

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

PAULO AUGUSTO GADELHA DE ABRANTES

AS EVOLUÇÕES E RETROCESSOS DA BUSCA PELA VERDADE REAL E SUAS
INFLUÊNCIAS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

SOUSA
2012

PAULO AUGUSTO GADELHA DE ABRANTES

AS EVOLUÇÕES E RETROCESSOS DA BUSCA PELA VERDADE REAL E SUAS
INFLUÊNCIAS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Jardel de Freitas Soares

SOUSA
2012

PAULO AUGUSTO GADELHA DE ABRANTES

AS EVOLUÇÕES E RETROCESSOS DA BUSCA PELA VERDADE REAL E SUAS
INFLUÊNCIAS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Jardel de Freitas Soares

Banca Examinadora:

Data de aprovação: ____/____/____.

Orientador: Prof. Jardel de Freitas Soares

Prof.

Prof.

A Deus, responsável por todas as vitórias.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, por todo apoio e amor incondicional e pelos valores ensinados responsáveis diretos pela pessoa em que me tornei.

Aos meus avós por todo exemplo de retidão e probidade ao longos dos anos, além da sabedoria transmitida em cada gesto.

A todos os meus amigos, por cada mão que me foi estendida nos momentos em que mais precisei.

Ao meu orientador Jardel de Freitas Soares, que foi mestre para este eterno aprendiz durante 8 (oito) disciplinas ao longo de toda a graduação, e pela compreensão e auxílio durante a feitura deste trabalho.

A todos, os mais sinceros agradecimentos.

“O que diz a verdade manifesta a Justiça, mas a testemunha falsa, a fraude”

Provérbios 12:17

RESUMO

O processo penal não se satisfaz, para a solução de suas controvérsias, com a verdade formal, conhecida como a verdade dos autos, formada unicamente pela alegação das partes e provas por elas produzidas, isso porque seu objeto é a tutela dos bens jurídicos mais importantes, conforme o princípio da fragmentariedade do direito penal. Sendo assim, adotou-se no direito processual penal o princípio da verdade real, que orienta o procedimento no sentido de buscar reproduzir dentro dos autos do processo, com a mais aproximada exatidão, os fatos criminosos como realmente ocorreram. O legislador, ao longo do tempo, realizou diversas mudanças na legislação que contribuíram para o alcance do ideal que traduz o princípio da verdade real, a exemplo da adição ao juiz da liberdade de buscar a prova de ofício em alguns casos, e outras mudanças dificultaram o alcance dessa verdade, a exemplo da proposta da transação penal que, se aceita, impede o prosseguimento do processo e o deslinde da causa. Tais mudanças feitas pelo legislador, em nome da verdade real, geraram reflexos no sistema processual penal adotado pelo Brasil. Dos três sistemas processuais existentes: sistema acusatório, sistema inquisitivo e sistema misto, o primeiro é o apontado pela doutrina como o idealizado pela Constituição Federal de 1988. Devido as alterações mencionadas, o sistema processual brasileiro tem se afastado de um sistema acusatório puro para apresentar-se como um sistema acusatório com resquícios do sistema inquisitivo.

Palavras-chave: Processo Penal. Sistema acusatório. Verdade real.

ABSTRACT

The criminal process is not satisfied, for its controversies solution, with the formal truth, known as the truth of the process body, only formed by the parts' allegation and proofs by them produced, that is because its object is the protection of the more important juridical goods, according to the fragment principle of the criminal law. Thus, it was adopted at the criminal procedural law the principle of the real truth, that it guides the procedure in the sense of looking for reproducing on the process body of the process, with the most approximate accuracy, the criminal facts as they really happened. The legislator, along the time, made several changes in the legislation that contributed for the reach of the ideal that translates the principle of the real truth, the addition of freedom to the judge to look for the proof by himself in some cases for example, and other changes which hindered the reach of that truth, the proposal of the criminal transaction that, it is accepted, it impedes the pursuit of the process and the extrication of the cause for example. Such changes which were done by the legislator, on behalf of the real truth, it generated reflexes in the criminal procedural system adopted by Brazil. Of the three existent procedural systems: accusatory system, inquisitive system and mixed system, the first is pointed by the doctrine as the idealized by the Federal Constitution of 1988. Owed the mentioned alterations, the Brazilian procedural system has moved away from a pure accusatory system to present as an accusatory system with traces of the inquisitive system.

Keywords: Criminal Process. Accusatory System. Real truth.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 – A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.....	12
1.1 – A evolução dos sistemas processuais.....	12
1.1.1 – O sistema acusatório	13
1.1.2 – O sistema inquisitivo	14
1.1.3 – Sistema Misto	15
1.2 – A verdade real.....	16
1.2.1 – O conceito.....	16
1.2.2 – A importância da verdade real para o processo penal.....	18
1.2.3 – A verdade real como princípio norteador	19
1.2.4 – O mito da verdade real.	21
2 – AS EVOLUÇÕES E RETROCESSOS NA BUSCA PELA VERDADE REAL. ...	23
2.1 – As mudanças que contribuíram para a verdade real.	23
2.1.1 – A adoção do princípio da identidade física do juiz.	23
2.1.2 – A persecução probatória de ofício pelo juiz, art. 156 do CPP.....	26
2.1.3 – A proibição de condenação baseada unicamente na confissão do acusado.....	27
2.1.4 – Da exigência do exame de corpo de delito (direto ou indireto).....	30
2.2 – As mudanças que dificultaram a busca da verdade real.....	33
2.2.1 – O interrogatório por videoconferência.....	33
2.2.2 – A transação penal.....	34

2.2.3 – Vedação das provas obtidas por meios ilícitos	36
3 – A INFLUÊNCIA DA VERDADE REAL NO SISTEMA ACUSATÓRIO	
BRASILEIRO.....	38
3.1 – O sistema Processual brasileiro.....	38
3.2 – O sistema processual brasileiro e o sistema misto.	40
3.3 – Um sistema acusatório com resquícios inquisitivos	41
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS	49
ANEXO.....	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar o sistema processual acusatório brasileiro sobre o enfoque do princípio da verdade real, largamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio norteador das normas processuais penais brasileiras, considerando a influência que tal princípio teve nas mais importantes mudanças ocorridas nos últimos anos na legislação processual, principalmente no Código de Processo Penal.

Avaliando um rol exemplificativo de inovações na legislação processual, analisou-se os dispositivos que contribuíram e os que distanciaram a persecução penal de seu encontro com a verdade real dos fatos criminosos objetos da ação penal.

Através dessa análise, foi considerado o quanto tais modificações importaram para a mitigação do sistema acusatório brasileiro, que primava pela imparcialidade do julgador e divisão das funções de acusar, defender e julgar entre os sujeitos processuais, enchendo-o de características típicas do antigo sistema inquisitivo, caminhando para a concentração de funções, inclusive instrutórias nas mãos do magistrado.

Para tanto foi utilizado o método indutivo, pois se partiu da análise de cada dispositivo legal dotado da influência do princípio da verdade real para chegar a conclusões que dizem respeito a todo o ordenamento processual penal.

No primeiro capítulo do trabalho, foi feita uma análise dos sistemas processuais de que se tem notícia: o sistema acusatório, sistema inquisitivo e sistema misto, com todas as suas nuances e principais características.

Ainda no mesmo capítulo, é apresentado o princípio da verdade real, sendo discutido seu complexo conceito e suas implicações e importância para o direito processual penal, assim como a problemática do mito da verdade real, considerando o ponto de vista, tratado por diversos autores contemporâneos, como ideal inalcançável.

Avançando pela segunda parte do presente trabalho, encontra-se a análise sistematizada de alguns dispositivos incrustados na legislação que guardam íntima ligação com o princípio da verdade real e que são frutos da evolução do direito processual penal, divididos em dois grandes grupos: a) os que fizeram o processo

penal avançar em direção à busca da verdade real; e b) os que distanciaram o processo penal de alcançar este ideal.

Por fim, o derradeiro capítulo apresenta o sistema processual acusatório brasileiro, nos moldes do encomendado pela Constituição Federal de 1988 e, diante da influência do princípio da verdade real e das modificações que foram feitas em seu nome, como este ganhou traços e características do sistema inquisitivo.

É enfatizado que, na tentativa que alcançar a verdade real, o legislador foi gradativamente introduzindo mecanismos que deu poderes instrutórios ao juiz, a exemplo do art. 156 do CPP, dispensou o processo contraditório para aplicar de imediato a pena, é o caso da transação penal, característica de um sistema inquisitório que continua vivo habitando certas normas processuais na atualidade.

O trabalho se justifica pela necessidade de conhecer as tendências da processualística penal brasileira quanto aos mecanismos de persecução penal, na busca pela verdade dos fatos, assim como estudar as consequências trazidas ao direito processual penal através das modificações verificadas o longo do tempo.

É importante observar a trajetória tomada pelo direito processual penal diante das inovações implantadas pelo legislador, principalmente as que surgiram em nome da verdade real e deram nova roupagem ao sistema processual adotado.

Levando em consideração que o direito processual penal tutela os bens jurídicos considerados de maior importância e a forma como se conduz o processo pode causar prejuízos incalculáveis ao acusado, tal ramo do direito deve ser encarado com parcimônia, merecendo detida atenção.

Em um sistema democrático, o sistema processual adotado importa no trato entre o Estado e cidadão na seara da persecução penal, sendo de grande importância sua matéria a fim de coibir excessos e abusos por parte do poder estatal.

Por essa razão, importa conhecer mais do sistema acusatório brasileiro, e como o legislador, na tentativa de adequar o processo penal para mais facilmente trazer aos autos a verdade real dos acontecimentos para apreciação do juiz, lançou mão de mecanismos manchados pelos princípios do sistema inquisitivo, fazendo com que o sistema processual penal brasileiro se distancie do sistema acusatório puro e se torne em acusatório com resquícios inquisitórios.

1 A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Um sistema processual é um conjunto de regras e princípios que se propõem a nortear a aplicação do direito material dentro de um processo judicial, reflete os ideais de uma sociedade para a aplicação do direito que são consagrados na Constituição e nas leis pelo legislador que é representante do povo.

De acordo com o sistema processual adotado, é possível distinguir a força e arbítrio que o Estado exerce sobre os cidadãos, em uma democracia tal sistema importa na garantia do cidadão contra a tirania Estatal.

Os sistemas processuais são apresentados pela doutrina pátria sempre de acordo com a época histórica e o nível de evolução de cada Estado em que é adotado, em conformidade com o momento político em que vivem. Conceitua sistemas processuais Rangel (2007, p. 45):

Sistema processual é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo como momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita a través do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.

São reconhecidos pela doutrina três sistemas processuais ao longo da história: o sistema acusatório; sistema inquisitivo e o sistema misto. Estes serão apresentados de acordo com sua origem, características principais, dentro do contexto em que surgiram.

A análise detida de cada sistema processual permite compreender o processo de formação e consolidação do sistema processual adotado no Brasil, assim como entender o norte político adotado pelo legislador pátrio quando este, exercendo sua função normativa, inova o ordenamento para adequar às mudanças sociais, guardando os princípios traçados pela Constituição Federal.

1.1 A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS

1.1.1 O SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório clássico ou privado surge na Grécia e em Roma, tendo como principal característica a inércia do órgão julgador, este sendo órgão que deveria ser imparcial, somente agiria quando provocado pela vítima do delito.

Consistia em um verdadeiro processo de partes, do qual a vítima provocava o julgador inerte, sendo o réu chamado ao processo para resistir à acusação em processo eminentemente oral e público.

O nome acusatório deriva da máxima de que ninguém poderia ser levado a juízo sem que houvesse uma acusação, *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*, consagrando de forma indissociável o princípio da inércia ao sistema processual em análise.

