar de ser citado, tamanha sua capacidade elucidativa acerca do exposto:

“Compreende-se, após tudo quanto foi dito até aqui, o valor fundamental desse princípio. Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa, vinculando-o, em direito à estrita legalidade, e, de fato, à *prova* das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a “validade” das sentenças resulta condicionada à “verdade”, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é (...) puramente potestativo (...), mas é fundado no “saber”, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja *de direito*, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja *de fato*, por defeito ou insuficiência de provas ou pro explicação inadequada do nexa entre convencimento e provas.”¹²⁶

Antes de passarmos ao próximo item, cumpre destacar que aquilo que Eugênio Pacelli¹²⁷ chama de *processo justo* corresponde à garantia do devido processo penal, que consubstancia, por sua vez, o devido processo constitucional. Como já referido neste trabalho, o processo penal (democrático) deve ser instrumento constitucional, estar a serviço da ordem constitucional democrática, do Estado Democrático de Direito. O processo penal somente será legítimo enquanto sirva de instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais.

¹²⁵ Ibid. p. 197.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª Ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 573-574.

¹²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 28.

Neste sentido, o autor, e na mesma linha Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho¹²⁸, entende que o devido processo legal¹²⁹ (penal) é o princípio que engloba os demais princípios processuais aqui referidos (com exceção do princípio acusatório), que constituem aspectos complementares daquele. Eugênio Pacelli, indo mais além, faz corresponder ao devido processo legal o processo justo.

“Por conseguinte, o devido processo legal, longe de se esgotar nas demais garantias igualmente previstas no referido artigo 5º, compreende diversas outras garantias previstas alhures, quer no próprio texto constitucional (arts. 93, IX e 129, I, por exemplo), quer em dispositivos de origem transnacional, como o Pacto de São José da Costa Rica.”¹³⁰

Assim, façamos alguns comentários acerca deste princípio:

A origem deste princípio tão caro remonta à Magna Carta de 1215, cujo artigo 39 proclama:

*“No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the Law of the land.”*¹³¹

¹²⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em Face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 69.

¹²⁹ Artigo 5º, LIV, CRFB.

¹³⁰ MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 34. O autor observa ainda que o Pacto de São José da Costa Rica (CADH) foi incorporado integralmente pelo Decreto n. 678 de 06/11/1992 e que seus dispositivos possuem dignidade constitucional, por força do artigo 5, § 2o, da CRFB. Sobre a natureza jurídica dos tratados de direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico pátrio duas são as posições hoje dominantes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: que teriam natureza supralegal, se sobrepondo às leis internas ordinárias, mas devendo respeito à Constituição e que teriam natureza constitucional. Maiores esclarecimentos ver STF, HC 94695/RS, Relator ministro Celso de Mello, Julgamento: 23/09/2008 e STJ, HC 106975/RS, Relator ministro Francisco Falcão e relator para acórdão ministro Luiz Fux, julgamento: 19/08/2008.

¹³¹ Disponível em <http://www.usconstitution.net/magna.html>. O site informa que a tradução para o inglês foi feita pela British Library, que fez constar que a tradução do latim não é exatamente literal, mas contextual. Acesso em 8 de maio de 2009.

A Magna carta foi uma “concessão” (ou seria imposição) de direitos civis aos barões ingleses feita pelo Rei João Sem Terra (*John Lackland*), como resultado de pressões políticas exercidas por essa classe nobre sobre o monarca (consubstanciadas no documento *Articles of the Barons*). O motivo de tais exigências foi o descontentamento dos nobres acerca das praticas do governo, que levaram, entre outras coisas, a derrotas da Inglaterra, que, inclusive, perdeu a região da Normandia.¹³²

A Magna Carta representou uma forma de limitação ao poder absolutista e por isso é considerada o mais importante documento medieval de posituação dos direitos humanos.¹³³ É a partir da expressa “*per legem terrae*” (ou conforme a tradução *by the Law of the land*) que significava os direitos e costumes aceitos e aplicados pelo *common Law* que surge a idéia que hoje se expressa pelo devido processo legal, como veio a ficar consagrado no direito anglo-saxão.

“Esta última expressão só veio a ser consignada no *Statue of Westminster of the liberties of London*, lei promulgada em 1354, já no reinado de Eduardo III, que previa: *Nenhum homem de qualquer camada social ou condição, pode ser retirado de sua terra ou propriedade, nem conduzido, nem preso, nem deserdado, nem condenado à morte, sem que isto resulte de um devido processo legal*”.¹³⁴

Assim, a expressão *due process of Law* sucedeu a expressão *Law of the land* sendo entendidas como sinônimas tanto pelas cortes inglesas como pelas norte americanas.¹³⁵ O princípio foi herdado pelas colônias norte-americanas e incorporado na Constituição dos Estados Unidos da América quando de sua independência (5ª emenda).¹³⁶

¹³² MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 32.

¹³³ *Ibid.* p. 32.

¹³⁴ *Ibid.* p. 32.

¹³⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em Face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 70.

¹³⁶ “Ninguém será chamado a responder por um crime capital, ou infamante, a menos que sob denúncia ou indiciamento oriundo de um grande júri, excepto em casos que se apresentem nas

O devido processo legal foi positivado pela Constituição de 1988 (artigo 5º, LIV) que, como vimos, pretende que a República Federativa do Brasil seja um Estado Democrático de Direito, o que se conclui pela simples leitura do preâmbulo e do artigo 1º da Lei maior e o que se torna mais claro com a observância do extenso rol de direitos fundamentais que ela consagra.

Percebe-se, pois, que o devido processo legal decorre diretamente dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e só pode existir neste tipo de Estado, cuja atuação (para que seja legítima) está submetida ao império da lei e limitada pelo respeito aos direitos e garantias individuais.

Processualmente, o princípio do devido processo legal significa exatamente que o processo seja estritamente legal, que as formas previstas em lei sejam plenamente observadas, que as etapas a serem seguidas até o término do processo sejam, enfim, respeitadas.

Contudo, assevera Benedito Roberto Garcia Pozzer:

“O *devido processo legal* não consiste, somente, na feitura das normas ou na forma de desenvolvimento de cada fase procedimental, antes estipulada. Com maior força, refere-se à observância das garantias constitucionais e legais, em cada etapa da persecução penal, limitadoras do poder punitivo do Estado. Só haverá devido processo penal, quando respeitados valores superiores, relacionados aos direitos fundamentais do homem, tais como: liberdade, justiça, dignidade humana, igualdade e segurança jurídica, celeridade e publicidade do julgamento, defesa, contraditório, proibição da *reformatio in pejus* e proibição do duplo julgamento pelo mesmo fato.”¹³⁷

O princípio do devido processo legal funciona neste sentido como uma garantia das liberdades públicas de cada um e de todos. Especificamente na

forças terrestres e navais, ou na milícia, quando chamadas a serviço ativo em tempo de guerra ou perigo público; ninguém poderá ser acusado duas vezes pelo mesmo crime com risco de perder a vida ou parte do corpo; ninguém será obrigado, em qualquer caso criminal, a testemunhar contra si mesmo, nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido procedimento legal; nenhuma propriedade privada será tomada para um uso público sem uma justa compensação.”- Disponível em <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>. Acesso em 8 de maio de 2009.

¹³⁷ POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 23.

seara (processual) penal exige que os direitos do acusado sejam observados e respeitados durante todo o procedimento, impondo, portanto, limites ao *ius persecuendi e puniendi* do Estado (Juiz).

Esta é justamente a faceta material ou substantivo da garantia do devido processo legal, teoria do *substantive due process*, desenvolvida pela jurisprudência norte-americana, como sendo o sentido substantivo do princípio ora em análise.¹³⁸

A trajetória histórica do princípio do devido processo legal nos Estados Unidos, conforme nos explica Daniel Sarmiento, pode ser dividida em três etapas: a primeira entendia o princípio tão somente em seu caráter procedimental (*procedural due process of Law*), como exigência de um processo regular; a segunda se deu com a mudança na visão da Suprema Corte, no final do século XIX, que adotou os princípios do liberalismo econômico e passou a entender que o Poder Judiciário poderia invalidar normas do Poder Legislativo que interferissem na liberdade de contratação e no direito de propriedade (adotou uma visão material ou substantiva do princípio); por fim, a terceira fase ocorreu a partir da década de 1930 devido ao novo plano político (New Deal) implementado pelo governo Roosevelt e a Suprema Corte passou a conceber a cláusula do devido processo legal como instrumento de defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos em face das leis (*substantive due process of Law* como este é hoje entendido).¹³⁹

Destarte, o devido processo legal material é a repercussão do devido processo legal, surgido no campo do direito processual, na esfera do direito material, pelo que se pode através dele pretender uma tutela dos direitos materiais dos cidadãos, sendo possível ao aplicador da lei aferir a razoabilidade e a racionalidade da lei ou dos atos normativos do Poder

¹³⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em Face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 70.

¹³⁹ SARMENTO Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P. 83-84.

Público, afastando a sua incidência se manifestamente contrários ao devido processo legal substantivo.

“Nesse sentido, os tribunais americanos aplicaram o devido processo legal para examinar a razoabilidade e a racionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público a ponto de impedir sua vigência se evidenciada sua arbitrariedade, ou seja, quando não for consentâneo com a *Law of the land* ou com o *substantive due process*. Isso quer dizer que o Judiciário pode fulminar lei ou ato normativo que carecer de uma justificação racional e que não esteja devidamente fundado em uma real necessidade. Assume, assim, o judiciário americano grande relevância no controle de atos do Executivo e do Legislativo, cabendo-lhe o poder de dizer *what the Law is* e rejeitar a lei ou ato contrário à *Law of the land*, ou seja, que não preencher os requisitos da razoabilidade.”¹⁴⁰

A partir de uma exposição bastante didática Diogo Rudge Malan¹⁴¹ traz, pois, como postulados do princípio do devido processo legal o princípio da proporcionalidade, a garantia do devido procedimento (aspecto processual do devido processo legal), o aspecto substancial de devido processo legal acima referido e o direito de defesa e de ser informado da acusação.

Segundo o autor, o princípio da proporcionalidade decorre dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Este princípio informa que qualquer ingerência estatal na vida do cidadão deve ser analisada sob o prisma da adequação e do equilíbrio, não podendo ser excessiva ou resvalará para o campo da ilegitimidade.

O princípio da proporcionalidade, de acordo com a análise de Diogo Malan, apresenta dois pressupostos, um de ordem formal, a legalidade (o Estado só pode atuar nos exatos limites da lei, não podendo haver restrição de qualquer tipo sem que previsão legal) e outro material, que o autor chama de *justificação teleológica*, ou seja, adequação a fins legítimos, que justifiquem a medida estatal restritiva de direitos fundamentais¹⁴².

¹⁴⁰ Ibid. p. 70.

¹⁴¹ MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹⁴² Daniel Sarmiento nos explica, porém, que existem duas teorias acerca da natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A teoria absoluta defende que o conteúdo em abstrato do direito fundamental não pode ser alvo de restrições, nem mesmo quando a invasão se dê para a proteção a outros direitos fundamentais hierarquicamente equiparáveis entre si. Já a teoria relativa

O autor nos informa, ainda, que o princípio exige a obediência a requisitos extrínsecos e intrínsecos. Os primeiros são a judicialidade (atuação exclusiva de órgão estatal quando se trata de determinar restrições processuais a direitos fundamentais) e a motivação da decisão que atinja direitos fundamentais, conforme analisamos anteriormente. Os intrínsecos, por sua vez, significam que a medida tem que ser idônea, ou seja, adequada ao fim - legítimo – pretendido, apta para efetivá-lo, portanto; necessária, que busque uma intervenção mínima, sendo a que menos afete os direitos fundamentais; e proporcional em sentido estrito, o que significa que deve haver uma relação de razoabilidade entre o sacrifício aflige direitos fundamentais por conta da ingerência estatal e a relevância do interesse estatal que se tutela com a medida.

Já a garantia do devido procedimento significa o direito ao procedimento, compreendido este como o conjunto coordenado de atos processuais consecutivos que dão forma ao processo, adequado, que se pautem de acordo com as regras previamente estabelecidas. Assim, pode-se dizer que a forma ou as formalidades atuam como garantias, posto que consubstanciam a predeterminação das regras do jogo, que se torna, por isso mesmo, mais justo, mais ético.

“A higidez desse sistema é consubstanciada na segurança jurídica que ele proporciona, pois há determinação prévia de todos os atos processuais que serão inexoravelmente cumpridos até o deslinde do procedimento, favorecendo-se, assim, a certeza que deve pautar um processo penal ético e garantidor dos direitos das partes”.¹⁴³

admite que haja restrições desde que estas não ofendam o núcleo fundamental do direito, que só pode ser delineado no caso concreto, através do que ele chama de técnica da ponderação dos interesses. Doravante este segundo entendimento, portanto, que o autor considera o mais correto por ser o adequado à realidade de convivência de diversos direitos, o que por si só determina limitações recíprocas, os direitos fundamentais não são absolutos, mas passíveis de restrições, desde que observados os pressupostos e requisitos exigidos pelo princípio da proporcionalidade. Sarmiento, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P. 112.

¹⁴³ MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 42.

Quanto ao já referido por nós aspecto substantivo do devido processo penal, o autor pontua ser insuficiente que o procedimento seja o adequado, devendo ser também legítimo por estar lastreado na justiça. Assim, como já referido por Eugênio Pacelli¹⁴⁴, o processo deve ser justo. A justiça do processo, portanto, sob a perspectiva do devido processo legal substancial, passa a ser aferida pelo respeito e promoção das garantias constitucionais. Eis o processo enquanto instrumento a serviço da Constituição e mais especificamente a serviço da tutela dos direitos fundamentais por ela proclamados.

Conclui-se, que a cláusula do devido processo legal substancial sujeita o processo a fins superiores representados pelos direitos materiais dos indivíduos, tais como o direito à vida, à dignidade humana (à vida digna, portanto), à liberdade, à justiça, à segurança jurídica, entre outros, para que ele seja, enfim, um processo justo e ético.

Por fim, Diogo Malan traz como postulado do devido processo legal o direito à defesa e a ser informado da acusação. O direito à ampla defesa já foi por nós analisado por ser um dos princípios fundantes do sistema de garantias processuais penais constitucionais. O direito a ser informado da acusação, por sua vez, é apontado pelo autor como sendo consectário lógico do princípio da ampla defesa.

Assim, o direito a ser informado da acusação, apesar de não estar expressamente referido no texto constitucional, pode ser vislumbrado como meio inerente à ampla defesa, pelo que estaria consagrado pelo próprio artigo 5º, LV, *in fine*. Além disso, o Pacto de San Jose da Costa Rica garante a *comunicação previa e pormenorizada ao acusado da acusação formulada* em seu artigo 8º, 2, b.¹⁴⁵

O direito de ser informado da acusação é, pois, um direito público subjetivo de qualquer acusado, um direito fundamental que faz parte do direito de defesa, que restará prejudicado caso os órgãos incumbidos de

¹⁴⁴ Vide nota de rodapé n. 35.

¹⁴⁵ Ibid. p. 55.

informarem acerca da acusação (Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário) não a prestem de modo a abranger a íntegra do fato imputado e todos os direitos do acusado e dentro de prazo razoável (entendido enquanto aquele que permita o adequado exercício do direito de defesa).

2.5. O modelo penal garantista “SG” como ideal a ser alcançado, ainda que de maneira aproximativa, para a efetivação do Estado Democrático de Direito (na seara penal e processual penal)

Após tudo que foi dito, podemos perceber que o caminho para a efetivação do Estado Democrático de Direito, enquanto Estado de Direito dotado de efetivas garantias, que pode ser identificado como sinônimo de democracia substancial, que, conforme apontamos em item anterior (2.3), afigura-se como o ideal a ser alcançado tanto pela ordem jurídica infraconstitucional quanto pela prática, posto que adotado expressamente pela Carta Constitucional de 1988, é precisamente a adoção plena do modelo penal garantista “SG”.

O combate às influências repressivistas que assombram tanto a teoria quanto a prática¹⁴⁶ do direito penal e processual penal deve ser, pois, buscado através de uma adesão total ao sistema de garantias penais e processuais penais, da efetivação do texto constitucional, da concepção e da prática de um processo (penal) que esteja a serviço da Constituição e, portanto, dos direitos e garantias por ela consagrados.

Assim, o combate às ideologias da “lei e ordem”, da defesa social, da Tolerância Zero deve ser uma busca constante pela efetivação dos direitos e

¹⁴⁶ “Com efeito, é dever primevo dos atores jurídicos a compreensão adequada da Constituição Federal, concretizando-a na sua maior extensão possível, primordialmente no tocante aos *Direitos Fundamentais*. Existe a necessidade orgânica de convergência das práticas jurídicas e sociais aos regramentos constitucionais relativos aos *Direitos Fundamentais*, estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneo de preservação e realização. Essa é uma das tarefas do ator jurídico garantista no *Estado Democrático de Direito*: tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais.” – ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 18-19. (grifo nosso).

garantias constitucionais, através de um processo penal constitucional, submetido à lei e legitimado pelo respeito aos direitos fundamentais.

Apenas um direito democrático (material e processual) pode de fato dar corpo a um Estado Democrático. É neste sentido, que se apresenta imperativa uma depuração do ordenamento processual penal, através de uma releitura dos seus dispositivos, cujo teor repressivista (oriundo quer do fascismo do Estado novo, quer de novas tendências autoritárias) deve ser abandonado em prol da construção de um Estado de Direito realmente democrático, à luz da Constituição.

Do contrário, a adoção e prática de um modelo processual penal autoritário como o por nós referido no item 3.3, o sistema “sem acusação separada” S2, significaria tornar letra morta a Carta Constitucional e uma demagogia o Estado Democrático de Direito por ela adotado, porque, na realidade, o Estado seria tão somente um Estado de Direito, que de democrático (democracia meramente formal) talvez só tivesse o voto universal. Eis uma “involução” histórica inadmissível diante do desprezo que representaria quanto aos anos de luta social que deram origem à positivação dos direitos não só civis e políticos, mas também sociais, econômicos e culturais.

O que se deve buscar, portanto, é a efetivação de um modelo de jurisdição (penal) que faça jus a um Estado que se quer qualificar como **Democrático** de Direito. Tal modelo de jurisdição é um modelo garantista, um modelo no qual o poder (punitivo) seja limitado por garantias (penais e processuais penais), que funcionem como verdadeiras condições para seu exercício. Um modelo cognitivo (e não potestativo), em que o poder seja mínimo e o saber, o conhecimento acerca do fato (e da prova produzida sob o crivo do contraditório) e do direito, seja máximo, em que, enfim, a esfera de liberdade dos cidadãos (todos, como reflexo da condição de humanidade pura e simples) esteja resguardada de quaisquer invasões incontrolláveis, que firam a segurança jurídica e o devido processo legal (processual e substancial), que se paute por ideais de Justiça e ética.

“No modelo ideal da jurisdição, tal como foi concebido por MONTESQUIEU, o poder é “nulo”; na prática costuma ocorrer que nulo é o saber”.¹⁴⁷

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª Ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2006. p. 49.

3. A OPÇÃO CONSTITUCIONAL PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PELO SISTEMA ACUSATÓRIO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe a instituição do Estado Democrático de Direito e, com ele, extenso rol de direitos e garantias fundamentais para o povo, titular último do Poder (artigo 1º, CRFB). Ela trouxe ademais, conforme se afirmou em capítulos precedentes, a necessidade de democratização do ordenamento infraconstitucional e das práticas sociais, para que haja a efetivação de um Estado de Direito realmente democrático e para que se dê vida ao texto constitucional, evitando-se, na medida do possível, o descompasso entre normatividade e efetividade.

Apontamos que ao processo penal, para que se adeque aos parâmetros constitucionais do Estado Democrático de Direito, caberia se democratizar e depurar à luz do norte constitucional. A sua função precípua, promovida a devida oxigenação, deveria ser a de instrumento a serviço da Constituição e, com isso, de instrumento de tutela das garantias do indivíduo em face do Estado.¹⁴⁸

A partir desta perspectiva, trouxemos a categoria do **processo justo**, como o **processo penal democrático**, o qual identificamos com o modelo processual penal garantista SG, que seria o ideal a ser alcançado e teria sido adotado pela Constituição de 1988, posto que somente um processo penal constitucional, o devido processo penal, que realize a justiça, será a ela de fato adequado.

Como já observado por nós, o princípio axiológico fundamental *Nullum iudicium sine accusatione* ou **princípio acusatório** ou da separação entre juiz e acusação (A8) compõe, juntamente com nove outros axiomas outrora referidos, a base do modelo penal garantista SG e o modelo processual analisado no item 3.3, que chamamos de sistema “sem acusação separada”

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 7.

S2 (Sistema 2, dentro da classificação de modelos processuais penais feita por Luigi Ferrajoli), pode ser classificado como um modelo processual penal autoritário, justamente pela falta de uma das garantias processuais que perfazem o modelo ideal garantista SG.

Assim, o princípio acusatório, quando não respeitado, implica na ilegitimidade do modelo processual, que, sendo autoritário e não democrático, acaba ferindo também a própria ordem constitucional. Logo, impõe-se a conclusão de que a Constituição, ao instituir o Estado Democrático de Direito e exigir, por via de consequência, que o processo penal se democratize para a ela se adequar, adotou em sua integralidade o modelo penal garantista SG e, com ele, o princípio acusatório.