Além da inércia do julgador, outra característica marcante do sistema acusatório é a separação das funções que cada parte toma dentro do procedimento penal, tendo o juiz inerte somente a função de julgar, ao órgão acusador unicamente a função de acusar e a função de defender caberá ao próprio réu. Nesse sentido acentua Feitoza (2008, p. 54):

As características fundamentais do sistema acusatório residem: a) na separação das pessoas e dos poderes dos que atuam no processo (o acusador, requerendo e perseguindo criminalmente; o juiz ou tribunal, julgando; e o acusado, podendo resistir e exercer o direito de defender-se); b) na exigência de que a atuação do órgão jurisdicional para decidir e os limites de sua decisão dependem da 'ação processual' (requerimento) de um acusador e do conteúdo da sua ação (princípio do *ne procedat iudex ex officio*, ou *nemo iudex sine actore*); c) na possibilidade de resistência do acusado.

Trata-se de um sistema triangular, em que cada sujeito processual exerce sua função individualmente, não havendo acúmulo entre quaisquer das funções de

juízo, acusação ou defesa, o que caracteriza um processo de partes, era o chamado *actium trium personarum*.

Nesse sistema ao juiz não é permitido atribuir poderes investigativos, persecutórios, de produção de prova, tais atribuições são concedidas as partes, cabendo ao julgador permanecer passivamente, sendo apenas destinatário e não um sujeito da prova.

1.1.2 O SISTEMA INQUISITIVO

Surge em Roma o sistema processual inquisitivo ou inquisitório, quando o Senado romano decidiu instituir os chamados *quaesitores*, encarregados de apurar os delitos que fossem sendo cometidos, sistema que gradativamente se alastrou pela Europa ocidental em substituição do sistema acusatório clássico.

Tal sistema tem como característica a concentração de funções processuais nas mãos de um único sujeito, neste sistema o juiz reúne para si as atribuições de julgar, defender e acusar, em procedimento sigiloso e escrito.

O órgão julgador deixa de ser imparcial e inerte, passando a deter poderes irrestritos na persecução penal, não havia contraditório, pois, como já foi dito, a defesa também pertencia ao juiz, nesse sistema a confissão é medida suficiente para a condenação.

Regras quase que aritméticas eram usadas para decidir pela condenação ou absolvição do réu, como se as provas fossem postas em uma balança e esperar para que lado ela penderia, tendo a confissão como elemento invencível de condenação. Nesse sentido leciona Capez (2003, p.41):

É sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como um mero objeto de persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio de prova para se obter a prova-mãe: a confissão.

Não há que se falar em processo de partes, o sistema inquisitivo se constituía em sistema linear, que figuravam apenas o juiz, dotado de todas as

funções processuais, e do outro o réu, que era visto apenas como objeto da investigação.

A falta de contraditório e a manifesta parcialidade do juiz, este com o papel de inquisidor-investigador, abriu margem para diversos abusos ao longo da história, a exemplo do Santo Ofício, que foi uma das mais notáveis atrocidades já ocorridas.

1.1.3 SISTEMA MISTO

Também conhecido como Acusatório Formal, surgiu na revolução francesa, em 1808, junto com o *Code d'Instruction Criminelle*, que emergiu na necessidade de extinguir a os métodos usados na Santa Inquisição, fundindo procedimentos dos sistemas acusatório clássico e inquisitivo.

Em virtude da junção de aspectos dos sistemas acusatório e inquisitivo, o sistema foi também apelidado, segundo Frederico Marques (1997, p. 70), de “processo semiacusatório”, “processo inquisitivo com acessórios acusatórios” e ainda “procedimento inquisitivo de forma acusatória”.

Segundo o autor citado, o sistema misto é considerado em alguns países como aparentemente ideal, pois o sistema inquisitivo, em tese, é mais eficiente na apuração das provas e na condução da investigação, enquanto que o sistema acusatório garante de forma mais efusiva os direitos do acusado.

Caso fosse possível uma perfeita harmonia entre os dois sistemas, um sistema temperado poderia ser utilizado, de forma a emanar uma das mais eficientes e louváveis qualidades, o equilíbrio.

Caracteriza-se o sistema misto, primordialmente, pela chamada instrução preliminar, escrita e secreta, a cargo do juiz, este com função probatória, investigativa e com caráter inquisitivo, agindo na colheita de indícios por todos os meios de prova.

Após a instrução preliminar, havia uma fase contraditória, judicial, que acontecia somente no momento do julgamento, em que se era atribuído ao acusado o direito de se defender, podendo lançar mão, neste último momento de seus direitos ao contraditório e ampla defesa, em procedimento oral e público.

Se tem notícia que este sistema ainda é adotado em escassos países da Europa e também na Venezuela, fazendo essa fusão dos sistemas acusatório e inquisitivo, não é caso do Brasil, pois ostenta ter adotado o sistema acusatório.

1.2 A VERDADE REAL

1.2.1 O CONCEITO

Verdade é a correspondência com a realidade, tudo o que se desvia disso é o que se chama de mentira ou inverdade, esta última no âmbito do direito é quase sempre sinônimo de injustiça.

Quando a falta de verdade invade o processo, inocentes são condenados, culpados são inocentados, a impunidade e a opressão ganham vez tornando os Tribunais palcos de barbáries sem medida, agindo às avessas em relação à finalidade para o os quais foram instituídos.

Por essa razão que surge a preocupação acerca da verdade no processo judicial, a busca de levar a verdade dos fatos aos autos é o objetivo primordial do procedimento persecutório, a fim de que o julgador possa proferir seu veredicto imbuído de certeza.

Com efeito, a verdade e a certeza guardam estrita ligação lógica, pois aquela é pressuposto desta sob pena de sucumbir a certeza ao engano, sobressaindo este no procedimento acusatório, a justiça será esquecida dando margem a ilegalidade.

A exata certeza só pode ser alcançada quando os elementos que a constroem são dotados da mais pura verdade, é o estado de ânimo de quem conseguiu capturar a verdade dos fatos, e é insuperável, pois nada pode se contrapor a esta verdade. Nesse sentido observa Queijo (2004, p.29):

A certeza é a apreensão e a consciência da verdade. É um estado de ânimo, que se apresenta quando se forma o convencimento de se ter atingido a verdade. Desse modo, o convencimento relaciona-se à

dinâmica psicológica, resolvendo-se em função do intelecto, enquanto a certeza, representação interna da verdade, reporta-se à estática psicológica, em estado de consciência. Assim, a certeza poderá existir sem que o indivíduo consiga declinar os motivos determinantes de seu convencimento.

Para formar sua convicção, esta que deve ser dotada de certeza, o juiz anseia pelo encontro com a verdade, pois seu ofício é aplicar o direito de forma justa, sendo o conceito de justiça indissociável da idéia de verdade.

Primordialmente no processo penal a preocupação com a veracidade dos acontecimentos é extrema, vez que os fatos geralmente são mais complexos e a liberdade do indivíduo quase sempre está em jogo, nesse caso mais que um conceito simples de verdade, surge uma idéia mais profunda, o da verdade real.

Em contrapartida com a sistemática adotada pelo processo civil, o objetivo primordial do processo penal é desvendar os fatos como efetivamente ocorreram, buscando trazer ao conhecimento do julgador, em exaustão, todos os detalhes, de forma a reproduzir fielmente o ocorrido na cena do crime, a fim de que, ao final do processo, e com a menor margem de erro possível, o juiz possa declarar em sua sentença a verdade dos fatos, condenando ou absolvendo o réu, com base em elementos intrínsecos e extrínsecos ao processo, isso é o que se chama de verdade real. Nesse sentido Tourinho (2010, p. 59):

De fato, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por ele debatidos, no Processo Penal, tal qual está no nosso ordenamento, o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à Justiça.

A falta de verdade no processo penal pode surgir de várias formas: pela vileza humana, quando a testemunha ou o réu desvirtuam os fatos perante o juiz da causa e ainda quando produzem provas falsas; pelo erro humano, a exemplo da falta de precisão dos peritos; ou pelo desaparecimento natural dos vestígios e mudança da cena do crime levando a crer que o crime ocorreu de forma diferente.

A distorção da verdade no processo contamina os autos, aumentando a possibilidade de que, ao final, a decisão traga consigo um teor perfídia mesmo que involuntariamente por parte de quem a proferiu.

O princípio da verdade real proporciona mecanismos para que o apreciador da prova penetre nas entrelinhas do que está exposto nos autos em busca de extrair dali uma dose de verdade suficiente para lhe formar a certeza necessária a uma decisão justa.

1.2.2 A IMPORTÂNCIA DA VERDADE REAL PARA O PROCESSO PENAL

Tratando-se de um procedimento que pode trazer sanções gravíssimas ao processado, chegando a causar, inclusive, a restrição de sua liberdade pessoal, ao passo que se lhe imputa a prática de um crime, um delito, e a inserção de seu nome no rol dos culpados após uma eventual condenação, tal processo deve revestir-se uma cautela especial, pois o erro judiciário nesse caso é muito mais gravoso se comparado ao processo de ordem civil.

Por essa razão o processo penal não se conforma simplesmente com a verdade formal do processo, mas lança mão de diversos mecanismos para reconstruir processualmente a cena do crime, e dar ao julgador uma vista panorâmica dos fatos ocorridos, para que este reproduza em sua decisão, com o grau mais elevado de certeza, a verdade real que tanto clama o processo penal. Dessa forma aduz Távora (2011, p. 326):

Em sede penal, portanto, onde os interesses em jogo são indisponíveis, caberia ao julgador ser intransigente com meras especulações ou ilações quanto aos fatos, para que se reconstrua nos autos o que realmente aconteceu quando da ocorrência do delito. Nesta lógica, a verdade formal seria verdade dos autos, ao passo que a verdade material lhe seria antecedente, é a verdade empírica, vinculada aos fatos, à realidade.

Ademais, na persecução criminal há quase sempre uma pretensão resistida, o titular da ação penal acusa o réu que busca de todas as formas se defender,

muitas vezes usando falsas alegações e ocultando indícios e circunstâncias importantes ao deslinde do caso.

O princípio da verdade real servirá como um filtro para separar o que de fato traduz a realidade daqueles elementos que fogem desta e ainda dando a liberdade de ir além de algumas formalidades legais em nome deste princípio.

Igualmente, a desídia das partes em produzir as provas poderá deixar o magistrado sem elementos para decidir, no entanto a princípio da verdade real permite o julgador tomar a iniciativa para preencher essas lacunas.

O princípio da verdade real é mais efusivo na esfera criminal do que em qualquer outra, visto que no processo civil, na maioria das vezes, basta ao juiz a apreciação das provas trazidas pelas partes. Nesse sentido Capez (2010, p. 73):

O art. 156,II, com a redação determinada pela Lei n. 11690/2008, faculta ao juiz, de ofício, determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Esse princípio é próprio do processo penal, já que no cível o juiz deve conformar-se com a verdade trazida aos autos pelas partes, embora não seja um mero espectador inerte da produção de provas (vide art. 130 do CPC)

Diante das dificuldades maiores de se coletar as provas e ainda da graves conseqüências que o processo pode trazer para o acusado, se justifica o alargamento e a importância que se dá ao princípio em comento, o que aumenta o nível de cautela na decisão.

Observa-se que, no processo civil, em algumas matérias, escoado o prazo para a resposta do réu sem qualquer ação por parte deste, ocorre a revelia e a confissão ficta, nesse momento o juiz fecha os olhos para qualquer outra prova e aceita os fatos alegados nos autos através da petição inicial.

Nas ações criminais tal circunstância não pode ocorrer, o julgador não pode se furtar de produzir provas, de constituir defesa para o réu, e apenas condená-lo aplicando uma pena desde logo.

Isso se dá porque, enquanto na esfera cível geralmente se discute patrimônio, bem disponível, na esfera penal a liberdade está em jogo, direito que nem o próprio indivíduo pode abrir mão livremente.

1.2.3 A VERDADE REAL COMO PRINCÍPIO NORTEADOR

Não só no processo penal, mas em diversos ramos do direito a verdade real é adotada como princípio norteador, toda vez que se tutela bens indisponíveis, que necessitam de cautela especial no seu trato.