“Essa opção pelo sistema acusatório, de cunho ideológico, pode ser caracterizada como uma natural consequência do regime democrático”¹⁴⁹

Um sistema processual penal, por sua vez, que adote o princípio acusatório pode ser identificado como um sistema acusatório. Por fim, eis o sistema adotado pela Constituição de 1988.

Não obstante:

“A doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do Juiz Criminal, como um sistema de natureza *mista*, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais.”¹⁵⁰

Eugênio Pacelli, com quem concordamos, contudo, não aceita a conceituação “sistema de natureza mista”, explicando que, para se definir um sistema processual, o elemento que deve ser analisado preponderantemente é o exame do processo, a atuação do magistrado durante o processo e, sendo o inquérito policial uma fase pré-processual levada a cabo pela polícia judiciária, não há que se falar em sistema misto por conta da existência da fase de inquérito.

¹⁴⁹ MALAN, Diogo Rudge. *A sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 89.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 10.

“Além disso, o fato de ainda existirem juízes criminais que ignoram as exigências constitucionais não justifica a fundamentação de um modelo processual brasileiro *misto*.”¹⁵¹

Assim, concluímos que a Constituição de 1988, ao adotar o Estado Democrático de Direito e exigir um processo penal democrático, adotou o modelo processual penal garantista e, com ele, o princípio do acusatório, pelo que o sistema processual constitucional brasileiro é o sistema acusatório.

“... não vemos como não se reconhecer, ou não vemos porque abdicar de um conceito *acusatório* de processo penal na atual ordem constitucional.”¹⁵²

Assevera, contudo, Diogo Malan:

“Com isso não se pode concluir, todavia, que a adoção formal de um regime democrático *mecânica* e *automaticamente* assegure a institucionalização de um sistema processual de índole acusatória.

Pelo contrário, a implementação deste último depende muito mais da praxe concreta, materializada na efetiva interpretação e aplicação das leis processuais, do que da simples entrada em vigor de ordem constitucional de inspiração democrática.”¹⁵³

3.1. Dos sistemas processuais

“O processo criminal reflete, mais do que qualquer outra parte do direito, a civilização de um povo. Percorramos todo o mundo, examinando-lhes as leis e as práticas judiciais; onde o processo é inquisitorial, a civilização está estagnada ou rola em decadência. Onde o processo é acusatório, com defesa fácil, a civilização está a crescer ou a aperfeiçoar-se. Se o Estado faz o processo e ele mesmo julga, sem que haja o direito de defesa, de igualdade perante a lei e de igualdade de foro, aí o indivíduo vale muito pouco, ou não vale nada. Se não valem os indivíduos, não vale o povo. Porque povo é soma de indivíduos.”¹⁵⁴

¹⁵¹ Ibid. p 11.

¹⁵² Ibid. p. 12.

¹⁵³ MALAN, Diogo Rudge. *A sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 90.

¹⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 396 *apud* POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*. p. 29.

Adotaremos nesta análise acerca dos sistemas processuais a brilhante perspectiva trazida por Geraldo Prado, que propõe uma análise da evolução histórica dos modelos político-jurídicos de resolução de conflitos na esfera penal.¹⁵⁵ Todavia, cumpre alertar que o estudo aqui desenvolvido será brevíssimo, uma síntese das principais características apontadas pelo autor em cada uma das sociedades referidas.

Examinaremos, pois, ainda que, repita-se, brevemente, como diversos povos cuidaram dos problemas que hoje identificamos como penais. Isto se afigurará útil a uma melhor compreensão das características de cada um dos sistemas processuais, que serão objeto de análise nos próximos itens.

Assim, procederemos a uma sintética “volta no tempo”, que nos permitirá lograr uma percepção mais nítida do processo penal enquanto fruto de uma conjuntura cultural e que, por isso, está inexoravelmente informado por ideologias as mais variadas, ora autoritárias ora libertárias.

Senão vejamos.

1. Situação na Antiguidade:

“Iniciamos pela afirmação de que os primeiros grupos humanos, as primeiras tribos, desconheciam métodos mais sistematizados de solução dos conflitos de interesses penais, isto porque, como sociedades simples, rudes e incipientes, tendiam à concretização do seu direito, conforme ressaltou Luhmann, e a compreensão de uma forte relação entre o Direito, a Moral e, principalmente, a Religião.”¹⁵⁶

As “regras jurídicas” na antiguidade não eram escritas e tampouco formavam um sistema coerente, um todo harmônico. A moral e a religião, as crenças, mitos, a magia, enfim, impregnavam o modo como os povos antigos lidavam com os delitos. O autor aponta ainda outro traço marcante destes povos, qual seja o fato de que o tratamento do sujeito passivo era diverso conforme ele pertencesse ou não ao grupo social onde praticou o

¹⁵⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 62.

¹⁵⁶ Ibid. p. 69-70.

delito, sendo a reação ao delito cometido por agente alienígena considerado como uma violência perpetrada contra o próprio grupo, que ameaçava a tranqüilidade interna e que devia, por conta disso, ser combatida em uma espécie de vingança coletiva.

Na civilização egípcia, o exercício do Poder Judiciário era monopolizado pelos sacerdotes, que podiam (deviam) iniciar de ofício a persecução penal. A acusação era um dever cívico das testemunhas do delito, que atuavam como polícia repressiva e auxiliar da instrução (pública e escrita). O julgamento, contudo, era sigiloso.

Entre os hebreus, apesar da orientação religiosa, que entre os povos antigos criava o mito de decisões sagradas e, portanto, irrecorríveis, o direito ao recurso também foi sacralizado. Além disso, a acusação era feita em processo contraditório e público e ao testemunho pífio (uma só testemunha) não se creditava valor algum. Todavia, os julgamentos eram secretos. Ademais, não havia prisão preventiva, fora o caso de prisão em flagrante-delito, não havia interrogatórios ocultos e a confissão sozinha não servia de prova suficiente a embasar uma condenação.

Já na Grécia antiga, havia duas classes de delito, os públicos (onde havia interesse público) e os privados, e a cada classe correspondia um sistema de acusação distinto. A acusação era popular em relação aos crimes públicos, podendo qualquer cidadão atuar como acusador em nome do povo, no qual as partes se defendiam e produziam provas (isonomia entre acusação e defesa, em debate contraditório), sendo a sentença pública (publicidade, oralidade e tribunal popular). Todavia, a tortura e os juízos de Deus eram considerados meios probatórios, o sistema de valoração da prova era o da íntima convicção e a decisão era irrecorrível.

Em Roma, houve uma sucessão de sistemas procedimentais: A) *cognitio*- procedimento de natureza pública, em que, em nome do Estado, o magistrado, enquanto representante do rei¹⁵⁷, podia iniciar de ofício a

¹⁵⁷ “A existência da realeza em roma não pode ser contestada, pois atestando-a, encontramos , na república, as figures do rex sacrorum (que ocupava, formalmente, a posição mais elevada entre os sacerdotes) e do interrex (...), que só se explicam com a preexistência do período real. Igualmente

persecução e atuar amplamente na instrução; B) *accusatio* – semelhante à acusação popular da Grécia antiga, em que o contraditório era observado durante todo o procedimento, que era público e oral e no qual as provas produzidas pelas partes durante os debates eram vistas como uma reconstrução histórica do delito e embasavam a decisão; C) uma nova *cognitio* – no Império Romano, os *nunciatores* ou *curiosi*, agentes públicos, passaram a transmitir aos juízes a notícia sobre o cometimento de delitos quando a *accusatio* não era apresentada ao tribunal popular e, como conseqüência, os magistrados ampliaram sua atuação e vieram a se confundir com a parte acusadora.

2. Situação nas épocas medieval e moderna:

Com a queda do Império Romano e as invasões bárbaras¹⁵⁸, sucedeu-se uma época de transição e de influências recíprocas entre o direito germânico e o direito romano, afirmando Geraldo Prado que, como conseqüência, o sistema germânico, antes predominantemente acusatório, lentamente assimilou o direito romano-canônico e rumou à inquisição.

“Porém, a chama romana do direito não se apagou totalmente: estudado em escolas monásticas, catedralícias e episcopais, mesmo como simples ramo da Gramática e da Retórica e não como disciplina jurídica autônoma, o direito do *Corpus iuris Civilis*¹⁵⁹

a comprovam o misterioso rito do regifugium (sacrifício expiatório celebrado a 24 de fevereiro) e o registro no calendário, nos fins da república, dos dias em que era licito ao rei convocar os comícios (*quando rex comitiauii fas*).”- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p.8. Ainda segundo o autor, o rei era o “magistrado único, vitalício e irresponsável”, era “chefe do Estado, tinha o comando supremo do exército, o poder de polícia, as funções de juiz e de sacerdote e amplos poderes administrativos...”.

¹⁵⁸ Conforme nos alerta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o termo é de origem grega e era usado, na Grécia, para os estrangeiros (“bárbaro”; explica que tinha o significado de balbuciante, como o incapaz de se fazer entender). Da ótica dos romanos, portanto, bárbaros eram os outros. - COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18-19.

¹⁵⁹ “A obra legislativa de Justiniano, por conseguinte, consta de quatro partes: *Institutas* (manual escolar), *Digesto* (compilações dos *iura*), *Código* (compilação das *leges*) e *Novelas* (reunião das

não foi totalmente esquecido; por isso, quando surgiram condições determinadas por factores políticos, culturais, econômicos e religiosos, aquele direito pôde pré-renascer, no século XI, sobretudo em Veneza, Roma e Ravena, seguindo-se o importante movimento que caracteriza o Renascimento do Direito Romano, no século XII, na Escola de Bolonha.”¹⁶⁰

Na alta idade média, com a predominância do feudalismo e com ele da fragmentação do poder, o aparato judicial germânico foi desmembrado e, com o passar do tempo, a jurisdição igreja, como única instituição política organizada, veio a prevalecer. Com isso, o crime passou a ser um problema de salvação da alma e a punição a expiação da culpa. A formalização deste novo procedimento veio, em 1215, quando da implantação pela igreja do procedimento Inquisitório.¹⁶¹

“Por fim, o equilíbrio entre os dois modelos se rompe e o sistema inquisitório vive seu apogeu no continente europeu, até ser descartado, ao menos na Europa Ocidental (Continental), no século XIX.

Pode-se afirmar que a herança da cultura hegemônica e estilizada do Direito Romano, cultivada nas prestigiosas universidades italianas pelos glosadores (1100 a 1250)¹⁶² e pós-glosadores (de 1250 a 1450)¹⁶³, superou o Direito Germânico, de tradição popular. A igreja, indiscutivelmente, contribuiu para o sucesso da difusão

constituições promulgadas, posteriormente, por Justiniano). A esse conjunto, o romanista francês Dionísio Godofredo, em 1538, na edição que dele fez, denominou *Corpus Iuris Civilis* (*Corpo do Direito Civil*), designação essa que é hoje universalmente adotada.” – ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 48.

¹⁶⁰ JUSTO, A. Santos. *Nótulas de História do Pensamento Jurídico (História do Direito)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 25-26.

¹⁶¹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 80.

¹⁶² “A Bolonha afluíram discentes dos vários países europeus, formando nações de estudantes. E, obtida a formatura em Direito Romano e Canônico, regressavam às suas terras com um direito superior aos rudimentares direitos nacionais e locais. O empirismo ia cedendo à ciência do direito de raiz romano-canônica e a ampliação daqueles direitos nos diversos tribunais. Sobretudo superiores, implicava a sua nacionalização e a formação de um verdadeiro direito comum europeu, exportado depois para países de diversos continentes, sem esquecer a América Latina”. – Ibid. p. 27-28.

¹⁶³ “Incapaz de acompanhar o progresso por força do método utilizado (método exegético), os Glosadores foram decaindo, esgotando-se. Por isso, no século XIII surgiu em França (Orléans) e difundiu-se em Itália (Perusa) outra Escola, denominada Escola dos post-glosadores, comentadores ou *consiliatores* que, leccionando os direitos romano e canônico através do método escolástico e estendendo as suas normas graças às *ars inveniendi*, consolidou definitivamente a ciência jurídica.” – Ibid. p. 28.

do modelo de inspiração romanística, cujo último paradigma havia sido, como visto, a *cognitio extra ordinem*, difundindo universalmente o modelo inquisitorial à base de uma universalidade cristã, tendente a se impor a todos os povos.”¹⁶⁴

Assim, surgiu a inquisição, com a expansão da jurisdição eclesiástica para além dos confins da Igreja, acompanhando a expansão do poder da Igreja pelo continente europeu, com a implementação de uma sistemática de denúncias anônimas e com a oficialidade da investigação e da acusação, exercida indiscriminadamente pelo juiz inquisidor, protagonista do sistema, dependendo (ou não) tão somente de um rumor público, tido como indício suficiente para o início da persecução penal.¹⁶⁵

Durante a inquisição, predominou o procedimento escrito, secreto, a iniciativa e o protagonismo do magistrado, a busca da “verdade real”, a tortura como meio de prova legítimo e a confissão como “rainha das provas”.

Com o surgimento do Estado moderno, como resposta aos anseios da nova classe burguesa e como resultado do fortalecimento do monarca, a jurisdição eclesiástica perdeu a sua supremacia. O mundo secular, que representou a inédita cisão entre a religião e a política, só comportava um justiça laica.

“A jurisdição secular, com o fortalecimento das monarquias, a estruturação de uma justiça profissional e a determinação, como critério definidor da competência, do lugar do fato – *forum delicti commissi* -, a partir do século XV supera os tribunais locais e paulatinamente diminui a influência e competência da jurisdição da Igreja, até assinalar a absoluta supremacia da jurisdição do monarca.”¹⁶⁶

3. Situação na época contemporânea:

¹⁶⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 81-82.

¹⁶⁵ Ibid. p. 82.

¹⁶⁶ Ibid. p. 83.

“Com efeito, se a Revolução Francesa de 1789 foi o marco político inquestionável, as condições ideológicas e filosóficas que viabilizaram a eclosão da Revolução devem muito ao triunfo das idéias humanistas de Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1764), Thomasio (*De origine processus inquisitorii*), Montesquieu (*Esprit des Lois*, 1748), Voltaire (*Prix de La justice et de l’humanité*, 1777), Bentham (*Introduction to the principles of morals and legislation*, 1780), Pufendorf e Wolf, além, naturalmente, de Rousseau (*Contrat Social*, 1764), quer no tocante à secularização do direito penal, ousando separar o Direito da Religião, quer quanto aos fins da pena, quer ainda pela sistematização da idéia da separação de poderes.”¹⁶⁷

O combate ao antigo regime, com a luta pela instituição de regimes constitucionais (Repúblicas ou mesmo Monarquias Constitucionais) em substituição ao absolutismo monárquico repercutiu na esfera penal com os ideais iluministas de um novo modelo penal e processual penal.

As críticas às práticas inquisitoriais levaram à abolição da tortura, ao renascimento da oralidade e da publicidade, em oposição à escrituração, ao silêncio e aos suplícios praticados pela inquisição. Um novo modelo surgia, inspirado na *accusatio* romana, ainda que, diferentemente do modelo paradigma, na fase de instrução o juiz participasse ativamente, como juiz-instrutor, e houvesse sigilo.

“O novo sistema, que principiou sua atuação na França, em seguida à Revolução, para com as guerras napoleônicas chegar a outros países, disciplinava o processo penal em duas fases. Na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade.”¹⁶⁸

Por fim, cumpre ressaltar que as considerações acima dizem respeito a um breve trajeto histórico dos sistemas processuais praticados no direito europeu continental, e, conseqüentemente, nos países influenciados pela

¹⁶⁷ Ibid. p. 90.

¹⁶⁸ Ibid. p. 91.

cultura européia continental, entre os quais se encontra o Brasil, em virtude, dentre outros fatores, da colonização portuguesa.

O autor, após esta digressão histórica, comenta acerca dos sistemas processuais da atualidade, entre eles o francês, o alemão, o espanhol, o inglês, o americano, o italiano, o português, o argentino e o chileno¹⁶⁹. Entretanto, como não se afigura adequado ao escopo deste trabalho realizar tão extensa exposição, nos limitaremos a comentar o sistema processual brasileiro atual, o que nos parece mais coerente com a natureza deste estudo. Tal abordagem constará do item 4.4.

No tópico seguinte iniciaremos uma concisa análise das principais características dos sistemas processuais inquisitório e acusatório, que como nota Diogo Malan, são os dois modelos consagrados pela história dos sistemas processuais penais, que normalmente coexistem, em maior ou menor grau, na maior parte dos ordenamentos jurídicos de tradição européia continental. O autor alerta, ainda, que é impossível a existência de um modelo acusatório puro e também de um modelo inquisitório puro, posto que nos sistemas processuais reais, em oposição aos modelos históricos, suas características são, na verdade, combinadas.¹⁷⁰

3.2. O Sistema inquisitivo

“O *sistema inquisitório* tem raízes na velha Roma, mormente no período da decadência, e alguns traços em outras legislações antigas. Nasce, porém, na forma como estudamos hoje, *no seio da Igreja Católica*, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de “doutrinas heréticas”. Trata-se, sem dúvida, do *maior engenho jurídico que o mundo conheceu*; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos.”¹⁷¹

¹⁶⁹ Ibid. p. 93-102.

¹⁷⁰ MALAN, Diogo Rudge. *A sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 61-62.

¹⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18-19.

Conforme vimos quando da análise dos sistemas processuais romanos, na terceira fase, a qual identificamos como uma nova *cognitio*, que ocorreu no Império Romano, os *nunciatores* ou *curiosi*, agentes públicos, passaram a transmitir aos juízes a notícia sobre o cometimento de delitos quando a *accusatio* não era apresentada ao tribunal popular e, como conseqüência, os magistrados ampliaram sua atuação e vieram a se confundir com a parte acusadora.

Daí Jacinto Coutinho identificar a origem do sistema inquisitório com a prática penal da “velha Roma”. Conforme já mencionamos também, foi no seio da Igreja Católica que surgiu, inclusive formalmente institucionalizado após decreto do Papa Inocêncio III no IV Concílio de Latrão (1215)¹⁷², o procedimento inquisitório, que, devido ao poderio da instituição durante a Idade Média, se expandiu para o restante da Europa ocidental continental (e para suas colônias, notadamente nas Américas¹⁷³).

Observamos que, com a possibilidade de denúncias anônimas, os juízes passaram a atuar de ofício, ainda sob a égide do Império Romano e que a partir da Idade Média, com a instituição do procedimento inquisitório, os poderes do magistrado se ampliaram ainda mais. Com isso, reuniram-se no mesmo órgão as figuras do acusador e do julgador. Eis o traço mais marcante do sistema inquisitivo.

¹⁷² Como observa brilhantemente o autor: “Entre liberais e conservadores (não fosse isto não haveria um Concílio em Latrão, em 1215), a Igreja optou pela *morte*, na esteira da Bula *Vergentis in senium*, do Papa *Inocência III* (1199), a qual prepara o campo da repressão canônica com a equiparação das “heresias” aos crimes de lesa-majestade. O Concílio faz a sua opção (o pano de fundo era a manutenção do poder); e o novo sistema paulatinamente assume sua fachada, constituindo-se os Tribunais da Inquisição, com base efetivamente jurisdicional, pela *Constitutio Excomuniamus* (1231), do Papa Gregório IX, para consolidar-se com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252”.- Ibid. p. 21-13.

¹⁷³ “De se notar que, na Espanha católica, instaurou-se, ao lado da justiça comum, o tribunal religioso denominado Santo Ofício, tido indiscutivelmente como o mais cruel e violento da época da Inquisição, com a qual muitas vezes é confundido como se fosse seu exemplo mais perfeito e difundido. O Santo Ofício alcançou a América Espanhola e só foi abolido definitivamente, enquanto tribunal de inquisição, em 1834.” - PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 84.

Investigador, acusador e juiz concentrados em uma mesma figura, que, inevitavelmente, condenava a priori qualquer suspeito, posto que a formação da convicção sobre a culpabilidade do acusado era formada desde a investigação, sendo o julgamento mera encenação, uma corroboração performática do juízo negativo acerca do réu anteriormente formulado.¹⁷⁴

“O controle direito do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actus trium personarum* já não se sustenta. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero *objeto de verificação*, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido. A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado pelo fato de fixar tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum*.”¹⁷⁵

Assim, sendo o investigado vislumbrado como mero objeto (e não como um sujeito, como um sujeito de direitos, como uma pessoa humana), a tortura era considerada um meio legítimo de prova e, inclusive, o mais eficaz para se obter a então rainha das provas (*regina probatorum*), a confissão do acusado¹⁷⁶.

¹⁷⁴ MALAN, Diogo Rudge. *A sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 63.

¹⁷⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 23.

¹⁷⁶ “A informação penal escrita, secreta, submetida, para construir suas provas, a regras rigorosas, é uma máquina que pode **produzir a verdade na ausência do acusado**. E por essa mesma razão, embora no estrito direito isso não seja necessário, esse procedimento vai necessariamente tender à confissão. Por duas razões: em primeiro lugar, porque esta constitui uma prova tão forte que não há nenhuma necessidade de acrescentar outras, nem de entrar na difícil e duvidosa combinação dos indícios; a confissão, desde que feita na forma correta, quase desobriga o acusador do cuidado de fornecer outras provas (em todo caso, as mais difíceis). Em seguida, a única maneira para que esse procedimento perca tudo o que tem de autoridade univocal, e se torne efetivamente uma vitória conseguida sobre o acusado, a única maneira para que a verdade exerça todo o seu poder, é que o criminoso tome sobre si o próprio crime e ele mesmo assine o que foi sábia e obscuramente construído pela informação.” – FOUCALT, Michel. *Vigiar e Punir*. (trad. Raquel Ramalhete) 32ª ed. Petrópolis: Editora vozes. p. 34. (grifo nosso).

Segundo Jacinto Coutinho, a nota característica do sistema inquisitório é a gestão da prova, que fica completamente a cargo do julgador, que a recolhe secretamente e com ampla discricionariedade.

Neste sentido:

“... o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. Ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado...”¹⁷⁷

Percebe-se, pois, que o procedimento, além de sigiloso, era escrito e não-contraditório e que inexistiam quaisquer garantias para o acusado, que não passava de objeto da investigação (e dos suplícios)¹⁷⁸. Em regra, o acusado era preso no curso da investigação, sendo o decreto prisional embasado tão somente em conjecturas, em suspeitas criadas pela íntima convicção dos magistrados (a presunção de culpabilidade é lastreada na mera aparência).¹⁷⁹

“A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia das provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema.”¹⁸⁰

Ademais, cumpre destacar que o papel do advogado não era bem o de defensor do acusado, mas o de fazer com que este confessasse o mais

¹⁷⁷ Ibid. p. 32.

¹⁷⁸ “O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação.” - LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p.167.

¹⁷⁹ MALAN, Diogo Rudge. *A sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 63.

¹⁸⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 65.

depressa possível e se arrependesse do erro¹⁸¹, permitindo a aplicação imediata da pena e o início também imediato de sua execução.¹⁸²

Enfim, é de se observar que, logicamente, o interrogatório era ato essencial do procedimento inquisitivo, como meio de se obter a confissão. Aury Lopes Jr. traz ainda, acerca deste tema específico, a informação de que a técnica do interrogatório era especial¹⁸³, existindo cinco modalidades progressivas de tortura, tendo o suspeito o “direito” de ser objeto de apenas um tipo por dia.¹⁸⁴

Eis as características principais deste sistema processual que, infelizmente, ainda influencia sobremaneira nossa legislação processual penal e que, por isso, mereceu a análise mais detida que ora se encerra.

3.3. O princípio acusatório e o sistema acusatório

¹⁸¹ “Sendo o pecado (crime), porém, obra do pecador, a grande ponte à sua descoberta é a *confissão*, esse milagroso engenho predisposto a aportar a *verdade*, nem que fosse induzida, presente sempre a hipótese de falta de espontaneidade.” - Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26.

¹⁸² LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p.172.

¹⁸³ “Trata-se de uma prática regulamentada, que obedece a um procedimento bem definido, com momentos, duração, instrumentos utilizados, comprimentos das cordas, peso dos chumbos, número de cunhas, intervenções do magistrado que interroga, tudo segundo os diferentes hábitos, cuidadosamente codificado. A tortura é um jogo judiciário estrito. E a esse título, mais longe do que às técnicas da Inquisição, ela se liga às antigas provas que se utilizavam nos processos acusatórios: ordálias, duelos judiciais, julgamentos divinos. Entre o juiz que ordena a tortura e o suspeito que é torturado, há ainda como uma espécie de justa: o “paciente”- é o termo pelo qual é designado o supliciado – é submetido a uma série de provas, de severidade graduada e que ele ganha “aguentando”, ou perde confessando. Mas o juiz não impõe a tortura sem, por seu lado, correr riscos (e não é só o perigo de ver morrer o suspeito); ele põe alguma coisa em jogo no torneio, que são os elementos de prova que já reuniu; pois a regra diz que, se o condenado “aguenta” e não confessa, o magistrado é obrigado a abandonar as acusações. O supliciado ganhou.” - FOUCALT, Michel. *Vigiar e Punir*. (trad. Raquel Ramalhete) 32ª ed. Petrópolis: Editora vozes. p. 36.

¹⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p.172.

Conforme apontamos em capítulo precedente, o princípio acusatório é uma das cinco garantias basilares do processo penal constitucional e constitui um dos dez axiomas do modelo processual penal garantista SG (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação – *nullum iudicium sine accusatione*). Além disso, está, portanto, entre as garantias processuais que funcionam como técnicas de definição e comprovação da pena e que visam reduzir ao máximo os espaços de discricionariedade do magistrado, exigindo o saber em detrimento do poder como fundamento da condenação. Tais garantias representam, ainda, direitos fundamentais do cidadão perante o Estado-Juiz e devem ser o objeto de proteção deste último, haja vista o papel de garantidor dos direitos e garantias constitucionais¹⁸⁵, que lhe é imposto pelo Estado Democrático de Direito¹⁸⁶.

Ademais, consoante ressaltado por Diogo Malan, o princípio acusatório apresenta-se como consectário lógico do devido processo legal (penal), em sua acepção garantista, posto que, pelo princípio da estrita jurisdicionalidade (tese “*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*”), somente será justo e, portanto, consoante com o devido processo constitucional, o processo em que o juiz seja imparcial, separado da acusação, em que se permita a ampla defesa do acusado e no qual o julgador conceba a si mesmo como promotor, protetor, enfim, garantidor dos direitos fundamentais, zeloso do respeito à forma do

¹⁸⁵ “A história comprova que o Juiz, esta figura básica no processo penal, já foi acusador e verdugo, mas a sociedade ocidental optou por entregar a ele a tarefa de velar pelos direitos fundamentais das pessoas e assumir a condição de terceiro previamente desinteressado na solução do caso que lhe é apresentado para decidir.” - MALAN, Diogo Rudge. *A sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. xvi.

¹⁸⁶ “A democracia, enquanto sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, se manifesta em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo no fortalecimento do sujeito passivo do processo penal. **Pode-se afirmar, com toda ênfase, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil) (...) O objeto primordial da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetivo sujeito no processo.**” - LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 12. (grifo nosso).

processo, como garantia de sua idoneidade, cumprindo, pois, seu papel consoante a carta constitucional.¹⁸⁷

Assim, processo justo, pautado pelo devido processo legal material e que respeite o princípio da estrita jurisdicionalidade (axioma A 7 e tese “*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*”), só poderá ser um processo em que se respeite também o princípio acusatório (axioma A 8), como exigência mínima para se ter um juiz imparcial e garantidor dos direitos fundamentais das partes, principalmente da parte mais fraca. Isto porque, como já apontamos anteriormente, a justiça do processo, sob a perspectiva do devido processo legal substancial, passa a ser aferida pelo respeito e promoção das garantias constitucionais, o que somente será satisfatoriamente alcançado por um juiz que, no mínimo, não exerça funções acusatórias.

Conforme expusemos no item 3.4, o princípio acusatório é o que determina que o juiz deva manter-se equidistante das partes, respeitando a dialética do processo, bem como sua configuração triangular e que atribui ao acusador, como parte autora, o ônus de provar o seu direito, ou mais apropriado à seara processual penal, de provar que há justa causa para a condenação.

Este princípio, além disso, pode ser identificado no axioma A8 (*Nullum iudicium sine accusatione*), segundo Ferrajoli, e traduzido na exigência de separação entre juiz e acusação, que determina que o juiz não atue de ofício, se substituindo ao acusador oficial (*ne procedat iudex ex officio*) e que reserva às partes um tratamento isonômico.

Ele dá nome ao sistema acusatório e com este não se confunde, já que o sistema congrega outras características para além da separação entre juiz e acusação, como a publicidade, a oralidade e a gestão da prova a cargo das partes, que formulam alegações e produzem provas em contraditório, respeitado o direito à ampla defesa e com paridade de armas. Neste sentido,

¹⁸⁷ MALAN, Diogo Rudge. *A sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 61.

Geraldo Prado argumenta que há impossibilidade de identidade entre o princípio e o sistema acusatório, posto que ilógico que um princípio seja ao mesmo tempo um conjunto de princípios e normas do qual ele faz parte. Assim, a relação entre o sistema e o princípio seria de continente/ conteúdo.

188

“Assim, sustenta-se neste trabalho a premissa de que, por sistema acusatório compreendem-se normas e princípios fundamentais, (...) orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório.”¹⁸⁹

O princípio acusatório terá grande influência na orientação do papel das partes no processo, posto que determina fundamentalmente que o processo seja um processo de partes. Como reservamos uma abordagem mais específica para o papel das partes no processo penal para o capítulo seguinte (capítulo 5), maiores considerações acerca do princípio acusatório serão feitas então. Neste momento, abordaremos, pois, as características do sistema acusatório.

“A origem do sistema acusatório remonta ao Direito grego, onde se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema da ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil.”¹⁹⁰

Conforme consignamos no tópico 4.1, no período republicano romano o sistema da *accusatio*, inspirado na acusação popular grega fez renascer um sistema acusatório, em que o contraditório era observado durante todo o procedimento, que era público e oral e no qual as provas produzidas pelas

¹⁸⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 103.

¹⁸⁹ *Ibid.* p. 104.

¹⁹⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 56-57.

partes durante os debates eram vistas como uma reconstrução histórica do delito e embasavam a decisão.

Na época do Império romano, contudo, com o surgimento de uma nova *cognitio*, os juízes ampliaram seus poderes, chegando ao extremo de reunirem as funções de acusar e julgar. Neste período, inicia-se a gradativa transição para o procedimento inquisitório, consoante expusemos no tópico anterior (4.2).

Tão somente com a Revolução Francesa e a vitória dos ideais iluministas, recuperando o homem o seu *status dignitatis*, tornando-se cidadão e não mais mero súdito, titular de direitos e garantias perante o Estado, que o deveria servir e não o contrário, os traços mais marcantes do sistema acusatório retornam à cena.

No sistema acusatório, ao contrário do inquisitivo, exige-se que o processo se desenvolva em uma relação triangular, com partes independentes e autônomas e com o juiz imparcial e eqüidistante, acima das partes e absolutamente inerte.¹⁹¹ O que se tutela não é a realização do direito penal material, o *ius puniedi* do Estado, mas os direitos fundamentais do réu, o juiz não cumpre, pois, mais a função de garantidor da segurança pública (defesa social), mas de garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Um simples rumor não autoriza o juiz a instaurar de ofício o procedimento, o que lhe é vedado, sendo imprescindível sua provocação por meio de uma acusação prévia, formulada por órgão independente e distinto daquele, posto que o julgador deva preservar sua imparcialidade, que do contrário ficaria comprometida “em razão do grave risco de pré-julgamento do mérito que esses atos de ofício ensejam”¹⁹².

O processo é contraditório, devendo, pois, todas as provas que serão utilizadas no convencimento do magistrado serem produzidas em juízo e

¹⁹¹ MALAN, Diogo Rudge. *A sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 82.

¹⁹² *Ibid.* p. 84.

sob o crivo do debate paritário entre as partes, o que significa que as provas porventura colhidas na fase pré-processual de inquérito devam ter como destinatário exclusivo órgão de acusação e servirem unicamente para embasar a denúncia.

O processo acusatório é público e nele predominam os atos orais. Nele é respeitado o devido processo legal, sendo asseguradas todas as garantias processuais do acusado durante a integralidade do feito. Eis o respeito à presunção de inocência como princípio basilar do devido processo penal constitucional, que implica, inclusive, em ser a regra a liberdade do acusado durante o processo, até que sobrevenha sentença penal condenatória transitada em julgado, salvo nos casos de prisão cautelar estritamente necessária.¹⁹³

“Nesse passo, o acusatório eleva o indivíduo ao epicentro da ação política, concebendo o Estado como um *instrumento organizacional a serviço daquele*. É reconhecida a dignidade do ser humano, titular de direitos inalienáveis, restringíveis tão-somente até os limites de sua essência.”¹⁹⁴

Geraldo Prado aponta a oralidade enquanto forma procedimental na qual predomina a palavra falada; a relação entre o juiz, as partes e os meios de prova é imediata; há respeito ao princípio da identidade física o juiz; o que implica que o juiz fundamente sua decisão sobre aquilo com que diretamente teve contato, como característica essencial do sistema acusatório. Neste sentido acentua, ainda, a essencialidade do diálogo para se garantir o debate, a dialética própria do contraditório. Isto tudo em contraposição ao procedimento inquisitivo fundado sobre a escrituração.¹⁹⁵

¹⁹³ HC 84078/MG (STF), Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 05/02/2009.

¹⁹⁴ Ibid. p. 85.

¹⁹⁵ “Como foi dito, a forma escrita subtrai o contato do juiz com acusado e testemunhas. Incensada pelo culto à razão, faz supor que este contato é desnecessário: afinal, o que a visão direta da audiência pode ministrar que já não esteja nos autos?! **O que não está nos autos não está no mundo!** O mesmo poder de dominação que a Justiça Eclesiástica exercia por meio da Inquisição, em um mundo de poucos letrados e multidões de analfabetos, passou a ser exercido pelos órgãos do Estado, que manejavam (manejam) a linguagem técnica do Direito (e ainda mais técnica dos autos) para impor o Poder do Estado ao ditar decisões penais.” - PRADO, Geraldo. *Sistema*

Observa o autor, em passagem assaz elucidativa:

“A oralidade converte-se em condição de participação efetiva no processo. Sem mediação da forma escrita o acusado poderá se fazer ouvir, a vítima e as testemunhas também, e as decisões não terão como se ocultar em linguagens estranhas à vida cotidiana.

Neste ponto percebe-se que a oralidade não é mera questão de forma. A matriz acusatória depende dela para definir os papéis concretos exercitados pelos sujeitos processuais. A defesa oral, na frente do réu, exige que o defensor demonstre conhecimento de causa e se empenhe em busca do resultado mais favorável ao acusado. Não bastam reiterações de manifestações escritas anteriores. Da mesma maneira a acusação deverá se posicionar sobre a prova. E o juiz exporá as razões de sua decisão. A troca de papéis (*Mutatio libelli*) entre acusação e juiz é bastante dificultada.”¹⁹⁶

Aponta o autor, por fim, a característica da publicidade como própria do sistema acusatório de cunho democrático, sendo o segredo próprio, por sua vez, do sistema inquisitivo, aplicado por regimes autoritários. O autor desmembra, ainda, dois aspectos da publicidade: o primeiro chama publicidade tradicional e o segundo apelida de Juízos Paralelos da Imprensa.

A publicidade tradicional é aquela que decorre da necessidade de transparência da gestão da *res publica*, que inclusive está presente no artigo 37 da CRFB de 1988 enquanto princípio da (imposto à) administração pública. Corresponde, pois, à exigência de participação do povo na gestão da coisa pública e, neste sentido, na gestão das decisões judiciais sobre os casos penais.¹⁹⁷

Decorre desta faceta da publicidade, o fato dos atos de investigação criminal (que dependem na maior parte dos casos de sigilo para serem bem sucedidos) não terem valor processual e, por isso, não serem aptos a

Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 157.

¹⁹⁶ Ibid. p. 158.

¹⁹⁷ Ibid. p. 158.

produzir efeitos jurídicos, muito embora sejam atos procedimentais sujeitos ao princípio da legalidade.¹⁹⁸

Já na segunda acepção posta da característica da publicidade, denominada pelo autor de Juízos Paralelos de Imprensa, a publicidade é vista enquanto veículo de informação, que provê o público, na qualidade de expectador, com as notícias acerca da administração da justiça, da atuação dos agentes do Estado no exercício de suas funções.¹⁹⁹

No que toca a publicidade midiática, o autor nos alerta para os perigos que cria e para o que chamou de processo paralelo difundido pela mídia. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. critica a publicidade abusiva e os efeitos nocivos que representa para a efetividade do princípio da presunção de inocência (item 3.4).

Apesar de importantíssimo e fascinante, o poder da mídia e sua repercussão na esfera penal não se afigura tema com relevância central para esta monografia, além do que demandaria um tópico próprio, tamanha a densidade do assunto, o que seria inadequado à natureza do estudo aqui realizado, pelo que nos limitaremos a esta breve, no entanto, elucidativa e irretocável citação, que pedimos vênias para transcrever *ipse literis*:

“A exploração das causas penais como casos jornalísticos, com intensa cobertura por todos os meios, leva à constatação de que, ao contrário do processo penal tradicional, no qual o réu e a Defesa poderão dispor de recursos para tentar resistir à pretensão de acusação em igualdade de posições e paridade de armas com o acusador formal, o *processo paralelo* difundido na mídia é superficial, emocional e muito raramente oferece a todos os envolvidos igualdade de oportunidade para expor seus pontos de vista.

(...) a presunção de inocência sofre drástica violação, pois a imagem do investigado é difundida como da pessoa responsável pela infração penal; e em vista disso, o desequilíbrio de posições que os sujeitos têm que suportar durante o período de exposição do caso pela mídia transfigura os procedimentos seculares de apuração e punição, passando subliminarmente a idéia do caráter obsoleto e ineficiente das garantias processuais, a que se soma a percepção do processo penal como meio demorado de se fazer justiça em comparação com a “célere” e “perfeita” investigação da mídia.

¹⁹⁸ Ibid. p. 159.

¹⁹⁹ Ibid. p. 159.

É indiscutível que em semelhante situação o devido processo legal e a liberdade de imprensa sofrem e assim esta última, que se apresenta como direito civil elementar em uma sociedade democrática, pode terminar produzindo em seu extremo aquilo que deveria evitar: um modelo autoritário de exercício de poder, em virtude de que os procedimentos acabam tendo valor exclusivamente formal.”²⁰⁰

Finalmente, podemos apontar como outras características do sistema acusatório moderno: a adoção, quanto à valoração da prova, do sistema do livre convencimento motivado, ausente uma tarifa probatória, como ocorria no sistema das provas legais; o instituto da coisa julgada, como corolário do princípio da segurança jurídica próprio do Estado (Democrático) de Direito e o duplo grau de jurisdição, que evidencia o caráter racional e, portanto, impugnável das decisões judiciais, uma vez que se baseiam nas provas produzidas em juízo e sob o crivo do contraditório e são devidamente fundamentadas, ou assim deveria ser (na prática).²⁰¹

3.4. Do Sistema Processual Brasileiro

“Nosso ordenamento jurídico-constitucional adotou um sistema acusatório ao outorgar a órgão distinto do Judiciário a exclusividade do exercício da ação penal de iniciativa pública (art. 129, I), garantir o Juiz Natural (art. 5º, LIII), o devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), a publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LX, 93, IX), o procedimento oral nos Juizados Especiais Criminais (art.98, I), dentre inúmeras outras garantias igualmente importantes, previstas tanto no próprio texto constitucional quanto nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, incorporadas ao nosso ordenamento interno com força de norma constitucional (art. 5º, § 2º).”²⁰²

Em mais de uma oportunidade, consignamos neste trabalho que a Constituição da República Federativa do Brasil, ao instituir o Estado Democrático de Direito, adotou, por via de consequência, o sistema

²⁰⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 163.

²⁰¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 58.

²⁰² MALAN, Diogo Rudge. *A sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 88.

acusatório. Assim o é porque, ao exigir que o processo (penal) se democratizasse para a ela se adequar, adotou em sua integralidade o modelo penal garantista *SG*, de cujos dez axiomas fundamentais o princípio do acusatório faz parte.

Eis a razão que nos leva a afirmar que o nosso modelo constitucional de processo penal é acusatório.

Todavia, certos dispositivos do Código de Processo Penal Brasileiro e de algumas leis processuais penais extravagantes demonstram que o procedimento inquisitório e as ideologias da “lei e ordem”, tolerância zero e defesa social ainda estão em voga, contaminado a praxe, povoando a mente dos atores jurídicos, notadamente dos magistrados.

Isto se explica, conforme alhures por nós referido, pela ideologia fascista predominante na época da feitura do Código de Processo Penal e pelas influências dos movimentos repressivistas, que até hoje ameaçam o Estado Democrático de Direito, ao propugnar por soluções autoritárias, por um direito penal máximo como resposta aos clamores sociais por maior segurança (social), em detrimento de outros (mais relevantes quando da ponderação de interesses constitucionais) direitos fundamentais (direito à vida digna, por exemplo).

Desta forma, a título meramente exemplificativo, menciona Geraldo Prado, entre outras, as seguintes notas de inquisitorialidade que assombram o diploma processual pátrio:

- A) O artigo 5º, II, CPP, autoriza a autoridade judiciária a requisitar a instauração do inquérito policial em crimes de ação penal pública, o que afronta evidentemente o sistema acusatório, posto que o juiz, com este atuar, formula, precocemente, um juízo de valor acerca da autoria e da materialidade do delito.

“Sendo assim, qualquer que seja a modalidade de intervenção judicial, voltada à comunicação oficial da existência provável de infração penal a apurar, o magistrado que vier a noticiá-la estará comprometido na sua imparcialidade...”²⁰³

B) O artigo 28, CPP, que permite que o juiz exerça o controle sobre o atendimento pelo promotor de justiça ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, quando este resolve requerer o arquivamento ao invés de denunciar, vai, indubitavelmente, de encontro ao princípio e, conseqüentemente, ao sistema do acusatório. A aplicação deste artigo leva, claramente, a uma desestabilização do processo enquanto relação triangular entre partes independentes e juiz imparcial (princípio acusatório), pois o juiz, ao questionar as razões invocadas pela parte acusadora, questiona, na verdade, a sua autonomia e sua função constitucional como titular exclusiva da ação penal e exerce prematuramente juízo de valor negativo sobre o acusado. Essa questão será objeto de maiores considerações no próximo capítulo, visto que ponto nevrálgico deste estudo.