Por se tratar de bens jurídicos de elevado valor, o juiz não pode se dar ao luxo de se conformar com as alegações das partes, ou julgar procedente desde logo a ação em virtude da revelia, sob pena de causar enorme prejuízo à parte.

No direito civil, principalmente no direito de família, é adotado o princípio da verdade real, no tocante a alimentos e paternidade tal princípio é bastante visível. Observa-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça (1991):

Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. STJ, 4ª T., REsp 4.987/RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJU 28.10.91.

No direito do trabalho, se adota o princípio da primazia da realidade, dando mais importância ao que realmente ocorre do que as informações constantes nos documentos formais. Nesse sentido o Tribunal Superior do Trabalho (2003):

No caso concreto, o TRT converteu o rito da demanda de ordinário para sumaríssimo, ignorando o teor do inciso I do art. 852-B da CLT, em clara violação aos termos do preceito, bem como ao princípio da primazia da realidade, que norteia o Direito do Trabalho, segundo o qual o aspecto formal não pode prevalecer sobre a realidade fática. Recurso de Revista conhecido por violação e provido. Decisão por unanimidade, conhecer do recurso de revista por violação do inciso I do art. 852-B da CLT e do princípio da primazia da realidade e, no mérito, dar-lhe provimento para, anulando as decisões expressas na certidão de fl. 43, e no despacho de fl. 56, determinar o retorno dos autos ao TRT de origem, para que outra decisão seja proferida, obedecido o rito ordinário. Prejudicado o exame dos demais temas do recurso de revista. (Decisão: 03 12 2003 Proc: Rr Num: 807797 Região: 15 Recurso De Revista Turma: 05 Órgão Julgador - Quinta Turma)

Destarte, em atenção a esse princípio, o juiz do trabalho deverá ignorar os dados constantes do contrato de trabalho, passando a considerar, em detrimento deste, os elementos que entende expressar a verdade da relação laboral.

No direito tributário também é adotado o princípio em comento, não se conformando com as presunções tributárias e ficções legais, mas dando prioridade a realidade dos fatos. Nesse sentido Menezes (2002, p. 22):

Deve ser buscado no processo, desprezando-se as presunções tributárias, ficções legais, arbitramentos ou outros procedimentos que procurem atender apenas à verdade formal, muitas vezes atentando contra a verdade objetiva, devendo a autoridade administrativa promover de ofício as investigações necessárias à elucidação da verdade material.

Dessa forma, percebe-se que a verdade é priorizada de uma forma global em todo o ordenamento jurídico brasileiro, nos diversos ramos do direito existentes, sempre a relevância do bem jurídico o exigir.

1.2.4 O MITO DA VERDADE REAL

Tendo em vista que o princípio da verdade real incita os sujeitos do processo a buscar reconstruir a cena do crime, e descrever com exatidão cada passo do criminoso, as ações da vítima, e todas as condições de tempo e lugar, após certa força de raciocínio chega-se a conclusão de se trata de tarefa impossível.

De fato, não se concebe a possibilidade de materializar com total precisão fatos pretéritos, que em muitas vezes ocorrem em locais ermos ou somente com a presença do criminoso e vítima, sendo o criminoso o menor interessado que os fatos venham a tona, e a vítima as vezes não escapa com vida.

Igualmente a vítima se apresenta constrangida em revelar o que sabe por receio de novas investidas do seu agressor, ou não quer ver seu agressor punido em razão de laços familiares, caso bastante comum nos crimes de violência doméstica, nos quais a vítima tem como agressor seu próprio marido ou filhos.

Inúmeros são os empecilhos para a obtenção da verdade, mas importa poder perceber que mesmo se todas essas dificuldades não existissem, ainda seria tarefa

inalcançável, posto que reconstruir o passado é e sempre será, na verdade, tentar materializar através de indícios o que se imagina ter acontecido. Nesse sentido Távora (2011, p. 59):

É de se observar, contudo, que a verdade real, em termos absolutos, pode se revelar inatingível. Afinal, a revitalização no seio do processo, dentro do fórum, numa sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos atrás, é, em verdade, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido.

Como foi exposto, ter a verdade de forma irretocável habitando os autos de um processo penal é um ideal inalcançável, entretanto, não é esse o objetivo de se ter adotado a verdade real como princípio norteador do processo penal, mas sim que os trabalhos processuais se aproximem ao máximo de alcançá-la. Nesse entendimento esclarece Marques (1997, p. 254):

Nisto reside o grande drama do processo, visto que o juiz, estranho aos acontecimentos que vai julgar, precisa reconstruir fatos de que esteve ausente, numa operação 'poustiniana' de empírica e *vera ricerca del tempo perduto*. (...) A descoberta da verdade se apresenta, assim, como meio e modo para a reconstrução dos fatos que devem ser julgados, e, conseqüentemente, da aplicação jurisdicional da lei penal.

Fala-se de uma verdade aproximada, baseada na verossimilhança, dando as partes iguais possibilidades de se envolver no processo oferecendo cada qual seus elementos probatórios, sempre observando o contraditório.

Quanto ao juiz, lhe é dado poderes que vão além da mera posição de expectador, detendo capacidade instrutória, mesmo que supletiva, agindo, caso necessário, para suprir a omissão ou desídia de qualquer das partes, extraíndo as informações que entende ser importantes para a formação de seu convencimento.

Portanto, jamais o juiz teria em suas mãos uma reprodução completamente fiel da verdade real para proferir a sentença final lastreada pela certeza, mas sim, dentro da reserva do possível, as provas que mais se aproximam dessa verdade, ao ponto de viabilizar uma decisão com grande margem de segurança e confiabilidade.

2 AS EVOLUÇÕES E RETROCESSOS NA BUSCA PELA VERDADE REAL.

Com o escopo de tornar a dinâmica processual mais justa e eficaz, ao longo do tempo o legislador procedeu a diversas mudanças na legislação processual, principalmente no Código de Processo Penal, introduzindo mecanismos que adequassem a instrução probatória à demanda atual.

Essas mudanças serviram para reparar falhas identificadas cotidianamente na prática forense, algumas visando reduzir custos, outras almejando a celeridade do processo, outras na tentativa de tornar o processo mais justo dando a ele mais precisão nos provimentos jurisdicionais.

No entanto, uma série dessas mudanças colaboraram para a obtenção do principal objetivo da persecução penal, a saber, a descoberta da verdade e aplicação da *justa decisão jurisdicional*, e outras se chocaram frontalmente com tal objetivo, mitigando o princípio da verdade real, além disso, inserindo fagulhas do antigo sistema processual inquisitivo no adotado sistema acusatório brasileiro.

Faz-se, portanto, uma análise não exaustiva de dispositivos que, uma vez inseridos na legislação processual, importaram, em alguns casos, um avanço em direção à verdade real e, em outros, um retrocesso em relação a esta.

2.1 AS MUDANÇAS QUE CONTRIBUÍRAM PARA A VERDADE REAL

2.1.1 A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

O princípio da identidade física do juiz consiste na vinculação do julgador que participou da instrução processual ao processo, devendo proferir a decisão final, impede que outro juiz profira a decisão senão o que acompanhou de perto a produção da prova.

Tal princípio não pertencia ao processo penal até o advento da lei 11.719/2008, fazendo constar no art. 399, § 2º do Código de Processo Penal a seguinte redação: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

O princípio em comento já estava presente em outros ramos do direito, de forma clara no processo civil e no processo do trabalho.

Somente se notava a presença da identidade física do juiz no rito do tribunal do júri, pois os mesmos jurados que assistiam à produção da prova na sessão seriam os mesmos a votar pela condenação ou absolvição do réu. Nesse sentido Capez (2010, p. 79), afirmando que o princípio da identidade física:

Não vigorava no processo penal, salvo no que dissesse respeito ao júri popular, no qual os mesmos jurados que presenciassem a produção da prova testemunhal e assistissem aos debates deveriam julgar os fatos.

No caso do júri popular, a situação não poderia ser diferente, basta notar que os debates entre acusação e defesa durante a sessão do júri são únicos, insuscetíveis de reprodução, as discussões nem sequer não gravadas ou tomadas a termo.

Outros jurados que não presenciaram os debates jamais saberiam o que se passou na sessão, nem sequer tomariam conhecimento claro das teses de acusação e defesa, seria, sem dúvida, um absurdo se a identidade física não devesse ser respeitada.

A partir da mudança pela lei 11.719/2008, deixou a identidade física de habitar restritamente o rito do júri para pairar por todo o procedimento penal, desde o juizado especial, nos crimes de menor potencial ofensivo, até o rito do júri, nos gravíssimos crimes dolosos contra a vida.

A sensibilidade do juiz é bastante importante no momento da colheita da prova, alguns magistrados utilizam-se até mesmo de certos “métodos especiais” para descortinar a verdade por trás da prova apresentada.

Basta observar o trecho seguinte, no qual o magistrado interpreta as palavras da testemunha durante a oitiva para distinguir quando esta está mentindo, aqui não se valora o mérito do meio de interrogatório do magistrado, mas serve apenas de ilustração ao fato de que cada magistrado tem sua sensibilidade própria e muitas vezes a mais adequada para cada ocasião:

Eu não permito nunca que a testemunha conte a história. Não existe essa possibilidade. Eu começo a ordenar. Nós estamos aqui

apurando o acidente que a dona fulana cometeu. O senhor viu o acidente? Se a testemunha começa: "No dia tal..." Não, vamos lá. O senhor vai responder o que eu vou perguntar. O senhor viu o acidente? Isso vai mostrando pra gente que a pessoa que tem a história pronta tem que fazer o *feedback* da história. Ela demora a responder. Você começa a sentir que aquela testemunha é mentirosa. Aí a gente tem que buscar mais tempo. Vai pra técnica do "vamos devagarzinho" ver até onde ela vai. Muitos conhecem e aí começam a explorar outro campo pra saber se existe alguma união entre aquelas testemunhas. É uma técnica de interrogar: não permitir nunca que a pessoa conte a história. Se ela contar a história, a história pronta, bonita, vai comover. Agora, se você fraciona, é diferente: para aquela pessoa que assistiu ao acidente, não interessa a ordem que você pergunte. Ela vai dizer o que ela viu. Mas aquela que montou a história tem que repor a história porque ela não lembra. Então, é uma técnica pra me convencer. Tem que me convencer se aquela testemunha realmente viu ou não viu o acidente. E, pra isso, eu fraciono, não deixo ela contar a história. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 321-341, dez. 2010

No mesmo diapasão, é interessante notar o comportamento do julgador descrito no Manual dos Inquisidores, também retratando o trato do ser humano quando em contato direto com os interrogados e sua força de raciocínio quanto às informações colhidas. Expõe Eymerich (1993, p. 25):

Se o acusado continuar negando, e o inquisidor achar que ele omite seus erros – embora não haja provas –, intensificará os interrogatórios modificando as perguntas. Obterá, deste modo, ou a confissão ou, então, respostas discrepantes. Se obtiver respostas discrepantes, perguntará ao acusado por quê, de repente, responde de um jeito, e depois, de outro: pressiona-o a dizer a verdade, explicando-lhe que, se não ceder, terá que ser torturado. Se confessar, tudo bem. Se não, isso bastará, juntamente com os outros indícios, para levá-lo à tortura e, deste modo, arrancar-lhe a confissão. No entanto, esse tipo de interrogatório – privilegiando as respostas discrepantes – deve ser reservado, de preferência, para os acusados que se revelarem claramente teimosos, porque é fácil, efetivamente, mudar as respostas quando se é perguntado muitas vezes sobre vários assuntos ao mesmo tempo; e sempre os mesmos assuntos, e em ocasiões diferentes

Não há dúvidas que a proximidade do magistrado às partes e ao acusado contribui para descortinar a verdade, permitindo a leitura de elementos que alguém que somente vê o termo de audiência não pode alcançar.

2.1.2 A PERSECUÇÃO PROBATÓRIA DE OFÍCIO PELO JUIZ, ART. 156 DO CPP

A reforma trazida ao Código de Processo Penal pela lei 11.690/08 alterou a redação do art. 156, permitindo ao magistrado, mesmo que em fase de investigação criminal, determinar a produção antecipada de provas reputadas urgentes, tendo em vista o não perecimento das mesmas, ou ainda determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Tal disposição visa evitar que as provas pereçam ao longo do tempo, sendo impossíveis de serem coletadas posteriormente, e com isso prejudique a apuração do delito de tal forma que não existam elementos para que se embase uma decisão.

Através do dispositivo, visualizam-se situações como uma testemunha de idade avançada ou com enfermidade grave que, com o passar do tempo pode vir a falecer, ou mesmo perícias ou reconstituição dos fatos em locais prestes a sofrer modificações físicas.

Igualmente se pode pensar no caso em que o juiz não se satisfaz com os documentos apresentados e determina a juntada de outros mais, ou quando deseja ouvir mais testemunhas que entende poderem contribuir para a elucidação do fato.

Sem sombra de dúvidas, a inovação processual que deu maiores poderes ao juiz para encontrar a verdade real no âmbito penal foi feita pelo art. 156 do CPP, que, diante das provas já a sua disposição, age por impulso próprio para remendar as lacunas de seu convencimento com os elementos que ele mesmo entende necessários.

Acréscimo oriundo de nítida influencia do princípio da verdade real, acostase ao Código de Processo Penal sob a alegação de que assim poderão ser diminuídos os casos de erros judiciários. No mesmo diapasão Távora (2011, p. 59):

Além disso, a realidade nos demonstra que o juiz, exercendo suas atividades em Vara Cível, tem nitidamente menor preocupação em produzir provas de ofício, especialmente quando cuida de interesses patrimoniais, aguardando a atitude positiva das partes nesse sentido. Por outro lado, na esfera criminal, ainda que o réu admita o teor da acusação, o juiz determinará a produção de provas, havendo um cuidado maior para não levar ao cárcere um inocente, visto que estão em jogo, sempre, interesses indisponíveis. O processo Penal não se conforma com ilações fictas ou afastadas da realidade. O magistrado pauta o seu trabalho na reconstrução da verdade dos

fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de Justiça.

Sendo o magistrado a pessoa incumbida de julgar o caso, é indispensável que este conheça de forma irretocável os fatos ocorridos, o convencimento e a certeza que formarão a sentença partirão do julgador e não das partes.

Por essa razão é que se faz importante que o julgador participe, mesmo que de forma supletiva ou subsidiária da produção de provas, levando em consideração que ele será o melhor agente a atrair as provas que o influenciarão na confecção da decisão.

As partes não são capazes de conhecer com exatidão a mente do julgador, e todos os pontos que este necessita para estar satisfeito e se sentir pronto para declinar suas convicções sobre uma sentença condenatória ou absolutória. Destarte, acrescenta Moreira (2003, p. 95):

Ao juiz incumbe precipuamente julgar. Que é julgar? Julgar é aplicar a norma ao fato. Então, é preciso que o juiz conheça tanto a norma quanto o fato. Isto está dentro da sua função precípua.

Se o conhecimento dos fatos é o fator principal para que o juiz profira sua decisão, a faculdade de determinar diligência para alcançar os fatos pode proporcionar um contato muito maior com a verdade, dirimindo as dúvidas que surgirem.

2.1.3 A PROIBIÇÃO DE CONDENAÇÃO BASEADA UNICAMENTE NA CONFISSÃO DO ACUSADO

A confissão é o ato voluntário, expresso e pessoal, em que o suposto autor do ilícito penal reconhece a autoria do crime que lhe é imputado, admitido como meio de prova para a elucidação dos fatos.

Para isso, o agente deve reconhecer a autoria livre de qualquer coação, seja psicológica (*vis compulsiva*) física ou (*vis absoluta*), de forma inequívoca,

expressamente nos autos, e ainda deve ser o próprio agente a expressar sua confissão, sendo impossível ser feita por procurador ou mandatário.

É importante ressaltar que a confissão é feita durante o processo penal, a confissão em fase de inquérito policial é tida como autoacusação, que se for falsa importa no cometimento do crime tipificado do art. 341 do Código Penal.

A confissão pode ser judicial ou extrajudicial, aquela é feita perante o juiz da causa, enquanto esta é feita durante as investigações, inquérito policial ou CPI, é a autoacusação, que somente surte efeitos se for confirmada durante o processo.

Em tempos pretéritos, a confissão era tida como prova absoluta, que subjugava todas as demais, a partir do momento que se realizava a confissão do crime, não fazia mais sentido colher e apreciar outras provas.

No entanto, as confissões na maioria das vezes eram colhidas mediante tortura, e mesmo que todas as evidências descrevessem um cenário de inocência, como a confissão era insuperável, o indivíduo era encaminhado a execução.

Basta lembrar o livro clássico “O Nome da Rosa”, do autor Umberto Eco, o qual narra a situação em que os juízes conhecem da inocência dos acusados, mas ao passo que havia a confissão, mesmo que mediante tortura, aqueles julgadores estavam adstritos a decidir pela condenação.

Atualmente não é aceita a condenação do réu com base unicamente na sua confissão, devendo o juiz confrontá-la com todas as demais provas constantes nos autos, para enfim, construir o seu convencimento.

Este raciocínio se deve a razões óbvias, adquiridas dos grandes erros judiciais ocorridos no passado, a saber, nem todo acusado que confessa a autoria realmente é o responsável pelo crime.

Várias razões poderiam levar o réu a confessar falsamente, a coação seria a mais comum delas, a física (*vis absoluta*) se tornou mais difícil de ser obtida em razão da necessidade de alguns requisitos como a declaração expressa e pessoal perante o juiz e ainda a possibilidade de retratação.

Porém, a coação moral (*vis compulsiva*) pode ser facilmente visualizada, a exemplo do verdadeiro autor do crime que ameaça o réu a confessar o crime que não cometeu sob pena de ver mortos alguns membros de sua família.

Outra razão pelo qual o réu confessaria falsamente seria o caso de ser o autor de crime mais grave ocorrido no mesmo espaço temporal, o réu confessa o crime menos grave, que servirá de álibi para o mais gravoso.

Esta proibição de condenação unicamente em razão da confissão guarda íntima relação com o princípio da verdade real, vez que a realidade dos fatos em várias circunstâncias se escondem por trás da confissão do réu.

A confissão passa a ser um meio de prova com valor semelhante aos demais, não mais sendo prova cabal e unicamente suficiente para uma condenação imediata. Nesta senha trilha o entendimento de Távora (2011, p. 416):

Não existe mais hierarquia entre as provas, sendo a confissão mais um meio probatório, e na sua apreciação o magistrado deverá confrontá-la com as demais provas do processo, para aferir se há compatibilidade entre elas (art. 197, CPP), dando o devido valor à confissão apresentada. A confissão perdeu o status de prova absoluta, e como as demais, seu valor é relativo, cabendo ao juiz a justa valoração.

Tal entendimento foi inserido na exposição de motivos do Código de Processo Penal, em seu Item VII, extinguindo a hierarquia entre as provas, dando a elas um status igualitário, para que se completem no contexto processual, evitando os abusos e decisões destituídas de um padrão de Justiça.

Pelos mesmos motivos, na atualidade do processo penal brasileiro não se admite confissão tácita, que seria aquela que surge da não manifestação por parte do acusado em relação a inicial acusatória, inclusive o disposto no art. 198 do CPP, que admite ser o silêncio elemento formador do convencimento do juiz não tem mais aplicação.

Tal entendimento surge do princípio da presunção de inocência, do direito do réu de não produzir prova contra si mesmo, e ainda do novo art. 186 do Código de Processo penal que dispõe que o silêncio não pode ser interpretado em desfavor da defesa.

Com efeito, a verdade real se tornou mais possível de ser alcançada através de tais evoluções, uma vez que o juiz buscará elementos além do que lhe é apresentado, inclusive na tentativa de constatar a veracidade da confissão cada vez que lhe é apresentada.

O avanço impede que o julgador precipitadamente profira decisão antes de colecionar uma série de outras provas, e somente quando a certeza da culpa ficar estampada no arcabouço probatório que guarda os autos, a partir desse momento se pode prosseguir na condenação.

Através de seu convencimento diante do conjunto probatório, pode o juiz afastar a confissão e proferir sentença absolutória, da mesma forma, mesmo o réu tendo se retratado de sua confissão em juízo, pode o julgador desconsiderar tal retratação e proceder a condenação.

Deixa o juiz de estar com suas mãos acorrentadas a determinadas espécies de provas e passa a se ver livre para extrair a verdade das entrelinhas, possibilitando sentenças mais conformadas com a verdade real.

2.1.4 – DA EXIGÊNCIA DO EXAME DE CORPO DE DELITO (DIRETO OU INDIRETO)

O exame de corpo de delito faz parte do grupo de perícias que podem ser realizadas no curso da ação penal, ao lado do exame de insanidade mental, laboratoriais, nos instrumentos do crime, entre outros, mas foi destacada pelo legislador devido a sua grande importância.

Assim como qualquer outra perícia, deve ser realizada por pessoa com o conhecimento científico, técnico, prático acerca da matéria ou área do conhecimento da qual é objeto do exame, a fim de dar solução à questão.

Entende-se por corpo de delito todos os vestígios deixados pelo cometimento da prática criminosa, são os elementos que podem ser objeto de análise pelo profissional perito e que, tendo relação com o fato, podem auxiliar na elucidação do crime. Segundo o entendimento de Feitoza (2008, p. 636):

Corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais ou sensíveis deixados pela infração penal ou, em outras palavras, é materialidade da infração penal. O vocábulo corpo, nessa expressão, significa conjunto, e não especificamente o corpo de uma pessoa.

O exame de corpo de delito pode ser direto, quando se tem à disposição o próprio corpo de delito e os peritos agem sobre ele, realizando suas devidas análises para chegar a sua conclusão a respeito e elaborar seu laudo.

Como exemplo do exame de corpo delito direto é no caso do crime de homicídio do qual se encontrou o cadáver da vítima, no caso de lesões corporais em

que a vítima se submete ao exame, ou ainda no crime de furto com destruição de obstáculo, no qual o obstáculo rompido é objeto do exame.

É também possível a realização do exame na sua forma indireta, que se dá quando não tem à disposição o corpo de delito, pois este pereceu, não mais sendo possível o contato direto pelos peritos.

O exame de corpo de delito indireto é realizado através de meios acessórios, a exemplo das lesões corporais que já estão saradas, e que se realiza o exame através de fotos tiradas à época do ocorrido.

Entende-se por corpo de delito indireto o conjunto de registros dos vestígios sensíveis deixados pelo crime como termos de depoimento de testemunhas, prontuários médicos, fotografias, enquanto que o corpo de delito direto são os próprios registros sensíveis que subsistiram da prática criminosa.

O exame é dispensado nos crimes que não deixam vestígios por absoluta impossibilidade de ser realizado, pela falta do próprio corpo de delito, no entanto, nos delitos que deixam vestígios sua realização é indispensável sob pena de nulidade absoluta, nos termos do art. 564, III, "b", do Código de Processo Penal. Sobre o assunto, ensina Tourinho (2009, p. 539):

A forma imperativa usada pelo legislador no artigo em estudo – Será indispensável o exame de corpo de delito – revele, de logo, a necessidade de se lhe proceder ao exame, quando a infração deixar vestígios. Tão importante é esse exame que o legislador, no art. 564, III, "b" do CPP, erigiu sua ausência à categoria de nulidade insanável.

Esta veemente insistência do legislador em exigir a realização do exame está umbilicalmente atrelado ao princípio da verdade real, principalmente ao proibir que a confissão do acusado supra a presença do exame, nos termos do art. 158 do CPP: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado".

Tal disposição legal busca evitar que a confissão do réu mascare a realidade do corpo de delito, ou mesmo que seja impreciso ao ponto de restar dúvidas quanto ao seu estado, vez que, havendo a possibilidade do exame, não há nada mais preciso do que o laudo confeccionado pelo profissional perito.