“Em vista disso, e por considerarem que a partir de 1988, com a nova Constituição, o processo penal brasileiro realmente aderiu ao modelo acusatório, alguns tribunais, a nosso juízo acertadamente, têm editado atos normativos que regulam a tramitação dos autos de investigação criminal diretamente entre as unidades de polícia judiciária e os órgãos do Ministério Público.”²⁰⁴

C) O artigo 311, CPP, que autoriza o juiz a decretar **de ofício** a prisão preventiva em fase de inquérito também é incompatível com o sistema acusatório, no qual a liberdade do acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é a regra e, principalmente, no qual o juiz deve ser imparcial e inerte, não podendo agir com oficialidade, posto que, do contrário, substituirá a parte acusadora, atuando como juiz-inquisidor.

²⁰³ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 174.

²⁰⁴ *Ibid.* p. 176.

D) Aponta, por fim, o procedimento da *Mutatio Libelli*, que contudo, por consubstanciar o tema central deste trabalho, será analisado em tópico próprio, como não poderia deixar de ser.

Por fim, trazemos a colação:

“Assim, se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou.

Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade no processo, pelo menos como regra para as infrações penais de menor potencial ofensivo²⁰⁵, e a publicidade, concluiremos que se filiou, sem dizer, ao sistema acusatório.

Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes dos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a teoria *da aparência acusatória*.”²⁰⁶

Diante do exposto, pode-se afirmar que há dispositivos na legislação processual penal brasileira que são incompatíveis com a Constituição de 1988, porque incompatíveis com o princípio e com o sistema acusatório. Tais dispositivos não gozam, pois, de legitimidade (constitucional – democrática), pelo que devem ser objeto de uma releitura à luz do texto magno.

²⁰⁵ A Lei 11.719 trouxe a oralidade para o procedimento comum ordinário – artigo 394 e seguintes CPP.

²⁰⁶ Ibid. p. 195. No mesmo sentido, ou ainda mais radicalmente, Aury Lopes Jr.: “Dessarte, fica fácil perceber que o **processo penal brasileiro é inquisitório, do início ao fim**, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional.” - LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p.182.

4. A *MUTATIO LIBELLI* COMO UM INSTITUTO EM DESCOMPASSO COM O MODELO PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO DELINEADO PELA CONSTITUIÇÃO

Neste capítulo, abordaremos aquilo que constitui o ponto central, o núcleo essencial, de nosso estudo: o instituto da *Mutatio Libelli*.

Primeiramente, analisaremos o papel da acusação e do julgador no processo penal constitucional, segundo o modelo processual garantista SG, e, conseqüentemente, segundo o sistema processual acusatório. Isto nos será útil para podermos confrontar o ideal (normatividade-constitucional), aquilo que a Constituição espera do comportamento das partes no processo, e o real, o teor da legislação infraconstitucional e sua praxe (efetividade-constitucional).

Através da observação da antiga redação do artigo 384, CPP, e de sua nova dinâmica a partir da Lei 11. 719/ 2008, perceberemos os pontos em que o legislador avançou no sentido de concretizar o ideal constitucional e adequar o ordenamento processual penal ao modelo acusatório que, conforme vimos, foi o eleito pela Carta de 1988, e os pontos em que, infelizmente, o legislador andou na contramão da necessária filtragem constitucional.

Eis o âmago deste trabalho, no qual, ora, adentraremos: apreciar, através da lente da Teoria do Garantismo penal, o instituto da *Mutatio Libelli*, ontem e hoje, para, ao final, propugnar por sua inadequação ao modelo processual garantista SG, ao sistema (e ao princípio) acusatório, ao Estado Democrático de Direito (à democracia substancial, portanto) e, por conseguinte e por tudo o que expusemos até aqui, à Constituição da República Federativa do Brasil.

4.1. O papel das partes processuais num modelo processual penal garantista

Consoante observamos em item específico, no sistema acusatório, baseado no princípio do qual herda o nome, o processo é verdadeiramente, enquanto modelo ideal, uma estrutura triangular na qual se alocam as partes na demanda (defesa e acusação) em posição de igualdade e o juiz, enquanto figura do processo, acima delas, em equidistância, inerte e imparcial.

Para que esta configuração do processo se efetive, as partes e o juiz devem desempenhar suas funções em consonância com o que lhes atribui o sistema acusatório e a Constituição.

Geraldo Prado, neste sentido, analisa os papéis ideais das partes, denominando esta análise de *Perspectiva Estática do Processo*, para contrapô-la com o que chama de *Perspectiva Dinâmica do Processo*, que seria a análise das funções realmente desempenhadas pelas partes, em descompasso, por vezes, com os mandamentos da Lei maior.

“Ora, um princípio fundado na oposição entre acusação e defesa, ambas com direitos, deveres, ônus e faculdades, só se desenvolve regularmente em um processo de partes, centrado nas relações recíprocas que se estabelecem.

Como se fosse uma fotografia, veremos inicialmente como estão consolidados os estatutos jurídicos dos sujeitos do processo, de acordo com o princípio acusatório.

Depois passaremos ao exame da dinâmica processual, isto é, como reagem os diversos sujeitos à ação dos demais. Equivale à tentativa de captar a atuação dos sujeitos como em um filme. (...)

A principal vantagem – razão da eleição do método- está em permitir comparar aquilo que a ordem constitucional e as leis atribuem aos principais sujeitos do processo penal (visão “estática” do que fazem o juiz, o Ministério Público, o querelante, o acusado e seu Defensor) e o que de fato estes sujeitos praticam a partir da cultura consolidada e com o amparo na jurisprudência (perspectiva dinâmica).”²⁰⁷

Seguindo esta orientação, vejamos primeiramente o papel do juiz e depois o papel da acusação.

²⁰⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 107.

Como em todo processo penal democrático a defesa está presente em paridade de armas com o acusador (inclusive há previsão expressa de contraditório no artigo 384, CPP), o instituto jurídico da *Mutatio Libelli* toca mais diretamente no atuar do juiz e do Ministério Público, sendo o objetivo desta monografia o estudo do instituto do ponto de vista de sua conformidade (ou desconformidade) constitucional, cuja dúvida reside na atividade dos referidos órgãos estatais. Assim, a análise pormenorizada do papel da defesa foge ao tema e às finalidades deste trabalho, pelo que não abordaremos em tópico próprio as funções constitucionais desta parte processual, especialmente porque comentários mais pertinentes já foram tecidos quando do estudo acerca do princípio da ampla defesa, realizado no capítulo 3, item 3.4.

4.1.1. O juiz

“A necessidade de superação de um modelo processual de feição inquisitiva trouxe, como consequência mais importante do advento do sistema acusatório (como o nosso) e do sistema *adversary* (sistema de partes, do Direito anglo-saxão), a preocupação com a *imparcialidade* do juiz.”²⁰⁸

Deve o processo, para ser verdadeiramente acusatório, ser necessariamente deflagrado por uma acusação (oriunda de órgão distinto do julgador, por respeito ao princípio do acusatório) a qual se oporá uma defesa que revele uma alternativa de solução do caso penal oposta à alternativa propugnada na imputação, sendo que ambas as soluções estejam dispostas a formar a *opinio* ou convicção do magistrado, configurando, nas palavras de Geraldo Prado, propostas excludentes de sentença.²⁰⁹

²⁰⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 375.

²⁰⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 108.

É por isso que o autor aponta como pressuposto para um sistema processual realmente acusatório a **imparcialidade** do magistrado.

Assim, se o juiz precocemente aderir a uma das versões contrapostas, a acusatória ou a defensiva, terá sua capacidade cognitiva viciada, pois estará pouco ou nada disposto a ouvir (ouvir com “ouvidos” de escutar) e dar credibilidade à versão da outra parte (da parte a que não aderiu precocemente). O cognitivismo e o saber judicial restarão, portanto, comprometidos porque nesta situação o magistrado não agirá com imparcialidade, não elegerá entre duas alternativas opostas, após ter ouvido com neutralidade as alegações de ambas as partes e presenciado sem qualquer prejuízo a produção de provas em contraditório.

Desta forma, ao se aproximar de uma das versões antes do desenrolar do processo, o juiz perde sua equidistância em relação às partes e compromete a dialética do procedimento. Ademais, sem a imparcialidade do magistrado de nada adianta que as regras do jogo estejam previamente fixadas e que o devido processo legal formal seja respeitado (*procedural due process* ou garantia do devido procedimento), pois tudo não passará de uma encenação conduzida para que o magistrado possa ao final sentenciar tão somente corroborando seu julgamento apriorístico.

“Com efeito, o juiz que antecipadamente está em condições de ajuizar a solução para o caso penal (que em algumas hipóteses sequer foi objeto de pretensão do interessado), **na prática torna dispensável o processo**, pois tem definida a questão independentemente das atividades probatórias das partes, comportamentos processuais que devem ser realizados publicamente e em contraditório.”²¹⁰

Desta forma, o juiz parcial deverá ser afastado do feito por impedimento ou suspeição.

As causas de impedimentos, segundo Eugênio Pacelli, “estão relacionadas com fatos e circunstâncias, objetivas e subjetivas, encontrados, em regra *dentro* do processo no qual o juiz estará impedido de exercer

²¹⁰ Ibid. p. 109.

jurisdição”²¹¹. Aponta, ainda, o autor que a diferença para a suspeição é que em relação a esta “os fatos e/ou circunstâncias objetivas que poderão influenciar o ânimo do julgador são encontrados externamente ao processo”²¹².

Geraldo Prado atenta para uma dupla perspectiva da imparcialidade: a aparência de imparcialidade e a efetiva imparcialidade. Assim, assevera o autor que não basta assegurar a aparência de isenção dos juízes, mas que igualmente necessária é a garantia de que a apreciação concreta do caso penal seja isenta de juízos apriorísticos do magistrado, caso contrário este deverá ser afastado por suspeito ou impedido.

“Trata-se aqui, talvez, de uma compreensão invertida da máxima pela qual não basta à mulher de César ser honesta. No caso, ao juiz não é suficiente parecer honesto; terá de sê-lo verdadeiramente, inclusive do ponto de vista intelectual.”²¹³

Além da imparcialidade como dever, a **independência** do magistrado como garantia orgânica merece destaque dentro da perspectiva de um processo penal constitucional, pois se apresenta como pressuposto para a própria imparcialidade, posto que um juiz dependente é um juiz sujeito a pressões e manipulações políticas, que podem viciar a apreciação do caso penal.²¹⁴

Assim:

“A independência deve ser vista como sua exterioridade ao sistema político e, num sentido mais geral, como a exterioridade a todo sistema de poderes. O juiz não tem

²¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 375.

²¹² Ibid. p. 376.

²¹³ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 111.

²¹⁴ “...porque dentre as suas funções está a de controlar atos dos demais poderes, não pode ficar o judiciário ao sabor das suas conveniências políticas. Se sofrer tais ingerências, por certo perderá a independência, restando comprometido em sua própria natureza de Poder de Estado.” – MACIEL, Cláudio Baldino. *O juiz independente no Estado Democrático*. Revista Cidadania e Justiça publicada no 1º semestre de 2000. p. 67.

por que ser um sujeito representativo, posto que nenhum interesse ou vontade que não seja a tutela dos direitos subjetivos lesados deve condicionar seu juízo, nem sequer o interesse da maioria, ou inclusive, à totalidade dos lesados. Ao contrário do Poder Executivo ou do Legislativo, que são poderes de maioria, o juiz julga em nome do povo – mas não da maioria – para a tutela da liberdade das minorias.”²¹⁵

Somente um juiz independente, portanto, será verdadeiramente capaz de agir com imparcialidade na formação de sua **livre** convicção. Da mesma maneira, apenas um juiz independente pode exercer a **função constitucional de garantidor dos direitos fundamentais**, que, conforme já apontamos, é precisamente a nova posição do juiz dentro do Estado Democrático de Direito.²¹⁶

Acerca da (in)dependência e de outras características negativas, do ponto de vista do processo penal constitucional e do sistema acusatório, do magistrado, as quais o autor denomina de patologias²¹⁷, Aury Lopes Jr. traz algumas considerações assaz interessantes que merecem ser reproduzidas neste trabalho.

Primeiramente, levanta a hipótese do juiz que é dependente, ainda que não formalmente, dada a existência da garantia orgânica da independência na Carta Constitucional, do que denomina *pai-tribunal*.

Neste sentido, a tendência dos juízes de primeiro grau em se guiarem pelo entendimento dos Tribunais, especialmente, dos Tribunais Superiores, é evidente e cada vez maior, haja vista a criação de mecanismos como as súmulas vinculantes, que encorajam, ou mesmo impõe, uma postura de

²¹⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p. 77.

²¹⁶ “O juiz independente é condição fundamental de existência do Estado Democrático.”- MACIEL, Cláudio Baldino. *O juiz independente no Estado Democrático*. Revista *Cidadania e Justiça* publicada no 1º semestre de 2000. p. 67.

²¹⁷ “Por mais que o Direito crie estruturas teóricas, um grave problema está noutra dimensão, para além do Direito. Está na figura humana do juiz. Também devemos nos preocupar com esse fator quando se pensa em sistema de garantias. É elementar que estamos nos referindo a uma minoria, aos casos patológicos, mas é em relação a esses que o sistema de garantias deve se preocupar.” - LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p. 79

sujeição de todo o Poder Judiciário em relação ao entendimento das altas cortes.

“É preocupante o nível de dependência que alguns juízes criam em relação ao “entendimento” deste ou daquele Tribunal, e o que é pior, a sujeição de alguns Tribunais ao que dizem outros Tribunais Superiores.”²¹⁸

Os juízes, após a intitulada Reforma do Judiciário trazida pela Emenda Constitucional nº 45, possuem “salvo-conduto”, protegidos pela vinculação normativa às decisões do Pretório Excelso determinada pelo mecanismo das súmulas vinculantes, para seguirem cegamente o *pai-tribunal*, expediente que inclusive facilita o exercício da função por aqueles juízes mais inseguros.²¹⁹

O que se observa, em última análise, é que o pensamento dos Tribunais se dogmatiza e substitui inclusive a Lei e, como consequência, tolhe em definitivo a criatividade do operador jurídico.

“Quando uma decisão vale porque proferida por este ou aquele tribunal, e não porque é uma boa decisão, passa-se a ser um mero repetidor acrítico e autofágico²²⁰, impedindo qualquer espécie de evolução.”²²¹

Cláudio Baldino Maciel analisou sob o ponto de vista da globalização e do Neoliberalismo a reforma do Judiciário brasileiro para concluir que se trata na realidade de um fenômeno que vem ocorrendo na maior parte dos países em desenvolvimento, nos quais o Poder Executivo vem ampliando

²¹⁸ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p. 79.

²¹⁹ “...o juiz que está na infância, tendo o pai como ídolo. Seu desejo é agradar o pai e, para isso, nada melhor do que aderir ao seu saber, expresso nos acórdãos. Para tanto, transcreve sempre a vontade-jurisprudência do seu superior. Esta relação neurótica perdura quando este juiz chega ao Tribunal, pois espera que os outros “filhos” sigam seu caminho, copiando-o.” – *Ibid.* p. 80.

²²⁰ “Pior, esse juiz mata o que há de mais digno na atividade judicante: o *sentire*. Em vez de proferir a sentença com sentimento, ele se reduz a um mero burocrata repetidor de decisões alheias, com a finalidade de aderir à maioria ou ao pai-tribunal.” – *Ibid.* p. 80.

²²¹ *Ibid.* p. 79.

cada vez mais a sua atuação (bastaria citar apenas outro fenômeno curioso, qual seja, a medida provisória) em detrimento dos demais Poderes.²²²

Expõe o autor seu entendimento no seguinte sentido:

“Pois sendo o Judiciário o poder controlador da área de atuação dos demais poderes, sobretudo do Executivo, está a sofrer tentativas de reformas em muitos países. Vêm elas postas coincidentemente no mesmo momento histórico. Tais reformas, no Brasil, nitidamente procuram diminuir a expressão político-institucional do Poder Judiciário e, com isso, transformá-lo em menor obstáculo para o exercício das atividades do Poder Executivo nas suas políticas governamentais.”²²³

Buscando a raiz deste fenômeno, o autor atenta para o fato de que o documento do Banco Mundial “O setor judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma” (produzido nos Estados Unidos em meados de 1996)²²⁴ prevê a necessidade de reformas nos Poderes Judiciários da América Latina e do Caribe para “quebrar a natureza monopolística do Judiciário, melhor garantir o direito de propriedade e propiciar o desenvolvimento econômico e do setor privado”.²²⁵

²²² “A independência do Judiciário, por outro lado, é a segurança das próprias prerrogativas de função dos exercentes dos demais poderes, sendo conceitualmente indispensável ao funcionamento das instituições republicanas. E assim o é singelamente porque ao Judiciário cabe a defesa do sistema constitucional e legal. O modelo de tripartição de poderes somente pode funcionar bem se o Poder Judiciário for efetivamente autônomo e independente. Isto é corolário do respeito à ordem constitucional legítima, e se subsume na repulsa ao arbítrio e na proteção das liberdades, o que se qualifica como finalidade última que deve inspirar o Estado Democrático de Direito.” - MACIEL, Cláudio Baldino. *O juiz independente no Estado Democrático*. Revista Cidadania e Justiça publicada no 1º semestre de 2000. p. 68.

²²³ Ibid. p. 68.

²²⁴ “Os mais importantes institutos propostos na reforma constitucional brasileira são previstos, de forma específica ou genérica, no documento da agência financeira referida: **súmulas com efeito vinculante**, medidas avocatórias, incidente *per saltum* de inconstitucionalidade, **controle externo**, **escola oficial de magistratura** com *staff* centralizado, juizados arbitrais, **concentração de poder nas cúpulas do Judiciário e subtração de autonomia dos juízes em geral**. Enfim, um Poder Judiciário verticalizado, com acentuação da disciplina interna e afrouxamento da possibilidade de disciplinamento difuso de condutas, sobretudo no que pertine ao controle da legalidade e da constitucionalidade de leis e atos administrativos dos demais poderes, estas elaboradas crescentemente no sentido de favorecer as políticas econômicas internacionais.” – Ibid. p. 71. (grifo nosso).

²²⁵ Ibid. p. 70. Ainda: “No caso da reforma do Poder Judiciário no Brasil, coincidentemente as linhas mestras dos projetos apresentados no Parlamento Nacional, com o beneplácito do governo federal, são em tudo similares às propostas do Banco Mundial, bastando-se, para chegar a tal conclusão, a mera leitura do documento ora analisado e a dos projetos reformadores.” – Ibid. p. 70.

Assim, o autor conclui que a reforma é na realidade parte de um projeto global que visa fragilizar a expressão institucional do Poder Judiciário, que passaria a ter uma atuação menos contundente enquanto garantidor dos direitos e liberdades, permitindo o trânsito livre de percalços para o capital internacional, para o qual um ambiente favorável e, principalmente, **previsível** mostra-se essencial em termos de desenvolvimento.²²⁶

Comprometendo a independência do Poder Judiciário, a Reforma, portanto, atuou negativamente sobre o exercício da nova função constitucional do juiz, qual seja: a de garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos; e, com isso, diminuiu a efetividade do projeto democrático trazido pela Constituição de 1988.²²⁷

“A hipertrofia do Executivo, em muitos de nossos países, tem a tendência de desconsiderar o valor e o significado transcendente da ordem constitucional legítima, muitas vezes sendo colocado o interesse na execução de determinado plano de governo acima da própria intangibilidade do sistema constitucional vigente. Os juízes têm e devem ter na ordem constitucional legitimamente estabelecida, no entanto, o parâmetro inafastável de sua atuação institucional. Consistem os juízes, assim, no instrumento fundamental da cidadania na defesa do Estado Democrático. Por colocar freios na atuação do Executivo, desde que transborde ela as prerrogativas constitucionais do exercício do Poder, passa o Judiciário a ser uma necessária *pedra no sapato* do governo.”²²⁸

É por tudo isto, e sobretudo, pela relevância da função desempenhada pelos magistrados, que a independência deve ser uma garantia orgânica que não esteja tão somente assegurada no texto constitucional, mas também na

²²⁶ Ibid. p. 69. Ainda: “O mesmo documento admite que as reformas serão “alterações sistêmicas, de longo termo, ao invés de reformas superficiais passíveis de serem revertidas”. Este, assim, é o interesse do Banco Mundial: a mudança estrutural de nossos Judiciários, profunda o suficiente para não poder ser revertida. Isto porque, ainda segundo a visão do Banco, a economia de mercado “demanda um sistema jurídico eficaz para governos e setor privado, visando a solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes e as transações mais complexas, as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância”. E, digo eu, mais importantes e eficazes serão, aos olhos da dita agência econômica, se forem mais previsíveis na incapacidade que tenham de impor limites, ainda que constitucionais, à circulação anárquica de capitais na busca única do lucro em nossos respectivos países.” – Ibid. p. 71.

²²⁷ “O comprometimento da independência do Judiciário, contudo, em qualquer mundo que habitemos e em qualquer época histórica, só pode significar a inexistência de democracia.”- Ibid. p. 69.

²²⁸ Ibid. p. 68.

praxe jurídica, porque, como vimos, só o juiz independente pode ser imparcial, garantidor dos direitos fundamentais, protetor e promotor da democracia (substancial) tão essencial para a efetivação definitiva do Estado Democrático de Direito.

Aury Lopes Jr. nos alerta ademais para o fato de que não basta a independência e de que “só um juiz consciente de seu papel de garantidor e que, acima de tudo, tenha a *dúvida como hábito profissional e como estilo intelectual*, é merecedor do poder que lhe é conferido.”²²⁹

Neste ponto, o autor enriquece sua abordagem trazendo mais uma hipótese “patológica”, além da figura do juiz-dependente, qual seja: o juiz que assume o papel de guardião da segurança pública e da paz social, verdadeiro justiceiro a quem incumbe por em marcha a *limpeza social*.

Eis o juiz adepto das ideologias repressivistas da “lei e ordem”, tolerância zero, defesa social e congêneres. O juiz que, como ser humano, tão exposto à mídia e seus apelos por um maior rigor penal quanto qualquer outro mortal, se deixa influenciar pela cultura política autoritária e que, na busca por uma menor impunidade, abandona o seu papel constitucional de garantidor dos direitos fundamentais e abraça uma postura antigarantista e antidemocrática, em tudo contrária ao que até aqui se tem identificado como próprio do papel do juiz num processo penal constitucional (acusatório, garantista e democrático).

Eis o porquê de Aury Lopes Jr. afirmar que: “Esse juiz representa uma das maiores ameaças ao processo penal e à própria administração da justiça”²³⁰. Um juiz que não exerce seu papel constitucional de garantidor da democracia substancial e de promotor do devido processo penal substancial não serve, enfim, ao processo justo e ético, não realiza a devida justiça no caso concreto.

²²⁹ Lopes Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p. 81.

²³⁰ *Ibid.* p. 81.

Além do mais, o juiz justiceiro tanto quanto ou mais que o juiz dependente não é imparcial e “transforma o processo numa encenação inútil, meramente simbólica e sedante, pois desde o início já tem definida a hipótese acusatória como verdadeira.”²³¹

Concluindo sua brilhante explanação, refere-se o autor a mais um tipo de distorção que pode acometer, e que freqüentemente o faz, os juízes de um modo geral:

“Na atividade do juiz, pode ocorrer uma ruptura entre os pólos arquetípicos, onde um deles permanece consciente e o outro é reprimido, fica no inconsciente e é projetado sobre as partes no processo. É a situação do juiz que acredita que o crime não tem nada em comum consigo (como se ele e todos nós não fossemos delinquentes...) e que o mal só existe no réu, uma criatura que habita um mundo totalmente diverso do seu.”²³²

Falta a este juiz o sentimento de identificação com o outro, a percepção de que é tão humano quanto aquele que julga, a sensibilidade para se pôr no lugar do réu, a humildade, enfim, para se considerar tão humano e falho quanto o julgado e, com isso, buscar julgá-lo com olhos (e coração) humanos e não divinos.

O autor explica, ademais, que o sentimento de alheamento e superioridade do magistrado²³³ é agravado pelo ritual do julgamento, que se dá no templo-tribunal, que, assim como um templo religioso, possui imagens, um rito com seqüência fixada de atos, linguagem própria e vestes

²³¹ Ibid. p. 82.

²³² Ibid. p. 83.

²³³ “Sua posição na relação processual é de órgão *super partes*. Entretanto, deve-se ter em conta que tal situação não significa que ele está acima das partes, mas que está *para além dos interesses* delas. É uma figura imparcial, então, como candidamente acena a doutrina tradicional. Neste sentido, o juiz também está para além de seus interesses individuais, encarnando o próprio Estado. É por tal razão que se fala em Estado-Juiz.” - COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11.

que purificam (traça implicitamente um paralelo entre a toga²³⁴ do magistrado e a bata do religioso, por exemplo). Afirma: “A aproximação com o simbólico da divindade é evidente.”²³⁵

Por fim, trago a colação trecho extraordinariamente coerente com tudo que até aqui foi dito e que merece ser lido, relido e repetido sempre:

“O juiz, consciente de seu mister, não se pode deixar despir de sua natureza humana pela toga. Precisa racionalizar, inclusive *seus medos*. Deve ter presente a função democrática-garantidora que se lhe atribui a Constituição (especialmente no processo penal), jamais assumindo o papel de justiceiro, de responsável pelo *sistema imunológico* da sociedade, com uma posição mais policiaesca que a própria polícia; mais persecutória que o próprio acusador oficial. Tolerância, humanidade, humildade são atributos que não podem ser despidos pela toga e tampouco asfixiados pelo *poder*.”²³⁶

Urge que analisemos agora duas questões proeminentes: o livre convencimento e os poderes de investigação do juiz.

“Ora, se estamos convencidos, o que é certo, da vinculação entre direito de ação (e, naturalmente, também de defesa) e direito à prova, é razoável supor que haja mais do que uma simples relação jurídica, pela qual o segundo seja considerado consequência do primeiro.

A ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo.

Ao tipo de prova que se pesquisa corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro, da real existência do *thema probandum*, e, sem dúvida, também das consequências jurídicas que podem advir da positividade da questão fática.

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e com isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.”²³⁷ (grifo nosso).

²³⁴ “Nesse cenário, a toga insere-se como instrumento imprescindível no ritual de purificação, pois ao mesmo tempo em que é um escudo protetor, subtrai o sujeito da sua condição de mortal...” – LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 85.

²³⁵ Ibid. p. 85.

²³⁶ Ibid. p. 86.

²³⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 136-137.

Entre os poderes do juiz, informa-nos o princípio acusatório, não deve figurar o de investigação. O juiz instrutor nada mais é do que um aspecto do juiz inquisidor, aquele a quem incumbe ao mesmo tempo funções de acusador, instrutor e julgador. Ao coletar provas o juiz está agindo com tanta parcialidade quanto o juiz que inicia de ofício a persecução penal, dirige a instrução e julga. O juiz que investiga, portanto, ofende o princípio acusatório ao acumular funções cujas autonomias são essenciais para que possa haver uma relação realmente processual triangular, um verdadeiro contraditório entre partes e em paridade de armas, um processo, enfim, acusatório (em conformidade com a Constituição de 1988).

Um juiz que investiga desequilibra o duelo entre as partes, porque fortalece a posição daquela parte cuja versão busca provar. E, quando em detrimento da defesa, acaba por se substituir ao órgão acusador oficial. É, pois, um juiz cuja imparcialidade resta, à evidência, comprometida por se aproximar precocemente de uma das versões em jogo.

Ao afirmar-se que cabe ao magistrado, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, impedir a desigualdade processual entre as partes, muitas vezes devendo atuar no sentido de reequilibrar um processo em que estas são materialmente desiguais, resta claro que a única intervenção judicial legítima seria aquela que intencionasse velar pela justiça material e pela presunção de inocência, ou seja, aquela exercida em assistência ao acusado.

“Ao mesmo tempo, incrementa-se, por meio desta excepcional e restrita iniciativa judicial, o princípio da paridade de armas de modo efetivo, tal seja, garantindo, pela intervenção mediadora do juiz, tratamento desigual aos desiguais, sobretudo em face da ausência de identidade entre as partes, agindo assim em busca do equilíbrio no processo, razoavelmente justificado à luz de critérios de reciprocidade e evitação de um dano irreparável.”²³⁸

Assim, podemos concluir que, em um sistema acusatório, os poderes de instrução do juiz devem ser restritos e excepcionais e só se justificarão

²³⁸ Ibid. p. 137-138.

quando tiverem por finalidade a tutela da igualdade material, enquanto critério de justiça, e da liberdade, enquanto direito fundamental protegido pelo princípio da presunção da inocência. Pelo que a intervenção judicial na atividade probatória a favor da acusação é absolutamente interdita.²³⁹

“O juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar”²⁴⁰

Quanto ao livre convencimento motivado, este método de valoração da prova eleito pelo modelo processual acusatório, é inevitável concluir-se que será igualmente afetado se ao juiz se permitirem poderes instrutórios, poderes de iniciativa da persecução de ofício, independência somente formal, enfim, tudo aquilo que comprometa a imparcialidade do magistrado.

Para que se possa falar em uma apreciação livre e motivada da prova, não pode haver parcialidade. O juiz dependente ou o juiz inquisidor não apreciam livremente a prova, o primeiro porque sujeito a pressões políticas e o segundo porque já comprometido com uma das versões antes mesmo de finda a instrução probatória. Enfim, um magistrado parcial não exerce seu convencimento de forma livre e igualmente sua motivação não se fará sobre à evidência dos autos, mas sobre seu prejuízo ou sob manipulações externas ao processo.

Finalmente, cumpre observar que o termo imparcialidade, tal qual aqui se empregou, não se confunde com neutralidade, ainda que aparentemente sejam usados freqüentemente como sinônimos. Um juiz imparcial, conforme defendemos neste trabalho, não é um juiz neutro, simplesmente

²³⁹ Ibid. p. 139.

²⁴⁰ Ibid. p. 141.

porque tal categoria não existe. O juiz está no mundo e só por isso já não seria neutro.

“*Órgão estatal desinteressado; imparcialidade; neutralidade* e outros elementos formam um pano de fundo que só faz surgir uma *irreal* versão ao seu efetivo papel.

Não é por outro motivo que muitos têm o juiz como um *semideus (ou quase), desideologizado*, o que é inaceitável.”²⁴¹

Neste sentido, o que se quer ao postular a imparcialidade do juiz em um sistema acusatório é garantir um juiz comprometido com a ideologia garantista, um juiz que se veja como garantidor dos direitos fundamentais, da ordem democrática e da Constituição. Um juiz que não é neutro, mas que por abraçar uma ideologia do respeito às garantias penais e processuais penais do acusado, aja com a devida imparcialidade, só intervindo se for para tutelar àquelas mesmas garantias e realizar a justiça material.

“O juiz não é mero “*sujeito passivo*” nas relações de conhecimento. Como todos os outros seres humanos, também é *construtor da realidade* em que vivemos, e não mero aplicador de normas, exercendo atividade simplesmente recognitiva. Além do mais, como parece sintomático, ele, ao aplicar a lei, atua sobre a realidade, pelo menos de duas maneiras: 1º, buscando reconstruir a verdade dos fatos no processo e, 2º, interpretando as regras jurídicas que serão aplicadas a esse fato ou, em outras palavras, acertando o caso que lhe é posto a resolver.

Não bastasse estas afirmações para afastar o primado da *neutralidade* do juiz, urge reconhecer que o direito, de modo inegável, é ideológico. Tutela nas suas regras interesses que podem facilmente ser identificados dentro de cada sociedade e que, muitas vezes, tomam caráter de ocultação dos conflitos existentes no seu interior, ou seja, toma uma dimensão alienante.

Não é possível jogar uma partida honesta ou justa contra quem se esconde sob máscaras tais como as de “objetividade” ou “neutralidade”.

Em outras palavras: *democracia – a começar a processual – exige que os sujeitos se assumam ideologicamente*. Por esta razão é que não se exige que o legislador, e de conseqüência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a *neutralidade*, mas a *clara*

²⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 15.

assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipnóticas dos discursos neutrais...

O novo juiz, *ciente das armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe*, mormente no processo penal, não pode estar *alheio à realidade*; precisa dar uma “chance” (...) a si próprio, tentando realizar-se; e a partir daí aos réus, no julgamento dos casos penais. Acordar para tal visão é encontrar-se com seu novo papel.”²⁴²

Realizar a democracia material, portanto, é o escopo de um juiz que age com imparcialidade justamente porque comprometido com a efetivação do Estado Democrático de Direito.

4.1.2. A acusação

Segundo Geraldo Prado, o princípio acusatório ao determinar a distribuição do direito de ação, do direito de defesa e do poder jurisdicional entre, respectivamente, autor, réu (defesa) e juiz, funde acusação e ação penal²⁴³, não permitindo que haja processo condenatório sem a iniciativa da parte autora, sendo, pois, a decisão sobre a instauração do processo penal condenatório da alçada de um sujeito distinto do juiz, o acusador, seja ele o querelante ou o órgão acusador oficial, o Ministério Público.²⁴⁴

Assim, o direito de ação, ao qual se contrapõe o direito de defesa em um processo de partes que litigam em contraditório e com paridade de armas, é, em um sistema acusatório, necessariamente, exercido por órgão ou pessoa distinta do julgador, que assim, mantém a sua imparcialidade.

O direito de ação se dirige à conformação da decisão judicial e não está limitado ao impulso processual, mas compreende todas as garantias

²⁴² Ibid. p. 46-49.

²⁴³ O autor explica que: “É necessário ter em mente que a acusação cuida da atribuição de uma infração penal, em vista da possibilidade de condenação de uma pessoa tida provavelmente como culpável, enquanto a ação penal consiste em ato da parte autora, concretado por sua dedução formal em juízo.”- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 112.

²⁴⁴ Ibid. p. 112-113.

procedimentais que asseguram à parte acusadora a possibilidade de produzir provas, de contrapor as suas alegações às da defesa, de recorrer, de fazer tudo o que for possível dentro dos limites da lei e em respeito ao devido processo legal (garantia do devido procedimento) para tutelar a pretensão acusatória e ver, ao final do processo, a sua versão prosperar, sendo admitida como verdadeira pelo julgador. A acusação, portanto, sendo a imputação de uma infração penal, integra o direito de ação, que se afigura mais amplo, limitando o objeto da demanda acusatória, pois o acusado se defenderá dos fatos a ele imputados pela parte autora.

O artigo 129, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil atribui exclusivamente ao Ministério Público, enquanto instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, a promoção da ação penal pública. Podemos dizer, a partir desta observação, que a Carta de 1988 adotou o princípio acusatório, ao separar expressamente o acusador e o julgador.

“O Ministério Público, cuja origem, ao menos em sua configuração mais atual, remonta ao século XVIII, em França, cumpre papel relevantíssimo no modelo processual acusatório, podendo-se visualizar, em suas raízes, quase a mesma base teórica da construção da jurisdição.

Do mesmo modo que a instituição de uma Justiça Pública foi conseqüência do crescimento e da expansão do Estado, embora sob justificativas as mais diversas, também o Ministério Público revelou-se como o resultado da ampliação dos poderes de intervenção estatal, a partir de uma justificação comum, sobretudo no campo penal: a necessidade de se impedir a vingança privada, com a jurisdicionalização da solução dos conflitos sociais, em critérios pautados pela e na racionalização do poder. Era o tempo e o apogeu do Iluminismo, e sua (paradoxal) profissão de fé na razão como único caminho possível para a verdade das ciências. (...)

É nesse momento que surge a figura do Ministério Público, como órgão do Estado responsável pela promoção da persecução penal, retirando do juiz quaisquer funções de natureza pré-processual (ou investigatórias), desde que atinentes à apuração dos fatos e à formulação da acusação, como a depurar e preservar o quanto possível a sua imparcialidade.”²⁴⁵

²⁴⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 383-384.

Antes de tudo, ao abordar a função de promotor exclusivo da ação penal pública, cumpre destacar, como pressuposto para o restante de nossa análise, que a atuação do Ministério Público é pautada, no que diz respeito à ação penal pública incondicionada, a que nos interessa mais detidamente, pelo princípio da obrigatoriedade. Tal princípio informa, em síntese, “que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, **se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal**”.²⁴⁶ (grifo nosso).

“Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, **quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal.**”²⁴⁷ (grifo nosso)

O princípio da obrigatoriedade, no entanto, não significa que o Ministério Público não deva atuar com imparcialidade. Acima de tudo, devemos observar que a Constituição atribuiu a este órgão a relevante e fundamental função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito²⁴⁸ e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, CRFB), da qual não se pode despir quando no exercício da acusação penal²⁴⁹.

²⁴⁶ Ibid. p. 110.

²⁴⁷ Ibid. p. 110.

²⁴⁸ “O Ministério Público atual tem quinze anos. Sua arquitetura institucional, concebida em fortes traços pela Constituição de 1988, e implementada, em definitivo pela Lei nº 8.625/93 e pela Lei Complementar nº 75/93, em nada se compara àquela do passado. Seu perfil jurídico-constitucional se encontra indelevelmente vinculado à positividade emergente do Estado Democrático de Direito. Sob essa perspectiva, poderíamos parafrasear Lincoln em sua célebre definição sobre o arquétipo de um governo democrático (1863) para dizer que o Ministério Público nasce desse, por esse e para esse modelo de Estado.” – FELDENS, Luciano. *Ministério Público, Processo Penal e Democracia: Identidade e Desafio*. In: Prado, Geraldo; Malan, Diogo (Org.). *Processo Penal e Democracia*. Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008. p. 321-322.

²⁴⁹ “A condição de parte ostentada pelo Ministério Público no processo penal é especial, diferenciada (diferenciada em relação à defesa que, a seu turno, é parte diferenciada em relação ao Ministério Público). **Isso porque, ademais de parte na acepção gráfica de sua posição processual de autor (art. 129, I, CF), o Ministério Público, no exercício dessa função, está igualmente vinculado à defesa da ordem jurídica constitucional (art. 127, CF)**. Essas posturas estão associadas em uma unidade de sentido. Ainda enquanto parte, é órgão propulsor da aplicação proporcional da lei válida. Alguns chamam essa atribuição de fiscal da lei, o que é dizer pouco; a

Eugênio Pacelli traz, neste sentido, importante distinção: para o autor, o **Ministério Público não é órgão de acusação, mas órgão legitimado (constitucionalmente) para a acusação**. Assim, apesar de ser o titular da ação penal pública e desta ser regida pelo princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público não tem que necessariamente oferecer a denúncia, podendo requerer o arquivamento do inquérito policial e, mesmo quando já oferecida a denúncia, pugnar pela absolvição do réu, desde que tais atuações sejam, **a seu (exclusivo) juízo**, as mais apropriadas no caso concreto.²⁵⁰

“De outro lado, a obrigatoriedade, como já visto, diz respeito à **vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento (opinio delicti) acerca dos fatos investigados**, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal, **se presentes o fato (materialidade) criminoso (sua qualificação jurídica) e a autoria**.

Portanto, a imparcialidade deverá permear toda a atividade do Ministério Público, em todas as fases da persecução penal, incluindo a fase pré-processual, reservada às investigações. (...)

O atuar imparcial do Ministério Público está relacionado com a **inteira liberdade que se lhe reconhece na apreciação dos fatos e do direito a eles aplicável. O Ministério Público é livre e deve ser livre na formação de seu convencimento**, sem que esteja vinculado a qualquer valoração ou consideração prévia sobre as conseqüências que juridicamente possam ser atribuídas aos fatos tidos por delituosos. Nunca é demais repetir: *ao Estado (e, aqui, ao Ministério Público) deve interessar, na mesma medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente*. Essa é a verdadeira leitura a ser feita da norma do art. 257 do CPP.”²⁵¹ (grifo nosso).

A função acusatória exercida, em regra²⁵², com privatividade pelo Ministério Público, é essencial para a configuração do processo de partes

insistir-se nessa terminologia, deveríamos então compreendê-la, hoje em dia, como **fiscal da Constituição**.” – Ibid. p. 329. (grifo nosso).

²⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 384. Ainda, o autor: “Enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, ele tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da *ordem jurídica*, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante *da e na* jurisdição penal.”

²⁵¹ Ibid. p. 385-386.

²⁵² Há as ações penais privadas, nas quais a acusação é deduzida pelo ofendido por meio de queixa-crime. Neste trabalho, todavia, a ênfase permanece na ação penal pública, pelo que somente a ela estaremos nos referindo.

próprio do sistema processual acusatório porque o Ministério Público, ao acusar com exclusividade, retira qualquer função de acusação do magistrado, desde que, logicamente, a este último não se atribuam poderes instrutórios (de investigação), conforme já comentamos.

Devido a essa essencialidade, portanto, não se pode permitir que a titularidade privativa do órgão acusatório seja ofuscada pela atuação do julgador, caso o contrário, haverá violação ao princípio acusatório, por parcialidade do julgador, e da Constituição, pela ofensa ao sistema acusatório e à **independência funcional do Ministério Público, enquanto princípio institucional deste órgão.**

Concebendo-se a independência funcional do Ministério Público como “liberdade de convencimento, de fato e de direito, sobre qualquer matéria a ele atribuída e quanto às conseqüências jurídicas a serem extraídas e efetivadas em relação a ela”²⁵³ e entendendo, como acima expusemos, que o princípio da obrigatoriedade não significa a quebra da imparcialidade do Ministério Público, devendo este tutelar acima de tudo a ordem jurídica e o regime democrático, tudo isto por imposição constitucional (artigo 127, CRFB – Ministério Público enquanto fiscal da Constituição), há de concluir necessariamente que somente ao Ministério Público cabe o juízo acerca da propositura da ação penal. Desde que pautado na legalidade, o Ministério Público é, por isso, livre para decidir se formula ou não a pretensão acusatória²⁵⁴.

Assim, há que se admitir que o controle sobre a observância ao princípio da obrigatoriedade só pode ser da competência do próprio Ministério Público, posto que qualquer outra conclusão violaria

²⁵³ Ibid. p. 389.

²⁵⁴ “Em um modelo acusatório, que historicamente se funda no protagonismo das partes, há de se conceder espaço para uma atuação mais flexível do Ministério Público, porquanto a noção da persecução penal em todas as circunstâncias, referida a todas as infrações penais (ainda que consideremos somente as noticiadas), rende louvor ao fim de defesa social, perseguido no processo inquisitório, acima e além dos limites de humanidade necessários à harmônica convivência social.” - Prado, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 127.

frontalmente a independência funcional da instituição, configurando desrespeito patente pela função de tutor da ordem jurídica e do regime democrático (*custus legis*) que a Constituição de 1988 o atribuiu²⁵⁵.

Se tal controle pretender ser exercido pelo juiz então mais nefastas serão as violações, porque o sacrifício da imparcialidade do Ministério Público por ingerência do magistrado representará uma violação da imparcialidade do próprio magistrado e, com isto, do princípio acusatório, do sistema acusatório, do devido processo penal constitucional, do modelo processual penal garantista SG, da democracia substancial, do Estado Democrático de Direito e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

“Por sua vez, a oficialidade do processo penal condenatório e a obrigatoriedade da ação penal pública, malgrado reflitam uma postura de preocupação com o valor *segurança* e, por igual, intransigência referente à apuração e repressão das infrações penais, não desnaturam a acusatoriedade do processo, na medida em que a ação penal não é deduzida por quem haverá de julgá-la, não implicando sempre, ou necessariamente, em que o réu se veja diminuído em suas condições de resistência. (...)