Somente na total impossibilidade de realizar-se o exame de corpo delito direto, por haverem desaparecido os vestígios, é que se pode supri-lo por prova testemunhal, nos termos do parágrafo único do art. 328 do CPP, ou seja, enquanto houver vestígios é exigido o exame.

A respeito de quando os vestígios não mais existem, não se pode deixar, por essa razão de buscar a verdade por outros meios idôneos. O Supremo Tribunal Federal invoca o princípio da verdade real para admitir a prova testemunhal para suprir o exame direto:

O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos da *persecutio criminis*, notadamente os de natureza testemunhal ou documental. Os postulados da verdade real, do livre convencimento do magistrado e da inexistência de hierarquia legal em matéria probatória admitem e legitimam – consoante orientação firmada pela Suprema Corte – a utilização da prova testemunhal, da prova documental e, até mesmo, da confissão do próprio réu, como elementos hábeis ao válido suprimento da ausência do exame pericial de corpo de delito. Precedentes: RTJ 84/425, 89/109, 103/1.049 e 112/167. O magistrado sentenciante pode, em consequência – e desde que não mais subsistam os vestígios materiais da infração penal – recorrer, para efeito de prolação de seu ato decisório, a outros meios de convicção, não obstante a ausência de exame pericial. A falta do laudo pericial não deve conduzir, necessariamente, à decretação da nulidade do processo. (RT 688/391)

A decisão do legislador em impor tanta rigorosidade quanto ao exame do corpo de delito tem por finalidade fazer com que exista o exame pericial em quase a totalidade dos processos criminais, levando em conta que a perícia é dotada de alto grau de precisão.

Igualmente tem o cunho de evitar casos como o dos “irmãos naves”, os quais foram acusados da prática de um homicídio, mas foram julgados e condenados sem que fosse encontrado o corpo de delito.

Tal episódio se tornou um dos mais conhecidos casos de erro judiciário ocorrido na história deste país, sobretudo a partir do momento em que se descobriu que os condenados eram inocentes e a suposta vítima foi encontrada viva, já que passara a viver em outro país.

2.2 AS MUDANÇAS QUE DIFICULTARAM A BUSCA PELA VERDADE REAL

2.2.1 O INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA

O implemento do interrogatório do réu por videoconferência, realizada pela Lei 11.900/2009, de duvidosa constitucionalidade, que teve como objetivo a celeridade processual e a redução de custos com transporte do réu preso culminou em grande retrocesso na busca da verdade real. No entendimento de Rangel (2009, p. 527):

Flagrantemente inconstitucional, também, neste aspecto, o interrogatório por videoconferência por vedar o acesso do réu à colheita da prova, em audiência. Os princípios da concentração e da oralidade exigem que o réu esteja presente à audiência para a perfeita realização dos atos probatórios, salvo se ele for revel. O legislador, em vez de criar mecanismos de proteção de direitos, facilita sua violação. Pensar que o presídio será ambiente sadio e de proteção dos direitos do preso é viver na utopia. Quanto mais se relativizam os direitos, mais serão violados.

A presença física do juiz, o contato direto deste com o réu causa grande influência no alcance da verdade, pois o juiz se utilizará de sua percepção que vai muito além de somente ouvir as palavras proferidas pelo acusado, a forma com que se fala, a expressão corporal, e a maneira de olhar podem revelar fatos que as palavras não descrevem, a simples presença do juiz já provoca uma alteração no ânimo da pessoa que pretende faltar com a verdade.

A adoção do interrogatório por videoconferência vai em direção exatamente avessa ao princípio da identidade física do juiz, grande parte das vantagens que este princípio proporciona não desconstruídos pela dinâmica da oitiva a distancia, ou seja, os dois dispositivos têm posturas diametralmente opostas.

Enquanto a identidade física do juiz tem a finalidade de aproximar o julgar do acusado, o interrogatório por videoconferência impõe uma distancia ainda maior, anulando parte das vantagens que aquela proporcionara.

2.2.2 A TRANSAÇÃO PENAL

A Constituição Federal, em seu art. 98, I, permitiu que os Estados criassem os Juizados Especiais Criminais, com competência para julgar os crimes de menor potencial ofensivo, utilizando-se de procedimento oral e sumaríssimo e abrindo a possibilidade de transação penal.

Inovação trazida pela lei dos juizados especiais criminais, Lei 9099/95, o implemento da transação penal permite que o Ministério Público, nos termos do art. 76 da referida lei, proponha ao acusado da prática de crime, a aplicação imediata de pena restritiva de direitos, e quando aceita importa no não prosseguimento da ação penal.

Para que a transação seja possível, nos crimes cuja pena culminada não ultrapasse os 2 (dois) anos, é necessário o concurso dos requisitos do art. 76 da referida lei, sendo necessário que o autor não tenha sido condenado anteriormente a pena privativa de liberdade, não tenha sido beneficiado, nos últimos 5 anos, pela transação penal e que seus antecedentes, conduta social e personalidade sejam compatíveis com a medida.

O rito da lei 9.099/95 consiste em três fases distintas: fase preliminar, art. 69; procedimento sumaríssimo, art. 77 e execução, art. 84. A transação é prevista para a fase preliminar, gerando a despenalização da conduta.

Antes da proposta de transação, tendo a prática do delito causado danos à vítima, em sendo ação privada ou pública condicionada, é proposta a composição civil, em que o acusado se obriga a reparar o dano causado que será homologado pelo juiz acarretando a renúncia do direito de oferecer queixa ou representação.

Em se tratando de pública incondicionada ou não havendo composição civil dos danos, passa a proposta de transação penal pelo Ministério Público, a fim de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da lei 9.099/95:

Art. 76: Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o

Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Com a aceitação da proposta de transação penal por parte do acusado, o Ministério Público simplesmente abre mão da persecução penal, implica dizer que as provas não serão colhidas nem apreciadas, não haverá interrogatório, ou seja, não será possível saber se o acusado era culpado ou inocente, a verdade jamais será alcançada.

A transação importa em uma segunda tentativa, após a proposta de composição civil dos danos, de impedir o curso da ação penal, dando o legislador preferencia a reparação do dano cível e a conciliação em audiência. Segundo o entendimento de Damásio (1996, p. 76):

O instituto da transação inclui-se no 'espaço de consenso', em que o Estado, respeitando a autonomia de vontade entre as partes, limita voluntariamente o acolhimento e o uso de determinados direitos. De modo que esses princípios não devem ser considerados absolutos e sim relativos, abrindo espaço para a adoção de medidas que, em determinado momento, são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como da criminalidade, economia processual, custo do delito, superpopulação carcerária, etc.

Esta transação penal acaba por aplicar pena sem se utilizar do processo, no entanto, própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIV, dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O prof. Miguel Reale Jr. (1997), comenta, em seu artigo intitulado "Pena sem Processo", que a transação trata-se de mecanismo que viola essa proteção constitucional, deixando sua crítica sobre o assunto.

O advento da transação penal pela lei 9.099/95 trouxe evidente mitigação do princípio da verdade real, em que o ministério Público abre mão da persecução penal, aplicando desde logo pena não privativa de liberdade.

Pelo princípio da indisponibilidade da ação penal, o *parquet* não pode, estando presentes os requisitos para a deflagração da ação penal, abrir mão de sua função deixando de instaurá-la, uma vez que o Estado e a sociedade tem interesse em apurar os delitos cometidos no seio da sociedade, identificando e punindo os infratores.

Tal instituto despenalizador importa em clara exceção ao princípio da disponibilidade, afastando momentaneamente, nos em que é aplicável, princípio da verdade real, que prima pela solução do caso ao invés da conciliação entre as partes envolvidas.

2.2.3 VEDAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

O Código de Processo Penal, em seu art. 157, dispõe que são inadmissíveis as provas ilícitas, entendidas estas como as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo ser desentranhadas do processo.

O código também considera inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, seguindo o princípio do direito americano do “*fruit of the poisonous tree*”, a teoria dos frutos da árvore envenenada, tratando como imprestáveis as provas que das provas ilícitas se originam. Nesse sentido observa Capez (2010, p. 347):

Essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” – *fruit of the poisonous tree* -, segundo o qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. A partir de uma decisão proferida no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais.

A lei faz a ressalva, quanto a utilização dessas provas derivadas, nos casos em que não se evidencia nexo de causalidade entre a provas ilícitas e as derivadas delas ou quando puderem ser obtidas por fonte independente, são as teorias da “*independent source’ imitation*” e da “*inevitable discovery’ limitation*”, respectivamente.

Apesar de que, por política criminal, as provas ilícitas sejam inadmissíveis no processo, trazem à baila a verdade dos fatos, pois muitas vezes essas provas são encontradas ilegalmente por serem tão importantes, são guardadas a sete chaves pelos criminosos, tornando-as extremamente difíceis de serem descobertas pelos meios convencionais.

Mas quando são reveladas, essas provas trazem consigo um grau tão elevado de informações esclarecedoras quanto ao fato criminoso que ilumina de certeza o julgador que tem contato com ela, no entanto, este não a pode utilizá-la pode ser prova vedada.

É tão verdade que as provas ilícitas trazem para o processo a verdade que somente é vedada em desfavor do réu, restando a possibilidade, muitas vezes, de ser utilizada na defesa do acusado quando esta revela sua inocência. Acerca dessa mitigação, bom observar Távora (2011, p. 362):

O intuito da busca da verdade real e a amplitude da produção probatória, fazendo-se aproveitar outros meios de prova que não disciplinados no CPP, encontram limites. A carta Magna, no seu art. 5º, inciso LVI, traz o principal obstáculo, consagrando a inadmissibilidade, no processo, 'das provas obtidas por meios ilícitos'.

Diante de uma prova ilícita que revela a inocência do acusado é de bom alvitre que essa seja utilizada, basta raciocinar que a coação sofrida pelo réu quando lhe é imputada falsamente uma conduta criminosa é manifestamente ilegal e a utilização de tal prova importaria em exercício da legítima defesa.

Entende-se que a verdade se encontra revelada diante das provas ilícitas, que são geralmente irrefutáveis e não se quer lançar um inocente atrás das grades quando essa prova surge a seu favor.

Neste trabalho não há pretensão de discutir se as provas obtidas por meios ilícitos devem ser utilizadas ou não, a discussão gira em torno apenas da verdade que ela traz ao processo, relacionando-a com o princípio da verdade real.

3 A INFLUÊNCIA DA VERDADE REAL NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO.

Segundo os ditames da Constituição Federal de 1988, combatente da ditadura militar, e avesso aos princípios opressivos do cidadão e garantidora dos direitos e garantias individuais, está consagrado os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, características do sistema acusatório.

Faz-se a análise do sistema acusatório proposto pela lei maior e sua mitigação, transformação, em razão da influencia do princípio da verdade real, em um sistema acusatório com um toque de inquisitivo.

3.1 O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Dentre os sistemas processuais existentes, a doutrina brasileira aponta o sistema acusatório como o consagrado na Constituição Federal, separando as funções de acusar, defender e julgar para sujeitos distintos, e ainda trazendo no seu texto os princípios do contraditório e ampla defesa.

No sistema penal brasileiro o juiz é tido como um órgão imparcial, destinatário da prova, que o analisará através de seu livre convencimento motivado, características do sistema acusatório. Nesse diapasão ensina Távora (2011, p. 42):

Com origem que remonta ao Direito Grego, o sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Tem por características fundamentais: separação entre funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos.

Uma característica que marca bastante o sistema acusatório é a figura do Ministério Público, a presença do órgão acusador que é responsável pelo próprio nome do sistema processual.

O Ministério Público, também conhecido como *parquet*, é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da

ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais, conforme o art. 127, caput, da CF/88.

Surge o Ministério Público no Brasil da evolução do estado de direito e da democracia, no Brasil colônia não existia a figura do parquet, foi-se perceber sua primeira aparição nas Ordenações Manuelinas, em 1521, e nas Ordenações Filipinas, em 1620, que se referiam aos promotores de justiça e já lhe atribuíam poderes de persecução penal.