Esta é, também, a razão por que **há de ser prestigiada a autonomia do acusador** (Ministério Público ou ofendido), **até mesmo no que respeita à convicção da ausência do suporte mínimo probatório ou da presença de algum fator juridicamente inibidor da propositura da ação penal. Assim, o juiz fica excluído, por imperativo lógico, da tarefa de controlar o princípio processual da obrigatoriedade**, quando exigível, nos casos de não exercício da ação penal.”²⁵⁶

É por tudo isto que podemos concluir pela inadequação ao modelo de processo penal constitucional do sistema de controle do princípio da obrigatoriedade hoje em vigor em nosso país. O disposto no artigo 28 do CPP é uma afronta direta ao sistema acusatório e, com isto, à Constituição de 1988, porque permite que o juiz exerça o controle sobre o princípio da

²⁵⁵ “A interpretação constitucionalmente adequada do artigo 129, inciso I, da Constituição da República, é esta. Não se trata, apenas, de assegurar ao Ministério Público o monopólio do exercício da ação penal pública, na forma da Lei. Nos dias de hoje é concebível extrair da norma constitucional a autorização para definir critérios e casos de atuação, sempre tendo em mente os princípios da moralidade e impessoalidade.”- Ibid. p. 129.

²⁵⁶ Prado, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 118-119.

obrigatoriedade da ação penal pública, atuando claramente com parcialidade, imiscuindo-se indevidamente na função exclusiva do órgão de acusação, aderindo desde antes do início do processo à hipótese acusatória, em um prejuízo inadmissível sob à égide de um sistema constitucional que o atribui a função de garantidor dos direitos fundamentais, principalmente, na tutela do mais débil, realizando a justiça material.²⁵⁷

4.2. Garantia da correlação entre acusação e sentença²⁵⁸

Dentro do escopo deste trabalho nos interessa examinar a hipótese da sentença²⁵⁹ em que o julgador profere decisão fora do pedido, ou seja, com

²⁵⁷ “Foi visto como ainda hoje se defende a existência de poderes probatórios do juiz. Ligou-se o fato à idéia de que a jurisdição penal está inserida no programa de segurança pública do Estado e não dirigida à defesa das garantias processuais, entre as quais há ser ressaltado o direito ao julgamento por juiz imparcial. Salientou-se que o mesmo ocorre quando se trata de deferir ao juiz o poder de modificar o conteúdo da acusação (*mutatio libelli*). **Em ambas as situações a ordem jurídica infraconstitucional procura enquadrar as funções do Ministério Público, que é olhado com desconfiança, como se seus membros não pudessem ser dotados de liberdade para agir em defesa da sociedade. É preciso, segundo a lógica inquisitorial que preside estes institutos (artigos 156 (...) e 384 do Código de Processo Penal), transformar o juiz em fiscal do Ministério Público. E isso é feito desde antes do processo (artigo 28 do Código de Processo Penal), com a atribuição ao juiz do controle da obrigatoriedade da ação pública.**” - Prado, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 193. (grifo nosso). Ainda: “Como sabem os sociólogos as práticas sociais têm mais força que as ordens do direito emanadas abstratamente. Não fossem suficientes as amarras jurídicas mencionadas, a enlaçar o Ministério Público ao juiz, coloca-se o próprio Promotor de Justiça fisicamente ao lado do juiz. É claro que além de óbvia mensagem subliminar endereçada ao réu, de que a justiça penal tem função repressiva, motivo pelo qual juiz e Ministério Público estão aliados na tarefa de punir, há outra igualmente sutil, dirigida ao próprio Ministério Público. Segundo esta interpretação, a posição do Ministério Público ao lado do juiz é justificada por discurso que ressalta a importância da instituição, todavia deixa abaixo da superfície a intenção de controle judicial das funções de persecução.”- Ibid. p. 194.

²⁵⁸ “Trata-se, dito de outra maneira, do princípio da congruência ou da correlação entre acusação e sentença. Pode o juiz, validamente, condenar o réu por fato distinto daquele que é imputado na denúncia ou queixa? É básico o princípio *jura novit curia*, em vista do qual o juiz certamente pode resolver a questão de mérito de acordo com a qualificação jurídica que estime mais ajustada aos fatos provados. Porém, em se tratando de processo penal condenatório, cabem alguns cuidados, em vista do fim de evitação de prejuízo ao exercício da defesa e, principalmente, com o objetivo de preservar a dinâmica dialética, pela qual às partes incumbe a apresentação de tese e antítese e ao juiz, como coroamento do processo, a produção da síntese ou a escolha da tese que repute mais acertada.” – Ibid. p. 146.

²⁵⁹ Aqui, em sede de análise do princípio da correlação entre acusação e sentença nos interessará unicamente o conceito de sentença que corresponde em termos doutrinários ao de sentença definitiva de mérito, consoante Diogo Rudge Malan: “... restringir-se-á o conceito de sentença com o qual trabalharemos à decisão jurisdictional que aprecia o mérito da causa, julgando procedente ou improcedente a acusação na ação penal de natureza condenatória...”. E isto porque,

conteúdo não existente no pedido da parte autora, diverso do objeto da demanda²⁶⁰. Esta é chamada, em sede doutrinária, de sentença *extra petita* e é nula.

“A sentença que julga fora do pedido é nula, outra devendo ser proferida pelo juiz de primeiro grau de jurisdição.”²⁶¹

Consoante o brocardo latino *Sententia debet esse libello conformis*, no processo em geral, tanto no penal quanto no civil, a sentença deve corresponder exatamente ao pedido feito pelo autor. Assim, o julgador está proibido, consoante previsão expressa no artigo 460 do CPC²⁶², de julgar fora, aquém ou além do pedido.

Em termos de processo penal, isto significa que o juiz não pode condenar o réu por delito que não lhe tenha sido imputado pelo órgão acusador, que não conste da denúncia, impor sanção acima da prevista ou omitir-se sobre qualquer pedido seja de condenação, seja de absolvição.

Eis o princípio da congruência ou da correlação entre acusação e sentença. E como já consignamos, aqui nos deteremos sobre a hipótese em

como assevera o autor: “Para fins de aferição do vício da incongruência, evidentemente só interessam as decisões jurisdicionais que emitem um juízo de valor sobre o conteúdo da acusação ou imputação”. Observe-se, ainda, que o autor utiliza como sinônimos os termos acusação e imputação, ambas no sentido de ato processual pelo qual se formula a pretensão penal. - MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 120-121.

²⁶⁰ Diogo Rudge Malan explica que o objeto do processo penal é a pretensão processual, a qual, por sua vez, o autor conceitua como sendo o meio através do qual o Estado pode exercer a pretensão material, que é a pretensão punitiva propriamente dita, que possui um caráter pré e extraprocessual. Assim: “No âmbito do processo penal, como o princípio da *nulla poena sine iudicio* impede que o Estado satisfaça essa pretensão por qualquer outra via que não o devido processo penal, surge a *pretensão processual*. Esta última seria, portanto, a pretensão externada através do exercício do direito de ação, dirigida ao Estado (ao contrário da material, que é dirigida ao autor da infração penal), que tem a correlata obrigação de prestar jurisdição no caso concreto. Logo, o objeto do processo penal é a pretensão processual, e não a material, que preexiste a ele. Como a imputação penal é o *ato processual por meio do qual se formula a pretensão penal*, o objeto processual não é a própria imputação, e sim seu conteúdo, ou seja, o *fato naturalístico imputado ao réu*.” - MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 104.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 417.

²⁶² Neste sentido também o artigo 128 do referido código.

que o magistrado pretenda condenar por delito²⁶³ que não conste da denúncia, porque justamente a hipótese que dá ensejo à *Mutatio Libelli*, nosso objeto de estudo.

“... é em torno do fato irrogado ao réu na exordial que se desenvolve toda a relação processual penal. É ele que fixa e define a latitude e longitude do processo. E sendo a sentença, no juízo de primeiro grau, o ato final dessa relação processual, mister é que se atenha –apenas- à apreciação do fato imputado e narrado (*narra mihi factum, dabo tibi jus*).”²⁶⁴

Neste mesmo sentido:

“Em outras palavras, não basta que o juiz, a fim de preservar sua imparcialidade, trate as partes de forma igualitária. Demais disso, é necessário que o órgão jurisdicional se abstenha de se imiscuir no *thema decidendum*, não podendo *delimitá-lo* (no momento da formulação da acusação) e tampouco *restringi-lo* ou *ampliá-lo* (após esse ato processual).”²⁶⁵

É de se observar, ademais, que o princípio da correlação entre a acusação e sentença não concerne à qualificação jurídica do objeto da imputação e que, por conseguinte, em nada é atingido caso haja alteração feita por parte do magistrado da qualificação jurídica dada aos fatos imputados pelo órgão acusador. Pelo que consideramos o instituto da *Emendatio Libelli*, previsto no artigo 383 do CPP, não atentatório ao princípio acusatório e, portanto, constitucional.²⁶⁶

²⁶³ Importante notar aqui que o termo delito se refere ao fato naturalístico imputado ao réu, enquanto conteúdo da imputação e objeto processual. Não se trata, portanto, da adoção de um conceito penalístico de fato, que conotasse ao termo delito o significado de figura típica ou tipo penal. - MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 111.

²⁶⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal. O Direito de Defesa: Repercussão. Amplitude e limites*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 285.

²⁶⁵ MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 114.

²⁶⁶ “É que, nessa espécie, o fato descrito e narrado na inaugural acusatória permanece inalterado, mudando-se, tão-somente, a indicação do artigo da lei penal no qual há a sua subsunção ou adequação típica.” - PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal. O Direito de Defesa: Repercussão. Amplitude e limites*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 296.

“No que tange à qualificação jurídica dos fatos imputados ao réu, pensamos que ela não integra o objeto do processo.

Trata-se de reserva jurisdicional a livre dicção do direito material aplicável à espécie, não havendo qualquer comprometimento da imparcialidade do juiz quando este reclassifica juridicamente o fato imputado, por não haver manipulação do objeto processual²⁶⁷, que continua idêntico.”²⁶⁸

A sentença será incongruente (com a imputação), portanto, quando o juiz alterar os fatos descritos na peça exordial acusatória e imputados ao acusado, independentemente de ter sido dado prazo para a defesa se manifestar acerca da alteração, porque ainda que se respeitem as garantias do contraditório e da ampla defesa²⁶⁹, a sentença será eivada de nulidade porque *ultra* (o juiz julga além do pedido formulado pelo autor) ou *extra petita* (o juiz decide uma causa de natureza diversa da que lhe foi submetida).

A sentença incongruente, por estar em desacordo com o princípio acusatório e com a independência do Ministério Público, que detém com exclusividade o monopólio do exercício da ação penal pública²⁷⁰, é

²⁶⁷É de se esclarecer mais uma vez que: “O objeto processual, por sua vez, não é a própria acusação ou imputação, e sim seu *conteúdo*, ou seja, o *fato naturalístico atribuído ao réu (thema decidendum ou res in iudicium deducta)*, independente de sua qualificação jurídico-penal.” – MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 119.

²⁶⁸ Ibid. p. 116.

²⁶⁹ “Reconhecemos, entretanto, que uma sentença incongruente, *embora não obrigatoriamente*, via de regra violará tanto o princípio da ação quanto as garantias do contraditório e da ampla defesa.” – Ibid. p. 125. Acrescenta Geraldo Prado que: “**Caso seja admitida a alteração substancial dos fatos, por iniciativa do tribunal, ainda quando seja dada oportunidade ao contraditório, do ponto de vista psicológico sem dúvida estará sensivelmente diminuída a possibilidade de o acusado se defender de verdade. (...), podemos imaginar como deve se sentir o acusado ao saber que é o juiz que lhe imputa o crime...**” - PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 147. (grifo nosso).

²⁷⁰ Segundo Diogo Malan: “Ante o exposto, é lícito concluir que a sentença incongruente afronta, a bem da verdade, o *princípio da ação*, consagrado pela Constituição da República em seu artigo 129.I, *independente do fato de ter havido ou não afronta ao contraditório e à ampla defesa*”. – Ibid. p. 124. O autor denomina de princípio da ação o princípio “segundo o qual a atividade do julgador é absolutamente inerte, a fim de resguardar efetivamente a sua imparcialidade, devendo ele se abster de quaisquer iniciativas que possam ensejar um pré-julgamento do mérito e manter, durante todo o procedimento, uma equidistância das teses lançadas pelas partes processuais.” – Ibid. p. 125.

atentatória não só ao princípio ora em análise, mas ao sistema acusatório constitucional, porque ao alterar os fatos narrados na inicial acusatória, o juiz imiscui-se indevidamente na atividade do órgão de acusação, atua com oficialidade e perde, enfim, sua imparcialidade.²⁷¹

“O ideal, conforme o princípio acusatório, é que apenas ao autor seja permitido alterar a qualificação jurídica do fato²⁷², em qualquer hipótese. Se o acusador persistir na posição original, com a qual o juiz não concorda, **cabe a este absolver o acusado...**”²⁷³ (grifo nosso).

Diogo Malan conclui que a congruência é uma garantia processual penal que decorre do axioma *nullum iudicium sine accusatione* (axioma A8 do modelo garantista SG, consoante Luigi Ferrajoli), que, como vimos, consubstancia o próprio princípio acusatório, que informa a separação entre juiz e acusação, justamente porque a incongruência significa que o magistrado atuou com parcialidade, confundindo-se, em última análise, com o órgão acusatório, ao intrometer-se em função exclusiva deste.

“Em síntese, pode-se conceituar a garantia da correlação entre acusação e sentença como obrigatória vinculação do órgão jurisdicional ao conteúdo da imputação durante a prolação de sentença de mérito, que deve apreciar a íntegra do objeto processual e nada além dele, por força do princípio da ação.

Sentença incongruente, por conseguinte, é a sentença que desrespeita a vinculação temática do juiz.”²⁷⁴

²⁷¹ “Assim, **na nossa concepção, o princípio da ação e as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório, da ampla defesa e da correlação são todos, sem exceção, consectários lógicos e indispensáveis do princípio acusatório.**” – MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 125. (grifo nosso).

²⁷² Necessário se observar que Diogo Malan e Geraldo Prado empregam a mesma expressão para se referirem a situações distintas. Diogo Malan se refere à hipótese de *Emendatio Libelli* e Geraldo Prado à *Mutatio Libelli*. Este último adota a nomenclatura empregada pelo CPP, que se refere à *Emendatio Libelli* através da expressão “descrição do fato contida na denúncia ou queixa” (artigo 383).

²⁷³ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 150.

²⁷⁴ *Ibid.* p. 131-132.

Indo ainda mais longe, o autor alça o princípio da congruência entre acusação e sentença ao patamar de garantia constitucional, justamente porque prevista implicitamente no princípio da ação (artigo 129, I, CRFB), segundo o qual tão somente às partes incumbe provocar a atividade jurisdicional, isto, por sua vez, em face da inércia da jurisdição.²⁷⁵

Finalmente, permitimo-nos acrescentar, ademais, que é garantia constitucional inclusive porque parte integrante do sistema acusatório e, conseqüentemente, do modelo processual penal constitucional consagrado pela CRFB de 1988, consoante já argumentado neste trabalho.

4.3. A dinâmica do instituto da *Mutatio Libelli* segundo o CPP

Neste capítulo, procuraremos conceituar o instituto da *Mutatio Libelli* e observar sua antiga e nova dinâmica, trazida pela Lei 11.719/2008, que modificou a redação do artigo 384 do Código de Processo Penal.

Dentro desta análise, apontaremos avanços e retrocessos do legislador, do ponto de vista da Teoria do Garantismo Penal e da implantação de um sistema processual penal verdadeiramente acusatório, adequado ao Estado Democrático de Direito e à Constituição da República Federativa do Brasil, para, enfim, demonstrar o porquê da inadequação constitucional da nova dinâmica da *Mutatio Libelli*.

Assim, primeiramente, cumpre conceituarmos o instituto. A *Mutatio Libelli* (mutação ou alteração do libelo ou acusação) pode ser entendida como a alteração, posterior à denúncia, do próprio fato imputado ao acusado, em razão de prova de elemento ou circunstância da infração penal não contida na inicial acusatória.²⁷⁶

²⁷⁵ Ibid. p. 131.

²⁷⁶ É de se observar, contudo, que: “Com efeito, a inclusão de elemento ou de circunstância novos não poderá significar, obviamente, a mudança completa da acusação. O fato novo, na realidade, deverá se agregar ao núcleo da conduta imputada, como acréscimo...”- Oliveira, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 513. Ainda: “É imperioso, desde logo, ressaltar que a *mutatio libelli* se refere a uma mudança de perspectiva, relativamente a elementares ou circunstâncias do fato sobre o qual se funda a pretensão, em decorrência de provas

“A *mutatio libelli* se dá quando o fato que se comprovou durante a instrução é diverso daquele narrado na imputação. Aqui – diferentemente da *emendatio libelli* – os fatos que constam na imputação não se amoldam aos que foram comprovados na instrução, pois se verificou, no curso do processo, um elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação.”²⁷⁷

Atenção deve ser dispensada à redação do artigo 384 do CPP, antes e depois da Lei 11.719, pelo que procederemos ao seu estudo no próximo item, reservando-se assim espaço próprio adequado à explicitação de tema tão importante para o escopo deste trabalho.

4.3.1. A nova redação do artigo 384, CPP

Antes de tudo, transcrevemos a redação do artigo 384 do CPP antes e após a Lei 11.719/2008, para fins de posterior comparação.

Artigo 384 do CPP (Decreto-Lei 3.689, de 03-10-1941) – redação anterior à Lei 11.719/2008:

“Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.”

surgidas durante a instrução, mas não corresponde ao acréscimo de uma nova acusação ou de uma acusação por novos fatos. Se isso ocorrer, se na instrução vierem à tona novas infrações penais de ação penal pública incondicionada, lembra Frederico Marques, cabe ao juiz dar notícia crime a quem de direito (artigo 40 do Código de Processo Penal) - PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 184. No mesmo sentido: “Frise-se que é de todo inadmissível a substituição integral do fato imputado mediante a exígua vereda do art. 384.” - MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 195.

²⁷⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 1ª ed. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 230.

Artigo 384 do CPP (Decreto-Lei 3.689, de 03-10-1941) – redação trazida pela Lei 11.719/2008, de 20-06-2008:

“Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste código.

§2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitindo o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para a continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.”

As principais modificações positivas, sob o enfoque do Garantismo penal e do sistema processual penal acusatório, trazidas pela nova Lei ao instituto da *mutatio libelli* são: o aditamento necessário da denúncia pelo órgão titular da ação penal²⁷⁸ e a vinculação do magistrado aos termos do aditamento. Em termos técnicos, pode-se apontar ainda como alteração positiva a substituição da expressão “circunstância elementar” pela referência mais adequada “elemento ou circunstância”.

Já o aspecto negativo da nova redação reside justamente na previsão do parágrafo 1º do artigo 384, CPP, com redação determinada pela Lei 11.719/2008, que desfere novo golpe ao sistema acusatório, conseqüentemente ao modelo processual penal constitucional.

²⁷⁸ Como assevera Geraldo Prado: “... uma alteração dessa natureza só é compatível com o princípio acusatório se decorrer da iniciativa do autor.” - PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 184.

O importante é que: Ao determinar a aplicação ao artigo 28 do CPP à hipótese de recusa de aditamento por parte do Ministério Público, o referido parágrafo 1º retrocede no sentido de conferir poderes inquisitórios ao juiz, que estará ao aplicá-lo, indubitavelmente, imiscuindo-se indevidamente na função constitucional do Ministério Público, enquanto titular exclusivo do exercício da ação penal pública (princípio da ação – artigo 129, I, CRFB), o que refletirá em sua imparcialidade, restando comprometido o princípio acusatório e com ele o sistema adotado pela Constituição de 1988.

Em relação ao aditamento necessário²⁷⁹ trazido pela Lei 11.719/2008, podemos afirmar que configura importante passo no sentido de conferir acusatoriedade ao processo, posto que o juiz não estará em nenhuma hipótese autorizado a promover de ofício a alteração da acusação, devendo, em qualquer caso, abrir vista para que o Ministério Público adite a inicial a fim de incluir a nova elementar ou circunstância surgida na fase instrutória. Só após o aditamento, poderá o magistrado condenar pelo fato novo, inclusive, porque sua sentença será congruente com a acusação.

“Seja em razão do princípio da correlação, seja por conta da vedação da atuação de ofício pelo juiz, ou, ainda, pela determinação constitucional de que o Ministério Público possui o monopólio da ação penal pública, deve o magistrado, em qualquer hipótese, abrir vista para que o *Parquet* adite a inicial, com o intuito de incluir as elementares ou circunstâncias que se comprovaram durante a instrução. Justamente neste sentido a reforma determina que, em todas as situações, deverá ocorrer necessariamente o aditamento da acusação. Melhor, portanto, a nova redação também neste ponto, evitando-se invasões indevidas do juiz na formulação da acusação, em resguardo ao sistema acusatório.”²⁸⁰

²⁷⁹ Conforme ocorria na antiga sistemática, o magistrado estava autorizado a processar e julgar o réu pelo fato novo independentemente de aditamento caso não houvesse possibilidade de nova definição jurídica que importasse aplicação de pena mais grave, o que se pode considerar absurdo em face do princípio acusatório. Neste sentido: “A dispensa do aditamento à denúncia corresponde a uma verdadeira autorização deferida ao juiz, para que este modifique a acusação, independentemente da vontade do acusador, ainda que importe na aplicação, no futuro, de pena mais grave. Só precioso critério de matiz inquisitorial, disfarçado em economia processual e *obrigatoriedade* da ação penal (de ofício), para explicar a medida.” – Ibid. p. 185.

²⁸⁰ Ibid. p. 233.

Antes da Lei 11.719/2008, não havia necessidade de aditamento caso não houvesse alteração da pena a ser aplicada ao réu, só sendo obrigatório o aditamento quando a pena aplicável à nova definição jurídica do fato fosse superior, mais grave, à do fato descrito na denúncia (parágrafo único da antiga redação do artigo 384, CPP).

“Na ordem anterior à Lei 11.719/2008, cabia ao próprio juiz a alteração (*mutatio*) da acusação (*libelli*), quando da nova definição jurídica surgisse crime cuja pena fosse igual ou inferior àquela do delito imputado inicialmente ao réu. Daí as inúmeras críticas feitas ao instituto da *mutatio*, que concedia verdadeira iniciativa acusatória ao magistrado, em manifesta incompatibilidade com um modelo processual de feição acusatória. Daí também o autoritarismo a que nos referíamos no início desta análise.

O novo texto corrige o antigo defeito, esclarecendo que, independentemente da pena, o novo delito somente poderá ser julgado se promovido o aditamento da acusação pelo órgão do Ministério Público. E, mais, que o juiz ficará adstrito aos termos do aditamento (art. 384, § 4º, CPP).”²⁸¹

A outra alteração positiva trazida pela nova lei foi a previsão de vinculação do magistrado aos termos do aditamento, o que significa que o juiz não pode condenar o réu com base na denúncia original, mas tão somente considerando a imputação em conformidade com o aditamento realizado pelo Ministério Público. Do contrário, haveria flagrante violação à ampla defesa do acusado, que ficaria à mercê da escolha do magistrado. Este caso, que segundo parte da doutrina, configurava hipótese de imputação alternativa, felizmente, foi retirado do nosso ordenamento processual penal.²⁸²

²⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 511.

²⁸² “Interessante anotar que, uma vez feito e aceito o aditamento, o magistrado estará adstrito aos seus termos. Não poderá, assim, comdenar o réu pelo fato originariamente descrito na denúncia. Na sistemática anterior, entendia-se que, aplicado o procedimento da *mutatio libelli*, o juiz poderia condenar o réu tanto pela imputação original quanto pela decorrente do aditamento. (...) A reforma excluiu esta possibilidade. Realmente, como já ensinava Afrânio Jardim, esta situação era verdadeira hipótese de imputação alternativa, pois o réu, após a aplicação do antigo art. 384, poderia ser condenado pelo fato constante na imputação inicial ou, ainda, pelo fato resultante do aditamento. Justamente por isto a reforma afastou expressamente esta possibilidade, nos termos da doutrina e jurisprudência majoritárias, que não admitem a imputação alternativa, por violação ao princípio da ampla defesa.” - MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 1ª ed. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 236-237. (**vide nota de rodapé n. 293**).

Quanto à expressão “circunstância elementar” constante da antiga redação do artigo 384, CPP, a alteração promovida pela Lei 11.719/2008 foi salutar ao extirpá-la da redação do artigo e substituí-la por “elemento ou circunstância”, posto que tais conceitos sejam excludentes: Enquanto elementares do crime são “dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas”, circunstâncias são “dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas “circundam” o fato principal. Não integram a figura típica...”.²⁸³ Assim, elemento é um dado essencial à figura típica, enquanto a circunstância é um dado não essencial que se agrega ao tipo penal, sendo a expressão “circunstância elementar” de todo inapropriada.

A mudança negativa trazida pela lei merece análise em tópico apartado pelo seu caráter central nesta monografia, pelo que procederemos a sua análise no item subsequente.

4.3.2. Da aplicação do artigo 28 do CPP à recusa de aditamento por parte do Ministério Público. O papel das partes nesta dinâmica e a afronta ao princípio acusatório

“O boricardo *ne procedat iudex ex-officio* ganha enorme importância nesse sistema, no qual o exercício da ação penal de iniciativa pública é exclusivo do Ministério Público (art. 129, I da Constituição da República), **não havendo mais espaço para qualquer iniciativa do juiz no sentido de sequer sugerir a quem quer que seja a modificação da acusação deduzida em juízo.**”²⁸⁴ (grifo nosso).

Diogo Malan já atentava, mesmo antes do advento da Lei 11.719/2008, para o fato de que, independentemente de haver previsão de aditamento pelo Ministério Público, como de fato havia no parágrafo único do artigo 384, consoante sua antiga redação, em qualquer caso em que o magistrado

²⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 9^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 457-458.

²⁸⁴ MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 201.

pretendesse a modificação da imputação restaria configurada ingerência indevida deste na atividade do órgão acusador, ainda se tratasse tão somente de sugestão dirigida ao Ministério Público.

“Ora, o juiz, ao baixar os autos para que a parte acusadora adite a inicial acusatória, também está agindo de ofício e formulando uma imputação, malgrado de forma indireta, mediata, através de uma sugestão.”

285

O que ocorre sempre que o juiz altera de ofício a acusação (o que era permitido como vimos na antiga sistemática) **ou sugere** ao órgão acusatório a alteração é uma quebra da imparcialidade do julgador (que conforme aludimos é pressuposto para um sistema processual realmente acusatório), que levanta espontaneamente matéria nos autos, cria pretensão nova e adere, ainda que inconscientemente, à hipótese que orquestrou de ofício.

Tal magistrado julga antecipadamente ao aderir de forma precoce a uma das versões contrapostas, ou pior, ao criar versão própria e, por isso, terá sua capacidade cognitiva viciada. O juiz que assim age, portanto, compromete a acusatoriedade do procedimento e torna-o mera encenação cujo único escopo passa a ser permitir que o magistrado ao final sentencie tão somente corroborando seu julgamento apriorístico.²⁸⁶

“Quando o juiz sugere à parte acusadora uma modificação da acusação inicialmente deduzida em juízo, está, de forma inconsciente e automática, se vinculando psicologicamente àquela neoimputação por ele sugerida e, em última análise, acusando.”²⁸⁷

²⁸⁵ Ibid. p. 205.

²⁸⁶ “Com efeito, o juiz que antecipadamente está em condições de ajuizar a solução para o caso penal (que em algumas hipóteses sequer foi objeto de pretensão do interessado), **na prática torna dispensável o processo**, pois tem definida a questão independentemente das atividades probatórias das partes, comportamentos processuais que devem ser realizados publicamente e em contraditório.” – PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 109. (grifo nosso).

²⁸⁷ MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 206.

“Não há evidente pré-julgamento da causa, já externando o juiz, de forma extemporânea, qual é o seu convencimento sobre o fato efetivamente praticado pelo réu?”

Portanto, as providências do dispositivo legal estudado só devem ser levadas a cabo pela própria parte acusadora, espontaneamente, sob pena de inobservância da garantia da imparcialidade do juiz.

Esta garantia, além de estar implícita em nosso ordenamento constitucional, por decorrer do regime e dos princípios do Estado Constitucional de Direito (CR, art. 5º, § 2º), está consagrada textualmente em diversos tratados dos quais o País é signatário.²⁸⁸

Devemos observar que o autor sustenta a inadequação da antiga redação do artigo 384, parágrafo único, do CPP, segundo a qual o juiz, caso vislumbrasse a possibilidade de aplicação de pena mais grave com a nova definição jurídica do fato, deveria baixar o processo para que o Ministério Público aditasse a denúncia. Assim na antiga dinâmica já haveria quebra da imparcialidade do magistrado e violação ao princípio e ao sistema acusatório.

Com maior razão, portanto, podemos sustentar a inadequação da nova redação do artigo 384, CPP, quando o seu parágrafo 1º prevê a aplicação do artigo 28 do CPP à hipótese de recusa do Ministério Público em promover o aditamento **nos termos sugeridos pelo magistrado**. Isto porque, além da violação à imparcialidade do julgador, que ocorre, como vimos, pela mera sugestão quanto à alteração da imputação, há uma outra violação: à independência do Ministério Público, enquanto princípio institucional constitucionalmente consagrado, com a determinação de aplicação da sistemática do controle judicial do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública à hipótese de recusa ou inércia do Ministério Público na promoção do aditamento, que, por sua vez, conforme já aludimos quando do estudo acerca da acusação enquanto parte processual, gera uma nova violação à imparcialidade do magistrado. Eis um magistrado duplamente parcial.

²⁸⁸ Ibid. p. 207-208. O autor cita os seguintes dispositivos internacionais: artigo 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica; artigo 14, 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Desta forma, sustentamos que o juiz que sugere a alteração da acusação e que, em face da recusa ou inércia do Ministério Público em promovê-la, aplica o artigo 28 do CPP estaria violando reiteradamente o seu dever de imparcialidade, pressuposto essencial para um sistema verdadeiramente acusatório, porque criaria versão própria e a ela se vincularia psicologicamente, antecipando o juízo e inutilizando o processo, que não passaria de encenação, e porque ao se utilizar do artigo 28 CPP estaria tão somente reforçando sua adesão apriorística à versão que orquestrou.

Não obstante, apresenta-se ainda inadequado o dispositivo ora em análise porque, ao determinar a aplicação da sistemática do controle do princípio da obrigatoriedade pelo juiz, sacrifica não somente a imparcialidade deste, mas também a do *parquet* (bem como sua independência), que, como vimos, deve atuar, acima de tudo, na tutela da ordem jurídica e do regime democrático, isto por imposição constitucional (artigo 127, CRFB – Ministério Público enquanto fiscal da Constituição).²⁸⁹

Quando falamos do sistema de controle do princípio da obrigatoriedade adotado pelo CPP, concluímos por sua inconstitucionalidade, porque ao ser exercido pelo juiz haveria o sacrifício da imparcialidade do Ministério Público por ingerência do magistrado, o que representaria uma violação da imparcialidade do próprio magistrado e, com isto, do princípio acusatório, do sistema acusatório, do devido processo penal constitucional, do modelo processual penal garantista SG, da democracia substancial, do Estado Democrático de Direito e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim, concluímos pela inadequação ao modelo processual penal constitucional do sistema de controle do princípio da obrigatoriedade hoje em vigor em nosso país, sendo o disposto no artigo 28 do CPP uma afronta direta ao sistema acusatório e, com isto, à Constituição de 1988, porque permite que o juiz exerça o controle sobre o princípio da obrigatoriedade da

²⁸⁹ “Em razão da independência funcional do Ministério Público (art. 127, §1º, da Carta Constitucional), não está ele obrigado a aditar a denúncia nos exatos termos aviltrados pelo magistrado”. – Ibid. p. 210.

ação penal pública, atuando claramente com parcialidade, imiscuindo-se indevidamente na função exclusiva do órgão de acusação, aderindo desde antes do início do processo à hipótese acusatória, em um prejuízo inadmissível sob à égide de um sistema constitucional que o atribui a função de garantidor dos direitos fundamentais, principalmente, na tutela do mais débil, realizando a justiça material.

Sendo o artigo 28, CPP, patentemente contrário à ordem Constitucional, ele não deve ser aplicado quando da recusa pelo Ministério Público em aditar a denúncia. O juízo acerca do aditamento, tal qual o acerca do arquivamento, é de **exclusiva competência do órgão acusador**, que, não obstante, deve agir dentro da legalidade, conservando sua imparcialidade, que não é atingida, repetimos, pelo princípio da obrigatoriedade, assim como tampouco o é sua independência.

Por todo o exposto, podemos concluir que caso o julgador atue de acordo com o disposto pelo artigo 384, parágrafo 1º, CPP, com redação dada pela Lei 11.719/2008, estará sendo **duplamente parcial** e ferindo irremediavelmente o princípio acusatório, pelo que o referido dispositivo, ao menos no tocante ao seu parágrafo 1º, deve ser afastado, pois eivado de inconstitucionalidade.

4.3.3. A inconstitucionalidade do artigo 384, CPP

“A *Teoria Garantista* representa, ao mesmo tempo, o resgate e valorização da *Constituição* como documento *constituente* da sociedade. Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político/jurídico do Estado.”²⁹⁰

²⁹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 15.

“É que a Constituição Federal, como norma-mãe (fundamento de validade material e formal do sistema), deve ser suprema. Todos os dispositivos e interpretações possíveis devem perpassar pelo seu controle formal e material, não podendo ser infringida ou modificada ao talante dos governantes públicos, mesmo em nome da maioria – esfera do indecidível-, posto que as Constituições rígidas, como a brasileira de 1988, devem sofrer processo específico para reforma, ciente, ainda, da existência de *cláusulas pétreas*. De fato, na atuação prática, **a aplicação de qualquer norma jurídica precisa sofrer a preliminar oxigenação constitucional de viés garantista, para aferição da constitucionalidade material e formal da norma jurídica.** Somente assim se dá a devida força normativa à Constituição²⁹¹.”
²⁹² (grifo nosso).

Em face do que expusemos acerca da nova redação do artigo 384, CPP, após o advento da Lei 11.719/2008, podemos concluir que tal dispositivo apresenta-se em clara dissonância com a Constituição da República Federativa do Brasil. Contudo, devemos analisar se tal desconformidade é total ou parcial, ou seja, se todo o dispositivo deve ser considerado inconstitucional e ter, portanto, sua aplicação afastada, ou se apenas parte dele está eivada do vício.

Conforme estudamos no item 5.3.1, várias foram as mudanças positivas trazidas pela Lei 11.719/2008 ao instituto da *Mutatio Libelli*. A partir da nova redação dada ao artigo 384, CPP, houve a exigência de aditamento pelo órgão titular da ação penal em qualquer caso (haja ou não aumento da pena aplicável) e a vinculação temática do juiz (que não poderá julgar em conformidade com o libelo anterior caso haja a alteração) aos termos do aditamento.

Diogo Malan entendia acerca da antiga redação do artigo 384, CPP, que havia inconstitucionalidade ainda que o aditamento fosse espontâneo, promovido pelo Ministério Público sem qualquer interferência do julgador

²⁹¹ “A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição.” - HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SergioAntonio Fabris Editor, 1991. p. 24.

²⁹² ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 18.

(quando não haveria que se falar em quebra da imparcialidade do magistrado), porque a *Mutatio Libelli* seria caso de imputação alternativa, o que repercutiria na garantia da ampla defesa. Assim, para o autor, o artigo 384 em sua antiga redação era integralmente inconstitucional.²⁹³

Todavia, como a nova redação passou a prever expressamente que o juiz fica adstrito aos termos do aditamento (§ 4º, artigo 384, CPP), não há que se falar mais em inconstitucionalidade por alternatividade da imputação. Isto não significa, entretanto, que a alteração da acusação no transcurso do processo não prejudique a defesa de alguma forma, pelo que a solução propugnada pelo mesmo autor nos parece que seria a mais adequada para se evitar quaisquer prejuízos à garantia da ampla defesa: exigir-se a concordância da defesa para que possa haver a mudança no teor da imputação, tal qual se passa no processo civil.²⁹⁴

A alteração legislativa no sentido da exigibilidade de aditamento ainda que não haja a possibilidade de aplicação de pena mais grave, conforme já aludido, é salutar e retira parte da carga de inquisitorialidade do dispositivo,

²⁹³ “Há consenso que, uma vez realizada a *mutatio libelli*, a novel imputação, agora acrescida da circunstância fática recém-descoberta, não *substitui* a imputação original, e sim se coloca, quanto a esta, em caráter alternativo. (...) Pode-se concluir, assim, que toda *mutatio libelli* resulta em uma *imputação alternativa*. (...) ...abalizada corrente doutrinária repudia a possibilidade da parte acusadora articular uma imputação alternativa, pelo óbice que ela acarreta ao amplo exercício do direito de defesa. (...) Ante o exposto, entendemos que, ao se repudiar a possibilidade de haver uma imputação alternativa originária se deve, por coerência, refutar também a *mutatio libelli* do art. 384, na medida em que esta sempre resulta em imputação alternativa, só que superveniente. Em outras palavras: se a imputação alternativa feita desde o início do procedimento acarreta cerceamento de defesa, que dirá a realizada após o encerramento da instrução processual, na medida em que a Defesa possui substancialmente menos tempo e atos processuais para se opor à nova imputação.” – MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 214.

²⁹⁴ “Observe-se que no direito processual civil, no qual os bens jurídicos em jogo na relação de direito material subjacente à lide são, via de regra, disponíveis, o objeto processual é imutável após a instauração da relação processual, salvo se houver aquiescência do réu (CPC, arts. 264 e 321)... (...) Ou seja, **no processo civil, no qual os bens jurídicos em jogo são de menor relevância do que no processo penal, a causa petendi adquire imutabilidade após a instauração da relação processual (CPC, art. 219).** (...) **No direito processual penal, com muito mais razão, deve ser igualmente imutável o objeto do processo, caso a parte defensora discorde da possível modificação, pois os direitos envolvidos no litígio são, via de regra, indisponíveis,** fato esse que torna ainda mais imperiosa, e não dispensável, a previsibilidade dos fatos deduzidos pela parte autora. **Se, é exigível no processo civil a estrita observância da congruência, tendo uma decisão condenatória repercussão tão-somente no patrimônio do réu, que dirá no processo penal, no qual a condenação repercute no mais precioso bem que o ser humano pode ter: sua liberdade.**” – Ibid. p. 218-220. (grifo nosso).

posto que não se permite mais uma ingerência direta do magistrado na atividade acusatória, já que ao julgador é vedada alteração de ofício da acusação.

Tendo-se em conta tais inovações, nos parece que o dispositivo teve sanada sua inconstitucionalidade nos dois pontos ressaltados, pelo que não acreditamos que se trate de inconstitucionalidade integral do artigo 384, CPP.

Os problemas do artigo após a redação dada pela Lei 11.719/2008 se concentram em duas questões, já discutidas por nós, ainda que brevemente: a possibilidade do juiz sugerir a alteração da imputação e a previsão da aplicação do artigo 28, CPP, na hipótese de recusa ou inércia do Ministério Público em promover o aditamento nos termos sugeridos pelo magistrado.

Tendo-se em vista que “... **a norma somente é válida se, analisada no contexto Constitucional, for compatível materialmente**, isto é, não afrontar qualquer garantia ou direito reconhecido”²⁹⁵, não podemos aceitar uma norma que possibilite ao julgador sugerir a alteração da acusação original e que, ainda por cima, determine que o mesmo julgador controle o exercício do direito de ação sob a forma de aditamento.

Tal norma não é válida porque contrária ao princípio acusatório, uma vez que o juiz que cria versão própria, a ela adere, pré-julga a causa e se torna parcial e o juiz que exerce o controle sobre o aditamento nos moldes do artigo 28, CPP, que se refere ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública²⁹⁶, viola não somente a independência do *parquet*, mas também sua imparcialidade enquanto *custus legis* (ou melhor, fiscal da Constituição) e se torna ele mesmo parcial, tão só reforçando sua adesão apriorística à versão por ele orquestrada com oficialidade.

²⁹⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 40. (grifo nosso).

²⁹⁶ “Esse **procedimento é considerado anômalo**, por encerrar uma fiscalização do princípio da obrigatoriedade que implica em **sério risco de pré-julgamento da acusação**.” - MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 200. (grifo nosso).

Desta forma, o artigo 384, CPP, ao permitir um juiz duplamente parcial não se encontra adequado ao princípio acusatório²⁹⁷, ao sistema acusatório, ao modelo processual penal garantista SG, ao Estado Democrático de Direito, ao devido processo legal substancial e, logicamente, à Constituição da República Federativa de 1988.

Observe-se o seguinte raciocínio, o qual se coaduna perfeitamente com nosso estudo:

“No caso dos princípios constitucionais, estes devem nortear a atividade estatal em todas as esferas, impedindo a prevalência de normas infraconstitucionais desprovidas de pertinência material com a princiologia constitucional... (...)

Com essa operacionalidade instrumental, o ordenamento jurídico pode ser revisitado, procedendo-se juízos de *validade* –na concepção *garantista*- sobre o conteúdo das regras infraconstitucionais, aferindo-se, assim, a sua constitucionalidade material, em face dos *princípios*, abandonando-se a percepção ultrapassada de que os *princípios* não possuem força cogente.”²⁹⁸

O juiz deve, ao contrário do que preconiza o artigo 384, CPP, exercer a função de garantidor dos direitos e garantias fundamentais, a serviço do Estado Democrático de Direito (da democracia substancial) e da ordem Constitucional. O magistrado, por isso, deve abandonar sua suposta neutralidade (o juiz está no mundo e só por isso já não seria neutro)²⁹⁹ e

²⁹⁷ “Apesar de nenhum ator jurídico duvidar da preponderância da Constituição sobre leis de hierarquia inferior, sua ineficácia é patente, dado que existe certo constrangimento em não se saber lidar com princípios, quando em choque com regras. É preciso, todavia, despedir-se da visão meramente programática ou informadora de suas proposições, reconhecendo-se a **eficácia cogente e absoluta dos princípios**.” – ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 53. (grifo nosso).

²⁹⁸ Ibid. p. 60.