Mais adiante, o Código de Processo Penal do Império consagrou o Ministério Público, descrevendo as suas ações, com o advento do decreto n. 848/1890, foram delimitadas suas atribuições e competências em âmbito federal.

A Constituição Federal, em seu art. 129, I, afirma ser função institucional do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, dando ao parquet a titularidade da ação penal pública.

Tal circunstância caracteriza o sistema acusatório, a figura de um titular da ação penal, que tem competência exclusiva de proceder à acusação, retirando tais atribuições da esfera de competência do juiz, ficando este imparcial. Bom observar Bueno (1991, p. 28):

O processo do tipo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual se contrapõem a acusação e a defesa, num duelo judiciário caracterizado pela igualdade das posições e dos direitos das duas partes contrapostas sobre as quais se ergue, moderador impassível, o juiz. A este último não se reconhece nenhum poder de iniciativa na obtenção da prova, cujo ônus cabe tão-só ao acusador.

As atribuições do Ministério Público na seara processual penal não se limitam a propositura da ação penal, oferecendo a denuncia, mas, obviamente no tocante a produção das provas indispensáveis para o desempenho da função de acusar, isentando o juiz dessa função, impedindo que o julgador se torne um inquisidor ao relacionar-se com a prova de acusação. Nesse sentido CHOUKR (1997, p. 74):

a cobrança pela eficácia (ou não) da repressão deve recair sobre quem deve ter a obrigação de agir, significando aqui não apenas a atribuição constitucional de promover a ação, mas sim de alimentá-la com as provas necessárias para o convencimento do julgador.

Tais elementos, como os princípios adotados pela Constituição Federal e a presença do Ministério Público como titular da ação penal pública, como foi visto, são apontados pela doutrina como características marcantes que determinam ser o sistema processual Brasileiro o acusatório.

No entanto, como será notado, as modificações feitas ao longo do tempo, a fim de tornar o processo penal mais eficiente e justo, essencialmente por influencia do princípio da verdade real, tem modificado o sistema acusatório brasileiro, transformando-o em um sistema acusatório com resquícios inquisitivos.

3.2 O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E O SISTEMA MISTO

O sistema misto, como foi explanado anteriormente reúne características marcantes do sistema acusatório e inquisitivo, sendo dotado de três fases: a investigação preliminar (*de la policie judiciaire*), - a instrução preparatória (*instruction préparatoire*); - e o julgamento (*jugement*), sendo as primeiras secretas e de caráter inquisitório, e somente esta última dotada de contraditório, caráter acusatório.

Não se pode dizer que o sistema brasileiro é o misto, pois este é caracterizada por uma fase secreta, escrita, de investigação inquisitória feita pelo juiz, o que não ocorre no sistema brasileiro.

Apesar da existência do inquérito policial de caráter inquisitório, este não é processo e todas as suas provas deverão passar pelo crivo do contraditório na verdadeira fase processual, não podendo, sozinho, servir de base para condenação. É o entendimento do Supremo Tribunal Federal (2010)

A Turma iniciou julgamento de habeas corpus em que se questiona condenação fundada unicamente em elementos colhidos na fase investigatória. No caso, o paciente, absolvido pelo juízo monocrático, tivera sua sentença reformada pela Corte estadual — que o condenara a 27 anos de reclusão —, com base em depoimentos colhidos no inquérito, muito embora houvessem sido refutados em juízo. O Min. Marco Aurélio, relator, concedeu a ordem. Inicialmente, superou a preliminar suscitada pelo Ministério Público Federal no sentido do não conhecimento da impetração, porque demandaria revisão dos elementos probatórios coligidos no processo. Reputou que, do contrário, ter-se-ia violência ao princípio do acesso ao

Judiciário, o qual visa afastar lesão ou ameaça de lesão a direito. Em seguida, considerou que elementos coligidos em sede de inquérito policial, sem o indispensável contraditório, esvaziados por completo em juízo, não serviriam à condenação. Salientou que o paciente fora condenado sem que fosse apresentada contra si, em juízo, prova de fato criminoso e demonstrada a culpa. Após, pediu vista dos autos o Min. Dias Toffoli. (HC 96356, rel. Marco Aurélio, 24.8.2010, 1.T info. 597)

Ademais, o inquérito policial é presidido pelo delegado de polícia com o auxílio dos demais agentes policiais, que será utilizado pelo Ministério Público, nas ações públicas, ou o ofendido nas ações privadas, em caso de deflagração da ação penal.

No inquérito policial o magistrado permanece imparcial quanto a colheita dos indícios, permanece inerte, já no sistema misto isso não ocorre, a fase inquisitória é presidida pelo próprio julgador.

Apesar de reconhecer aspectos inquisitórios no processo penal pátrio, como será discutido adiante, a doutrina, em fatal unanimidade, não é adepta de que foi adotado o sistema misto, prefere sustentar a adoção do sistema acusatório.

3.3 UM SISTEMA ACUSATÓRIO COM RESQUÍCIOS INQUISITIVOS

Para os adeptos da teoria da evolução de Darwin, o homem é produto do que se entende pela adaptação, no decorrer de milhares ou milhões de anos, da evolução dos primatas antigos, nômades que se apoiavam em quatro patas e possuíam calda.

Esta é a explicação científica para uma série de semelhanças entre o homem e alguns primatas, que vão desde similaridades genéticas até particularidades físicas presentes no homem hodierno que faz lembrar os antigos primatas.

Estas semelhanças podem ser consideradas resquícios de que um dia nossa raça e aqueles primatas pertenciam a um grupo só, e somente pela evolução das espécies, tomaram rumos distintos.

De igual maneira, cada dispositivo descrito neste trabalho que traz consigo a tendência de unir funções processuais (defesa, acusação e julgamento), dar

liberdade ao juiz para investigar e colher provas, limita a publicidade e retira o contraditório a ampla defesa do acusado, são resquícios de um sistema inquisitório que aparentemente estava morto, mas permanece misturado aos dispositivos da nossa legislação. Nesse sentido comenta Prado (2006, p. 140):

O artigo 156 do Código de Processo Penal Brasileiro, em sua parte final, que contempla o juiz com poderes probatórios, na linha do art. 209 do mesmo código, é fruto do processo penal do estado novo, período autoritário em que a supressão das liberdades contava com o apoio do Sistema de Justiça Penal, para fazer valer os interesses da ditadura Vargas.

Já há algum tempo a doutrina discute os reflexos que o sistema inquisitivo ainda reluzem no nosso processo penal, resquícios inquisitórios emergem das mãos do legislador enquanto este busca alcançar a verdade para o processo. Nesse sentido, leciona Rangel (2009. p. 53):

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual.

No capítulo anterior deste trabalho, foram analisados vários dispositivos que representaram contribuições e outros, retrocessos para a busca da verdade real. Com efeito, primordialmente os que contribuem para a verdade são aqueles que transem consigo uma carga de inquisitorialidade.

Basta notar que são as inovações que transferem poderes de produção e prova ao juiz os apontados pela doutrina como mitigações ao sistema acusatório, e os mesmos auxiliam a descoberta da verdade.

O art. 156 do CPP, que permite ao magistrado ordenar de ofício provas consideradas urgentes e determinar diligências e o art.311 do mesmo diploma legal

que dá ao juiz o poder de determinar a prisão do acusado e conceder habeas Corpus são evidentes mitigações ao sistema processual adotado pelo Brasil. Observa o professor Távora (2011, p. 43):

É de se ressaltar, contudo, que não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um espectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, e podendo, de outra banda, conceder habeas corpus de ofício e decretar prisão preventiva, bem como ordenar e modificar medidas cautelares.

Facilmente na doutrina se encontra autores defendendo que é inquisitivo o sistema em que o juiz busca, colecciona e valora a prova penal, não se podendo falar em acusatório, pelo menos não puro, o que tais características adota. Nesse diapasão Ferrajoli (1995, p. 564) afirma que "A la inversa, llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas."

Tais dispositivos ainda ferem o princípio da inercia, nesse sentido leciona Tourinho Filho (2008, p. 107):

Quando o juiz decreta a prisão preventiva sem provocação de ninguém, não estará ele exercendo o direito de ação penal cautelar? Sua decisão não será uma resposta jurisdicional dada a si próprio? Quando ele concede *habeas corpus* de ofício, não estará, também, dando uma resposta jurisdicional a ele mesmo? Quem provocou esta atividade jurisdicional?

Nesse sentido é importante notar a Lei 9.034 de 3 de maio de 1995, que trouxe em seu bojo dispositivo bastante interessante para a abordagem do tema, dando poderes de investigação a juiz. Nota-se o art. 3º, Caput: "Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça".

O artigo citado remete o leitor ao inciso III do art. 2º da mesma lei, que trata do acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, permitindo o magistrado realizar a diligencia de ofício e pessoalmente.

Trata-se de flagrante medida inquisitória, clássica do antigo sistema em que o juiz tinha poderes de investigações ilimitados, excluindo-se totalmente a publicidade dos atos, reaparece a figura do juiz inquisidor.

Tão clara foi a afronta causada pelo legislador ao sistema acusatório que gerou a proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 1570-2, cuja decisão na íntegra encontra-se em anexo, que declarou inconstitucional o art. 3º da Lei 9.034/95 por afronta ao sistema acusatório. Observa-se o Julgado do Supremo Tribunal Federal:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 9034/95. Lei Complementar 105/01. Superveniente. Hierarquia Superior. Revogação Implícita. Ação Prejudicada, em Parte "Juiz de Instrução". Realização de Diligências Pessoalmente. Competência para Investigar. Inobservância do Devido Processo Legal. Imparcialidade do Magistrado. Ofensa. Funções de Investigar e Inquirir. Mitigação das Atribuições do Ministério Público e das Polícias Federal e Civil. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.

O artigo declarado inconstitucional havia ressuscitado o juiz inquisidor, dando-o funções próprias do Ministério Público e das Polícias Judiciárias, ferindo o sistema de partes, o *actum trium personarum*, idealizado pelo sistema acusatório. Observa-se Grinover (2002, p. 92):

Não se cuida, por óbvio - como adverte ANTÔNIO JANYS DALL'AGNOL JÚNIOR - "de um sistema inquisitorial puro, mas do acolhimento de regras que concitam o magistrado a um papel ativo no processo, independentemente da exigência de imparcialidade, resguardada por outros princípios, como o do contraditório, o da publicidade dos atos processuais e o da motivação dos provimentos judiciais.

Como já foi acentuado, o Brasil adotou notadamente o sistema acusatório para nortear sua sistemática processual penal, extraindo seus fundamentos da Constituição Federal de 1988 que consagrou os princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, entre outros, visando dar paridade de armas aos sujeitos do processo, acusador e réu, e preservar a imparcialidade do juiz.

Com a valorização do princípio da verdade real, o legislador, buscando aumentar o grau de conformidade das sentenças judiciais com a realidade e o teor de justiça dos provimentos jurisdicionais, lançou mão de mecanismos para a consecução destes objetivos que acabaram por desvirtuar o sistema acusatório defendido pelo direito processual penal brasileiro.

As mudanças trazidas pelo legislativo à legislação processual inseriram uma dose de princípios e características do antigo sistema inquisitório, dando poderes de iniciativa probatória de ofício ao juiz, assim como dispensando o processo penal para passar a aplicar desde logo pena ao acusado, caso típico da transação penal.

Portanto, entende-se que o sistema processual brasileiro, em função da influencia do princípio da verdade real e da inovações por ele trazidas ao longo do tempo, se afasta paulatinamente do sistema acusatório puro e cada vez mais se apresenta como um sistema acusatório mitigado.

Pela permanência de elementos semelhantes a estes na legislação processual vigente que se diz que o sistema processual não é o acusatório nos moldes clássicos e idealizado pela Constituição Federal, a tentativa do legislador de dar paridades de armas às partes e realizar um procedimento justo e equânime, mitigou o sistema brasileiro o tornando em um sistema acusatório com resquícios inquisitivos.