²⁹⁹ “Todavia, na prática forense remanesce uma incapacidade de cunho positivista rasteiro, permeada por certo constrangimento devido ao desconhecimento de instrumentos necessários à implementação das promessas da modernidade e Constitucionais. Também é evidente a ausência de comprometimento político dos juristas, sob a cômoda alegação da necessidade de demissão valorativa. O reconhecimento da existência de um ser antes do pesquisador, implica a admissão da influência de valores na elaboração teórica, afastando, portanto, o mito da neutralidade da ciência. Essa contaminação pelos valores desmascara a dita neutralidade impossível de ser obtida, mas decantada em prosa e verso como sendo pressuposto da realização científica. De fato, a discussão teórico-prática encontra-se inserida no contexto da ação e, portanto, permeada indissociavelmente pelos valores. A demissão (in)consciente desse *habitus* de fazer ciência é condição e possibilidade para compreensão, não necessariamente completa, da realidade que nos circunda. A própria opção da neutralidade implica a aderência aos valores hegemônicos. É que a regra ou o fato só existem após interpretados e, assim, por estarem imbricadas aos indivíduos, inexistem condições do

abraçar a ideologia garantista, ver a si mesmo como garantidor dos direitos fundamentais, da ordem democrática e da Constituição. Um juiz que não é neutro, mas que por abraçar uma ideologia do respeito às garantias penais e processuais penais do acusado, atue com a devida imparcialidade, só intervindo se for para tutelar àquelas mesmas garantias e realizar a justiça material.³⁰⁰

Eis o porquê de sustentarmos neste trabalho a patente inconstitucionalidade do artigo 384, CPP, ainda que parcial por dizer respeito tão somente aos dois pontos aqui levantados: possibilidade do juiz sugerir a alteração da acusação e aplicação do artigo 28, CPP, à hipótese de recusa ou inércia do Ministério Público em aditar a denúncia.

Promovendo-se a devida **oxigenação constitucional**, ao confrontar o conteúdo da regra em análise com o princípio acusatório, controlando materialmente sua constitucionalidade, podemos concluir, portanto, pela sua inadequação parcial aos ditames da Lei Suprema.

“De sorte que o Direito deve ser compreendido, não como um conjunto de normas com sentidos ensimesmados (latentes) e pré-constituídos, mas como um conjunto de normas (princípios e regras) que (re)clamam sentidos no espaço/tempo. E o processo de produção de construção de verdades/sentido deve ser assumido pelo ator jurídico, consciente de sua inserção social, bem como dos efeitos práticos de suas decisões, livrando-se da coisificação – abstração- própria da dogmática jurídica.”³⁰¹

prometido despojamento. Tal construção tem o escopo, no fundo, de levar à pasteurização dos valores do jurista, ou seja, à extirpação do *germe valor*. Ao acreditar que se demitiu dos seus valores, automaticamente acopla e assume os hegemônicos, reproduzindo o *status quo*. Por deficiência técnica e de vontade, na prática jurídica, acabam-se reeditando os velhos conceitos, sem qualquer **oxigenação constitucional** (controle material da constitucionalidade, inclusive em face dos princípios) ou mesmo valoração crítica da lei.”- Ibid. p. 60-61. (grifo nosso).

³⁰⁰ “É a partir dessa nova compreensão do papel do juiz e na mesma linha dos demais atores jurídicos no Estado Democrático de Direito e, assim, do reconhecimento de suas funções de garantidores dos Direitos Fundamentais inseridos ou decorrentes da Constituição Federal da República, que o ordenamento infraconstitucional deve ser aferido. Com efeito, essa oxigenação constitucional pressupõe a compreensão hermenêutica da própria constituição, principalmente em face da Constituição Federal de 1988, que elencou diversas garantias no âmbito social e coletivo anteriormente sonegadas pelos textos Constitucionais do Estado liberal-individualista do Século XIX...” – Ibid. p. 91.

³⁰¹ Ibid. p. 79-80.

Aclarada a situação de inconstitucionalidade parcial em que se encontra o artigo 384, CPP, após a Lei 11.719/2008, não há outra conclusão a que se chegar senão a da necessidade de seu imediato afastamento, seja pelo controle difuso de constitucionalidade, seja através de controle concentrado de constitucionalidade.³⁰² Neste sentido, o papel do judiciário é fundamental na concretização da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito.

O juiz garantista não deve, pois, aplicar o artigo 384, CPP, literalmente, mas oxigená-lo com os princípios e garantias constitucionais, declarando sua nulidade parcial sem redução de texto³⁰³, interpretando-o conforme a constituição³⁰⁴, declarando-o inconstitucional via controle difuso (necessário fortalecimento da independência do juiz enquanto pressuposto para sua imparcialidade – vide comentários acerca da independência do juiz e da Reforma do Poder Judiciário no item 5.1.1)³⁰⁵ ou, no caso no Pretório Excelso, via ação direta de inconstitucionalidade.³⁰⁶

³⁰² “Conquanto ninguém duvide da necessidade do controle dos atos legislativos ou normativos infraconstitucionais, a competência para tal tarefa encontra respaldo em dois sistemas distintos. No controle *difuso*, todos os órgãos do Poder Judiciário congregam competência para efetuar o controle constitucional incidental, isto é, dentro do processo em que a legislação é invocada. Já no controle *concentrado*, um único órgão do Poder Judiciário possui a competência exclusiva de analisar a constitucionalidade dos atos legislativos infraconstitucionais.” – Ibid. p. 104-105.

³⁰³ “... a decisão sobre a inconstitucionalidade pode restringir o âmbito de incidência da aplicação das normas, com a *utilização da nulidade parcial sem redução de texto* ou o esclarecimento de uma ou algumas interpretações *conforme a Constituição*.”- Ibid. p. 114. Ainda: “Daí que transferindo para o contexto brasileiro, no qual (...) o Juiz singular está autorizado a efetuar o controle difuso de constitucionalidade, possível a aplicação da *nulidade parcial sem redução do texto*, excepcionando a validade da norma jurídica na hipótese em análise, sem derogá-la genericamente.” – Ibid. p. 116.

³⁰⁴ “Não se equiparam, pois, nulidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição. Em ambos os casos, há possibilidade de argumentações no sentido de novas compreensões hermenêuticas, quer do próprio órgão julgador, quer de outros intérpretes constitucionais. Com efeito, a diferença primordial entre as duas possibilidades hermenêuticas consiste no aspecto de aproveitamento da norma. Enquanto a interpretação conforme a Constituição reconhece a constitucionalidade nas hipóteses que declara, a nulidade parcial sem redução do texto explicita as hipóteses em que a norma estaria eivada de nulidade, sem prejuízo de sua manutenção genérica (validade) para o futuro e, assim, em outras hipóteses.”- Ibid. p.119.

³⁰⁵ “Nesse pensar, compete especificamente ao magistrado, no modelo garantista, *renunciar* à função de *boca repetidora* da lei ou mesmo de *corretiva* desta. O magistrado, no modelo positivista tradicional, possui relação formal com a Constituição, demitindo-se – até inconscientemente, às vezes – do **dever ético-político de absoluta intimidade com o texto constitucional**. Esse magistrado é um burocrata informado pelo arsenal técnico disponibilizado pela dogmática jurídica, valorizador da forma, em favor da substância. Acredita, ainda, que a

Estas são algumas possibilidades que surgem para o juiz exercer sua função constitucional de garantidor dos direitos fundamentais e agente efetivador do Estado Democrático de Direito, relendo o ordenamento infraconstitucional com as lentes da Lei maior e promovendo a devida adequação da legislação processual penal infraconstitucional ao sistema processual penal acusatório.

Caso o juiz opte por atuar em conformidade com a regra do artigo 384, CPP, prescindindo da imperiosa oxigenação e releitura, será, conforme referimos, duplamente parcial e, portanto, suspeito. Assim, a argüição de suspeição do magistrado pode ser considerada como outra solução (ainda que paleativa, pois a inconstitucionalidade da norma não estará sendo repelida diretamente) para a inadequação constitucional do artigo em análise.

Neste sentido: “... o aditamento à denúncia provocado pelo julgador, ainda não fosse manifestamente inconstitucional, ensejaria a argüição de suspeição do juiz, nos termos do art. 254, IV, do código de Processo Penal.

307

Deve-se ter em conta, contudo, que:

“Não é verdade – e nem se está defendendo – que o Poder Judiciário é a salvação de toda situação social. Todavia, exigir o fazer acontecer do Poder Legislativo, dos

forma é a garantia da eficácia do direito, sem qualquer valoração, cumprindo as normas simplesmente porque existem e têm vigência (aspecto meramente formal). Continua interpretando a Constituição à luz do Código Civil. **Renuncia ao irrenunciável: o seu poder-dever de controlar difusamente a constitucionalidade material do ordenamento infraconstitucional, tranquilizando-se com a mera concordância formal com a Lei Maior. No paradigma garantista, no entanto, o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida oxigenação constitucional.**”- Ibid. p. 90. (grifo nosso).

³⁰⁶ “Se a Constituição é considerada o fundamento de validade do sistema jurídico e as normas infraconstitucionais devem guardar pertinência formal e material, necessário o estabelecimento de mecanismos de obediência. Daí surge o controle da constitucionalidade das normas. Significa, assim, a possibilidade do controle dos atos normativos expedidos pelo Estado, compreendido em suas diversificadas funções (Executiva, Legislativa e Judiciária), na busca incessante da concretização e respeito à Constituição.” – Ibid. p. 103.

³⁰⁷ MALAN, Diogo Rudge. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 207.

administradores públicos e dos próprios membros do Poder Judiciário é o grande papel ao ator jurídico, consciente de sua função democrática. Nesse pensar, ao ator jurídico cabe declarar sua independência em face de posições coisificantes da realidade, (re)lendo os critérios de validade da norma com matiz *garantista*, reconhecendo a validade material das normas ao invés de manter fiel e cego cumprimento às regras simplesmente por serem regras. O aspecto meramente formal cede espaço, no *Estado Democrático de Direito*, ao aspecto material, conforma a Constituição.”³⁰⁸

Além das soluções até aqui referidas, de índole judicial, há outra, de índole legislativa, que resolveria o vício de inadequação constitucional do artigo 384, CPP: a atribuição do controle sobre o exercício do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública ao próprio Ministério Público com exclusividade, o que refletiria, em consequência da previsão do parágrafo 1º do artigo 384, CPP, no controle sobre o aditamento da denúncia. Assim, o controle sobre o arquivamento do inquérito penal se assimilaria ao controle do arquivamento do inquérito civil, do qual não há razão para se distanciar.

Alteração legislativa nesta direção foi ventilada no Projeto de Lei n. 4.209/01, o qual, entretanto, não logrou êxito. Eis a redação proposta por tal projeto para o artigo 28, CPP:

“Projeto de lei n. 4.209/01, preparado por comissão presidida pela jurista Ada Pellegrini Grinover:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento de denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informação.

§ 1º Cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos serão por ele remetidas, no prazo de três dias, a órgão superior do Ministério Público, sendo intimados dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 2º Se as cópias referidas no parágrafo anterior não forem encaminhadas no prazo estabelecido, o investigado, o indiciado ou o ofendido poderá solicitar a órgão superior do Ministério Público que as requisiite.

³⁰⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 88.

§ 3º Até que, em sessão de órgão superior do Ministério Público, seja ratificada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo, apresentar razões escritas.

§ 4º A promoção de arquivamento, com ou sem razões dos interessados, será submetida a exame e deliberação de órgão superior do Ministério Público, na forma estabelecida em seu regimento.

§ 5º O relator da deliberação referida no parágrafo anterior poderá, quando o entender necessário, requisitar os autos originais, bem como a realização de quaisquer diligências reputadas indispensáveis.

§ 6º Ratificada a promoção, o órgão superior do Ministério Público ordenará a remessa dos autos ao juízo competente, para o arquivamento e declaração da cessação de eficácia das medidas cautelares eventualmente concedidas.

§ 7º Se, ao invés de ratificar o arquivamento, concluir o órgão superior pela viabilidade da ação penal, designará outro representante do Ministério Público para oferecer a denúncia.”

Desta forma, competindo tão somente ao Ministério Público, enquanto órgão acusador e titular exclusivo da ação penal pública, o controle sobre o princípio da obrigatoriedade, ficará prejudicado o disposto no artigo 384, parágrafo 1º, posto que **qualquer sugestão do juiz poderá ou não ser acatada pelo *parquet*, cumprindo a ele (e só a ele) o juízo acerca da alteração da imputação**, sendo o controle exercido pela própria instituição, afastada a ingerência indevida do magistrado, a quem não restará alternativa, caso discorde da imputação original, senão **absolver o réu**. Resguardado estará o princípio acusatório e o ordenamento constitucional.

CONCLUSÃO

Partindo da Teoria do Garantismo Penal e de uma concepção garantista do Estado Democrático de Direito, abordamos a função do processo penal à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o modelo processual penal mais adequado aos ditames da Lei Maior, para que pudéssemos, enfim, analisar a nova redação do artigo 384, CPP, e sua conformidade ou desconformidade constitucional.

Conceituamos Estado Democrático de Direito como aquele que não limita sua legitimidade à formação das instituições representativas, mas que exige uma verdadeira democracia substancial, que corresponda aos anseios de todo o povo e que assegure a todos os cidadãos o gozo dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Neste sentido, fizemos convergir os conceitos de Garantismo, enquanto base da democracia substancial, e de Estado Democrático de Direito, entendido como Estado de Direito dotado de efetivas garantias.

Assim, concluímos que no Estado de Direito concebido como sinônimo de democracia substancial e baseado no Garantismo afigura-se imprescindível que as instituições sejam instrumentos de satisfação dos interesses básicos e fundamentais de todos. Eis o Estado Democrático (de democracia substancial) de Direito, cuja legitimidade reside na efetiva tutela dos direitos e garantias constitucionais.

Tendo a Constituição da República Federativa do Brasil adotado expressamente o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, CRFB), asseveramos que torna-se imperativo que a ele se busque dar efetividade e demonstramos que o processo justo, enquanto devido processo legal substancial, mostra-se o adequado a tal escopo.

Trabalhamos com o princípio do devido processo legal em seu aspecto substancial (*substantive due process*), enquanto princípio informador da necessidade de respeito e tutela dos direitos fundamentais e da promoção das garantias constitucionais dos cidadãos, para correlacioná-lo com o

modelo processual penal garantista SG formulado por Luigi Ferrajoli, quando da sistematização da Teoria do Garantismo Penal.

Apresentamos o modelo processual penal garantista SG e seus dez princípios ou axiomas fundamentais como o modelo paradigma a ser alcançado, ainda que de maneira aproximativa, pelo ordenamento processual penal para que este contribua na efetivação do Estado Democrático, se conformando ao máximo com a ordem constitucional.

Assim, concluímos que um Estado Democrático de Direito, de democracia substancial, exige, para sua efetivação, um processo penal igualmente democrático, ético, garantista e justo. Como a justiça do processo, sob a perspectiva do devido processo legal substancial, passa a ser aferida pelo respeito e promoção das garantias constitucionais, entendemos que a função precípua do processo é sua instrumentalidade constitucional, é ser instrumento a serviço da tutela dos direitos fundamentais proclamados pela Constituição.

Neste trabalho, portanto, procuramos demonstrar que o caminho para a efetivação do Estado Democrático de Direito (ideal a ser alcançado tanto pela ordem jurídica infraconstitucional quanto pela prática, posto que adotado expressamente pela CRFB de 1988), enquanto Estado de Direito dotado de efetivas garantias, que realiza a democracia substancial e a justiça material, é precisamente a adesão plena, na seara processual penal, a um sistema efetivo de garantias penais e processuais penais, o qual identificamos com o modelo penal garantista SG.

Em busca, pois, da efetivação do texto constitucional, o processo penal deve ser concebido e praticado enquanto instrumento a serviço da Constituição e dos direitos e garantias por ela consagrados. Eis o processo penal constitucional, submetido à lei e legitimado pelo respeito aos direitos fundamentais.

Entendemos, pois, que apenas um direito democrático (material e processual) pode de fato dar corpo a um Estado Democrático. É neste sentido que, como vimos, se apresenta imprescindível uma depuração do

ordenamento processual penal, através de sua releitura à luz da Constituição de 1988, posto que, do contrário, a adesão e prática de um modelo processual penal autoritário significaria tornar letra morta a Carta Constitucional e em uma demagogia o Estado Democrático de Direito por ela adotado.

Tendo visto que um dos axiomas do modelo penal e processual penal garantista (constitucional) é o princípio acusatório, entendemos que a Constituição de 1988 adotou o referido princípio e o sistema a que dá nome, o acusatório, o qual conceituamos e caracterizamos.

Analisamos, tendo como premissa a opção constitucional pelo sistema acusatório, o papel do julgador e do órgão acusador no processo penal democrático, justo e garantista, apontando as funções constitucionais destes agentes jurídicos, bem como algumas das distorções existentes entre a normatividade e a efetividade constitucional, para concluirmos que, em um processo orientado pelo princípio acusatório, o julgador deve manter, principalmente, sua imparcialidade e o órgão acusador preservar, primordialmente, sua independência.

Intentamos confrontar a dinâmica do instituto da *Mutatio Libelli*, nosso objeto de estudo, com o ideal trazido pelo princípio acusatório, pelo sistema acusatório, pelo modelo penal garantista SG, pelo Estado Democrático de Direito e, logicamente, pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Observamos a antiga e a nova redação do artigo 384, CPP, trazida pela Lei 11.719/2008 e apontamos dois pontos de desconformidade entre a norma e a ordem constitucional: a possibilidade do juiz sugerir a alteração da imputação e a previsão da aplicação do artigo 28, CPP, à hipótese de recusa ou inércia do Ministério Público em promover o aditamento nos termos sugeridos pelo magistrado.

Tomando, pois, a Constituição de 1988 como paradigma e em uma concepção garantista, propusemos um controle material de constitucionalidade sobre a regra do artigo 384, CPP, oxigenando-a e depurando-a à luz da Lei Suprema, por entendermos que uma norma só é

válida quando compatível materialmente com a Constituição, quando não desrespeite, portanto, qualquer garantia ou direito consagrado pela Carta Constitucional.

Conseqüentemente, se nos dois pontos de desconformidade houve, conforme apontamos, afronta ao princípio acusatório pela quebra da imparcialidade do magistrado (concluimos que a regra permite que o juiz seja duplamente parcial), a norma do artigo 384 não é válida, ainda que parcialmente, conforme concluimos, porque sanados os demais vícios de inconstitucionalidade outrora existentes pela nova redação dada ao artigo pela Lei 11.719/2008.

Finalmente, após chegarmos à conclusão de que a nova redação do artigo 384, CPP, tornou-o parcialmente inconstitucional e de que imperioso se afigura seu afastamento imediato, propusemos algumas soluções para as incompatibilidades referidas (vide item 4.3.3), quais sejam: o controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, através da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, da interpretação conforme à Constituição ou mesmo de ação direta de inconstitucionalidade que vise a integralidade do dispositivo; a arguição de suspeição do magistrado, caso ele opte por atuar literalmente segundo a regra do artigo 384, CPP, prescindindo da devida oxigenação constitucional; a mudança legislativa com a atribuição do controle sobre o exercício do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública ao próprio Ministério Público com exclusividade (como ocorre em sede de arquivamento de inquérito civil), o que refletiria no controle sobre o aditamento da denúncia, conforme ventilado pelo Projeto de Lei n. 4.209/01 quando da propositura de nova redação para o artigo 28 do CPP, o qual, infelizmente, não logrou êxito.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 359 p.

BARBOSA, Rui. *O dever do advogado: Carta a Evaristo de Moraes*. Pref. Evaristo de Moraes Filho. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, Aide Ed., 1985. 66p.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. 276 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 807 p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. V I. 12^a ed. Brasília: Editora UNB e L.G.E Editora, 2004. 666 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6^a ed. Coimbra: Editora Almedina. 1352 p.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Processo Penal em Face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 146 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-23.

DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança: Entre Pombos e Falcões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 222 p.

DORNELLES, João Ricardo. *O que são os Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. 76 p.

FELDENS, Luciano. *Ministério Público, Processo Penal e Democracia: Identidade e Desafio*. In: Prado, Geraldo; Malan, Diogo (Org.). *Processo Penal e Democracia*. Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008. p. 321-343.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 925 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 424 p.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. (trad. Raquel Ramalhete). 32ª ed. Petrópolis: Editora vozes. 262 p.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 p.

JUSTO, A. Santos. *Nótuas de História do Pensamento Jurídico (História do Direito)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 98 p.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 663 p.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 315 p.

MACIEL, Cláudio Baldino. *O juiz independente no Estado Democrático*. Revista Cidadania e Justiça. Ano 4, n. 8, 1º semestre / 2000. p. 67-73.

MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 275 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 832 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432 p.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 1^a ed. São Paulo: Editora Método, 2008. 377 p.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. 900 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 782 p.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal. O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e limites*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001. 422 p.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. 221 p.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 257 p.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 132 p.

SARMENTO Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 220 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.

SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho G. *Segurança Pública e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 206 p.

WEFFORT, Francisco C.. *Os Clássicos da Política*. Vol. I. 13^a ed. São Paulo: Editor Ática, 2004. 287 p.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito Constitucional*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 779 p.

Artigo 39 da Magna Carta de 1215. Disponível em <http://www.usconstitution.net/magna.html>. Acesso em 8 mai. 2009.

Emenda n. 5 da Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>. Acesso em 8 mai. 2009.

STF, HC n. 84078/MG, Rel. Ministro Eros Grau, Brasília, 05 fev. 2009.

STF, HC n. 94695/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 23 set. 2008.

STJ, HC n. 106975/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília, 19 ago. 2008.