CONCLUSÃO

Tendo como objetivo uma melhor compreensão do direito processual penal brasileiro, os estudos e pesquisas realizados acerca das matérias objeto desse trabalho permitiram o alcance de uma série conclusões importantes que passam a ser demonstradas.

Ao longo das pesquisas foi possível depreender que, durante a evolução histórica do processo penal ao redor do mundo, foram adotados três grandes sistemas processuais, a saber, o sistema acusatório, o sistema inquisitivo e o sistema misto.

Ficou esclarecido que a Constituição Federal de 1988 idealizou, para ser adotado na processualística brasileira, o sistema acusatório, tendo em vista que deu ao acusado a garantia da ampla defesa e contraditório, e, ainda, instituiu o Ministério Público como titular da ação penal, no art. 129, I, da CF, características típicas do sistema citado.

Entendeu-se, igualmente, que o direito processual pátrio adotou a verdade real como princípio norteador, levando em consideração que seu objeto é primordialmente a tutela de bens indisponíveis, o que justifica a busca pela pura verdade dos fatos, a fim de que as decisões sejam dotadas de um grau mais elevado de exatidão e, conseqüentemente, de Justiça.

Por essa razão, o processo de âmbito penal não se conforma com a verdade puramente formal consistente na interpretação literal dos documentos presentes nos autos, mas procura ir mais além, na tentativa de reconstruir a cena do crime e revelar exatamente como o fatos ocorreram.

Foi discutido que o princípio da verdade real, no contexto do ordenamento jurídico vigente, não se restringe ao processo penal, mas se encontra presente em diversos outros ramos do direito, a exemplo do direito do trabalho, quando consagra o princípio da primazia da realidade, direito civil, quando este trata do direito a alimentos e o direito tributário, quando despreza as presunções legais para a dar guarida a verdade material

Os diversos ramos do direito reconhecem a verdade real como princípio norteador notadamente quando trata de bens jurídicos de maior relevância, cujo

trato deve ser diferenciado, considerando as sérias consequências que podem advir de uma tutela deficiente.

O trabalho revelou o entendimento, com base em diversos autores contemporâneos, de que a verdade real pode não passar de um ideal inalcançável, sendo tratado como mito, impossível de se obter no plano fático.

O mito da verdade real se justifica pois reconstruir fielmente os acontecimentos passados importa em tarefa impossível, tratando-se mais de um ato imaginário, com base no que se acredita ter ocorrido.

Contudo, a verdade real não pode deixar de ser buscada, uma vez que a mera proximidade desta possui o condão de dar mais segurança e credibilidade às decisões judiciais.

Os estudos permitiram concluir que o legislador procedeu, ao longo do tempo, diversas mudanças na legislação processual penal que, em alguns casos colaboraram, em outros casos dificultaram a busca pela verdade real.

Dentre os institutos descritos, apontou-se, como fatores que contribuíram com a verdade real, a exemplo da positivação do princípio da identidade física do juiz, estabelecendo que o magistrado que colheu a prova será o julgador da causa.

Da mesma forma, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, permitindo a este a determinação de diligências a fim de dirimir suas dúvidas, e ainda determinar provas urgentes impedindo que elas desapareçam com o decorrer do tempo.

A proibição de condenação com base somente na confissão do acusado e a exigência do exame de corpo de delito, que evitam erros judiciais no tocante a inocentes que se intitulam culpados sob coação e condenações acerca que crimes que jamais foram cometidos.

Acerca dos institutos que foram em direção inversa ao princípio da verdade real, foram constatados o interrogatório por vídeo conferência, que acabou por afastar o magistrado da fonte de prova, desconsiderando o legislador a sensibilidade natural do magistrado em perceber a verdade quando na presença do acusado.

A transação penal, que vilipendiou a verdade real quando permitiu que o titular da ação penal abrisse mão do persecução criminal, deixando de averiguar a autoria e materialidade do delito para aplicar, desde logo, uma pena alternativa.

Finalmente, a vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos, pois esta espécie de prova é responsável, geralmente, pela descoberta de elementos irrefutáveis quando a realidade da empreitada criminosa.

Ao final, concluiu-se que, apesar da Constituição Federal ter idealizado a adoção de um sistema processual acusatório pelo direito processual penal brasileiro, tal sistema sofreu diversas mitigações, sobretudo em função das modificações legislativas que tiveram o escopo de adequar o processo à verdade real.

Devido principalmente às modificações que visavam perseguir mais veementemente a verdade real dentro do processo, foram sendo introduzidos, paulatinamente, mecanismos processuais típicos do sistema inquisitivo.

Percebeu-se que o legislador pátrio, influenciado pelo princípio da verdade real, com a intenção de proporcionar mais exatidão aos provimentos judiciais, recorreu a mecanismos que eram utilizados no antigo processo inquisitivo, sobretudo ao dar poderes de persecução probatória ao magistrado.

A reunião nas mãos do magistrado de poderes investigatórios, conforme o art. 156 do CPP, mesmo na fase de inquérito policial, surge da ideia de juiz inquisidor, fugindo da sua imparcialidade para a produção probatória que era atribuição das partes.

Nesse mesmo sentido, tentativa do legislador de introduzir na lei 9034/95, lei das organizações criminosas, a capacidade do magistrado proceder a busca de dados bancários, fiscais e eleitorais, no art. 3º, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 1570-2, desvirtuava o sistema acusatória, caminhando a passos largos para a adoção de cada vez mais institutos do sistema inquisitivo.

Ao fazer introduzir mecanismos semelhantes a estes na legislação processual, na maioria das vezes justificando através do princípio da verdade real, o legislador modifica o sistema processual brasileiro, resgatando elementos característicos do sistema inquisitivo.

Tais fatos fizeram entender, na opinião da doutrina pátria, que o sistema processual adotado no Brasil afasta-se, cada vez mais, de um sistema acusatório puro, passando a ser um sistema acusatório com indícios inquisitivos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [CONSTITUIÇÃO (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. 12. ed. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2011.

_____. Decreto-lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 12 out. 2011.

_____. **Lei nº 11.900 de 08 de janeiro de 2009**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm> Acesso em 10 out. 2011.

_____. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em 12 out. 2011.

_____. **Lei nº 9.034 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm> Acesso em 10 fev. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudências. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 15 fev. 2012.

BUONO, Carlos Eduardo de Athayde e BEMTIVOGLIO, Antonio Tomás. **A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**, Bauru: Edipro, 1999.

ECO, Humberto. **O nome da Rosa**. Rio de Janeiro: Record, 2010.

EYMERICH, Frei Nicolau. **Manual dos Inquisidores** (directorium Inquisitorium). Brasília: UNB; Rosa dos Tempos, 1993.

FEITOZA Denilson. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon**. IBAÑEZ, Perfecto Andrés e al. (Trads.), Madrid: Editorial Trotta, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 4 v. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Poderes do Juiz, O Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Anotada**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, volume I. 1 ed. São Paulo: Bookseller, 1997.

MENEZES, Vitor Hugo de. 2002, Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1647>>, Acesso em: 21 fev. 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os poderes do juiz**. In: Luiz Guilherme Marinoni (Org.). O processo civil contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **Estudos em processo Penal**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. rev. ampl.e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____ Paulo. **Direito Processual Penal**. 13 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Pena sem processo**. In: PITOMBO, Antônio S. de Moraes (Org.), **Juizados Especiais Criminais: interpretação crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPoidvm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, Vol. I. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2010.

_____, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANEXOS

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 22.10.2004

EMENTÁRIO Nº 2169-1

12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERAL**RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA**

REQUERENTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

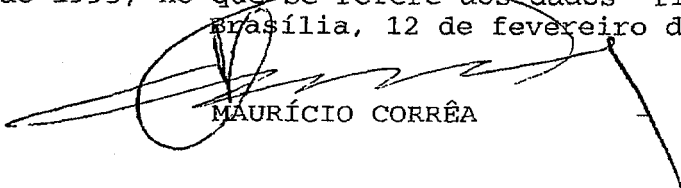
3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes.

Ação julgada procedente, em parte.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, no que se refere aos dados "fiscais" e "eleitorais".

Brasília, 12 de fevereiro de 2004.


MAURÍCIO CORRÊA

PRESIDENTE E RELATOR



12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERAL

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA

REQUERENTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: O Procurador-Geral da República, com fundamento no artigo 103, VI, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei 9034, de 3 de maio de 1995, que tem o seguinte teor:

"Art. 3º - Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

§ 1º - Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º - O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiveram relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

§ 3º - O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

§ 4º - Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que



poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

§ 5º - Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça."

2. Conforme está disposto no caput desse artigo 3º, as normas impugnadas disciplinam a diligência a ser realizada pelo juiz apenas nas hipóteses previstas no **artigo 2º, inciso III**, da Lei 9034/95, que abaixo transcrevo, *verbis*:

"**Art. 2º** - Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I - (...)

II - (...)

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais."

3. A impugnação circunscreve-se à pretendida inconstitucionalidade do artigo 3º, dizendo-o incompatível com o disposto nos artigos 5º, LIV e LV, 93, IX, e 129, I, da Constituição Federal. Ao fundamentar suas razões, o requerente colaciona lições doutrinárias que censuram a norma impugnada, visto que institui a figura do juiz inquisidor, com a quebra dos princípios da imparcialidade e da publicidade.

4. Alega o autor que, a prevalecerem as disposições impugnadas, o magistrado, após realizar a diligência, não poderá utilizar-se da prova que ele mesmo produziu como elemento valorativo



ADI 1.570 / UF

de sua convicção final, uma vez que a imparcialidade do juiz constitui uma das principais garantias inerentes ao devido processo legal.

5. Esta Corte, ao examinar o mesmo dispositivo legal na ADI 1517, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, negou o pedido cautelar também pleiteado naquela ação, razão pela qual indeferi, de plano, a liminar pretendida nessa ação (fl. 13). As informações foram prestadas pelas autoridades requeridas nos autos da mencionada ADI 1517 (cópias às fls. 55/108).

6. O Congresso Nacional, por seu Presidente, ao transcrever doutrina de Hélio Tornaghi, Paulo Lúcio Nogueira e Magalhães Noronha, sustenta que a Constituição Federal, em seu artigo 144, não vedou o deferimento por lei das funções de polícia judiciária e de realização de investigações criminais, em caráter excepcional, a outros entes do Poder Público, sejam eles agentes administrativos ou mesmo magistrados. Argumenta, ainda, que a imposição do sigredo de justiça no resguardo do sigilo garantido pela Constituição ou por lei, a ser preservado na forma da norma, não fere os princípios da publicidade e da motivação dos julgamentos pelos órgãos do Poder Judiciário e que o sigilo, inerente à fase *pré-processual*, deve ser guardado não só no interesse das investigações, mas também do acusado e da própria sociedade.

7. Ao refutar as alegações do autor de que a aplicação do dispositivo impugnado resultaria em parcialidade do julgador, concluem as informações que eventuais afrontas aos direitos e garantias fundamentais somente poderiam ser imputadas ao magistrado e não à lei, sendo que a mera suposição nesse sentido não pode constituir fundamento suficiente para invalidar o ato normativo.



ADI 1.570 / UF

8. O então Advogado-Geral da União, Geraldo Magela da Cruz, no cumprimento do disposto no § 3º do artigo 103 da Constituição, manifesta-se pela improcedência do pedido (fls. 37/41).

9. O Ministério Público Federal, à vista de encontrarem-se apensados estes autos aos da ADI 1517, com o mesmo objetivo, opina pelo não-conhecimento da referida ação, por ilegitimidade ativa da associação requerente, e pela admissão e procedência da presente (fls. 43/48).

10. Ao ratificar os termos da inicial, o *Parquet* alega que o diploma legal em causa compromete a imparcialidade do juiz e contraria todo o sistema acusatório do processo penal brasileiro. Assevera que, em face da inconstitucionalidade da lei, sua eficácia acabou comprometida, tanto que "*tem sido pouco ou nada aplicada pelo Poder Judiciário*". Colaciona, em abono de sua tese, lições da mais abalizada doutrina.

11. Pelo despacho de fl. 50, determinei fossem os presentes autos desapensados, uma vez que na ADI 1517 proferi decisão reconhecendo a ilegitimidade ativa da ADEPOL, na forma da jurisprudência contemporânea do Tribunal.

É o relatório, de que serão extraídas cópias para remessa aos Senhores Ministros (RISTF, artigo 172).



V O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (Relator): Cumpre-me relembrar, em face do tempo já decorrido, que o Tribunal, ao apreciar a medida cautelar requerida na ADI 1517, julgou por bem indeferir o pedido, por não antever relevância jurídica para suspender os dispositivos legais impugnados. Na oportunidade, entendeu a Corte que as alegações de ofensas aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal não guardavam consistência suficiente para justificar a suspensão liminar da norma.

2. Concluí meu voto indeferindo a cautelar, nos seguintes termos:

"Diante do exposto, pelo menos neste exame preliminar, não me convenço que a fumaça do bom direito comprometa a indicada conveniência da manutenção das normas impugnadas, pela sua alta destinação visando ao desmantelamento das quadrilhas organizadas, que já começam a constituir-se em pesadelo para a sociedade e o Estado.

*Ademais, depois de dois anos da vigência desses dispositivos, não me consta que tenha havido qualquer fato capaz de apontá-los como a justificar a sua suspensão pelas premissas do **periculum in mora**."(fls. 26/34).*

3. O dispositivo impugnado, como se viu, confere ao juiz competência para diligenciar pessoalmente na obtenção de provas pertinentes à persecução penal de atos de organizações criminosas, com dispensa do auxílio da polícia judiciária e do Ministério Público. Passados mais de cinco anos do julgamento cautelar, e após refletir mais detidamente sobre o tema, agora tratando-se de julgamento definitivo, penso que, efetivamente, o dispositivo



ADI 1.570 / UF

atacado não pode prevalecer diante das normas constitucionais vigentes.

4. Observo, inicialmente, que após a propositura da ação sobreveio a edição da Lei Complementar 105, de 10/01/01, que dispõe sobre sigilo bancário e financeiro. Referida norma, em seu artigo 1º, § 4º, inciso IX, prevê:

*"Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.
(...)*

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

(...)

IX - praticado por organização criminosa."

Constata-se, dessa forma, que em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações delituosas praticadas por organizações criminosas, lei superveniente e de hierarquia superior regulou integralmente a questão, revogando, por incompatibilidade, a norma anterior, ora em julgamento. Na lição de Alberto Silva Franco, "...embora não tenha havido uma explícita revogação na Lei Complementar, força é convir, pelas razões mencionadas, que o texto do art. 3º da Lei 9.034/95, não tem mais condições de subsistência e o juiz inquisidor e arrebanhador de provas foi morto e sepultado...".

5. Tenho por prejudicada a ação, portanto, na fração em que o procedimento visado incide sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. Em verdade, a amplitude ditada pela lei complementar superveniente, incompatível com o cuidado excessivo do preceito em exame, praticamente acabou com a já

ADI 1.570 / UF

comprometida eficácia do citado artigo 3º, cuja aplicação prática, a propósito, segundo tenho conhecimento, é quase nula. De qualquer sorte, remanesce em vigor a sua disciplina quando trata da obtenção de informações fiscais e eleitorais que possam implicar a violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei. Sob essa perspectiva, passo ao exame dos fundamentos do pedido.

6. Quanto à alegação de que teria sido violado o princípio do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), observa-se que o artigo 3º da Lei 9034/95 efetivamente cria procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente as provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão. Indaga-se, por isso mesmo, se o magistrado está imune de influências psicológicas, de tal sorte que o dinamismo de seu raciocínio lógico-jurídico fique comprometido por idéias preconcebidas, pondo em risco a imparcialidade de sua decisão?!

7. Penso que não. Evidente que não há como evitar a relação de causa e efeito entre as provas coligidas contra o suposto autor do crime e a decisão a ser proferida pelo juiz. Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade. Nesse sentido o ex-Ministro do STJ, Adhemar Ferreira Maciel, bem situou o tema acerca da violação ao devido processo legal. Disse ele:

"Essa atividade coletora de provas do juiz, creio, viola a cláusula do "due process of law". Viola, porque compromete psicologicamente o juiz em sua imparcialidade. E a imparcialidade, como sabemos, é virtude exigida de todo e qualquer magistrado (...).

7



ADI 1.570 / UF

E coletando provas, não paira dúvida, ele será fatalmente influenciado. Talvez valesse para um 'juiz preparador', nunca para um 'juiz julgador'. Ademais, o 'princípio da ação', do **ne procedat iudex ex officio**, impede e, na prática, desaconselha o magistrado na fase administrativa de colher provas, como o desaconselha a ajuizar ações penais de ofício. Esse não é o papel institucional e constitucional reservado ao magistrado."

8. Para Ada Pellegrini Grinover a norma fere a imparcialidade do juiz e "é, igualmente inconstitucional, porque vulnera o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios de acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo estas aos juizes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extra-processual".

9. Outro não é o motivo pelo qual, tanto no Direito Penal quanto no Civil, afasta-se do julgamento o juiz que se considera impedido ou cuja suspeição é argüida. Pela mesma razão o artigo 424 do CPP determina se proceda ao desaforamento se houver comprometimento com a exigência de imparcialidade do julgador, virtude sem a qual nenhum cidadão procuraria o Poder Judiciário para fazer valer seu direito.

10. O dispositivo em questão parece ter criado a figura de *juiz de instrução*, que nunca existiu na legislação brasileira, tendo-se notícia de que em alguns países da Europa esse modelo obsoleto tende a extinguir-se. Não se trata, como sustentam as informações do Ministério da Justiça submetidas ao Advogado-Geral da União (fl. 104), de simples participação do juiz na coleta da prova, tal como ocorre na inspeção judicial (CPC, artigos 440 e 443). Nessa última hipótese, as partes têm o direito de assistir à inspeção, prestando esclarecimentos que repute de interesse para a



ADI 1.570 / UF

causa (CPC, artigo 442, parágrafo único). Já no caso em exame, as partes têm acesso somente ao auto de diligência, já formado sem sua interferência.

11. A propósito, o § 2º do artigo 3º dispõe que o magistrado relatará as informações colhidas e promoverá a anexação de cópias autenticadas dos documentos **que tiverem relevância probatória**. Ora, exige-se do julgador, desde logo, juízo de valor quanto aos meios probantes, vinculando, por óbvio, sua apreciação subjetiva no momento futuro da sentença. Claro está que a incumbência do juiz não é apenas a de avaliar a prova preexistente, a cargo das partes, como ocorre regularmente, mas efetivamente produzir provas, seja em favor da acusação ou da defesa. A lei acaba por promover uma equiparação do juiz às partes, o que se me afigura inadmissível no sistema judiciário vigente no País.

12. Para Walter Nunes da Silva Júnior, "a psicologia judiciária logrou demonstrar que o inconveniente do juízo de **instrução** é a vinculação, inconsciente, do Juiz, às descobertas angariadas com as investigações feitas por ele, diminuindo-lhe a capacidade de enxergar com maior acuidade e isenção todas as provas pertinentes à elucidação do caso (...) Nesse passo, entendo que o art. 3º da Lei nº 9.034/95 é **inconstitucional**, pois o sistema acusatório puro, tendo como uma de suas características a atribuição da atividade investigatória preparatória à polícia judiciária e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição da República".

13. Em verdade, a legislação atribuiu ao juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições essas conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I



ADI 1.570 / UF

e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV e § 4º). Tal figura revela-se incompatível com o sistema acusatório atualmente em vigor, que veda a atuação de ofício do órgão julgador.

14. Convém refletir, ainda, sobre a constatação de que o legislador ordinário, ao atribuir ao juiz a incumbência de realizar pessoalmente a diligência quando ocorrer "possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei", acabou por mitigar a confiabilidade do Ministério Público, cuja titularidade para a ação penal, reconhecida pela Carta Federal, seria bastante para evitar que a coleta de provas e a decisão final fossem exercidas por uma única pessoa. A questão ganha relevo quando o sigilo, base de toda essa inovação, afasta o Parquet e a Polícia da realização do inquérito e permite que o juiz possa ser auxiliado por outras pessoas que, "pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo".

15. Ora, cuida-se de outorga legal que, por fim, acaba subtraindo das duas instituições tradicionais de nosso sistema constitucional atribuições típicas das esferas de suas ações, subvertendo princípios e gerando descrédito, não só às pessoas em si que as integram, mas sobremaneira ao conceito e prestígio delas mesmas.

16. Esta Corte tem se pronunciado a favor da tese de que a realização de inquérito é função que a Constituição reserva à Polícia. No julgamento da ADI 1115/DF, Néri da Silveira, assentou-se:

"A Constituição, por outro lado, prevê a exclusividade do inquérito policial presidido por

ADI 1.570 / UF

delegado de polícia de carreira (CF, art. 144. § 4º) (DJ de 17/11/95).

17. Nesse mesmo julgamento, afirmou Velloso:

"Sr. Presidente, há relevância jurídica, sem dúvida nenhuma, tendo em vista o que está escrito nos parágrafos 1º e 4º do art. 144 da Constituição, ao estabelecer que às polícias civis, como à polícia federal, compete as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. A lei que retira dessas polícias essas atribuições, parece-me, pelo menos ao primeiro exame, contrariar a Constituição" (Ib.).

18. Em apartes dos Ministros Bertence e Paulo Brossard realçou-se o fato de que é a Polícia que realiza o inquérito no caso de crimes porventura cometidos pelos Senadores, Ministros de Estado e Vice-Presidente da República (fl. 21). Parece-me relevante a comparação, dado que, também nessas hipóteses, estaria justificada a exclusividade conferida ao juiz na apuração das diligências próprias do inquérito, que em verdade não ocorre, exatamente por contrariar o sistema acusatório prevalente.

19. Peço vênica, de resto, para destacar trecho do parecer do Ministério Público Federal que, com apoio em Damásio de Jesus, Ada Pellegrini Grinover e Luiz Flávio Gomes, assim se manifestou, *verbis*:

"A norma objeto da impugnação desloca o juiz de sua posição imparcial, transformando-o num coletor de provas, realizando pessoalmente as diligências. A árdua tarefa de formação da prova cabe à parte, no caso, o Ministério Público, titular da ação penal pública.

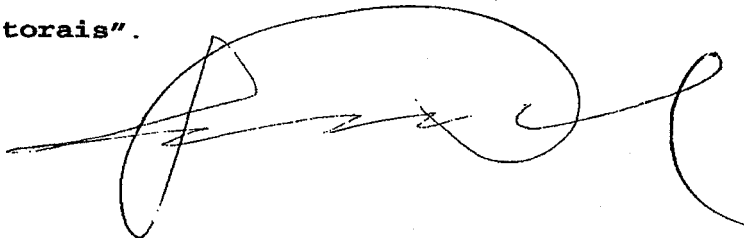
O mais grave, a meu sentir, é que o próprio magistrado que realiza a diligência, poderá utilizar-se da prova que produziu como elemento valorativo de sua convicção final.



ADI 1.570 / UF

A imparcialidade do juiz, mormente no processo penal que guarda correspondência imediata com o **ius libertatis** do cidadão, constitui uma das principais garantias inerentes ao consagrado princípio do *due process of law*. "(fls. 47/48).

Ante essas circunstâncias, julgo procedente, em parte, a ação para declarar inconstitucional o artigo 3º da Lei 9034, de 03 de maio de 1995, na fração em que se refere aos dados "**fiscais**" e "**eleitorais**".

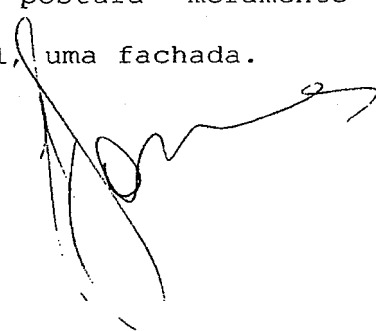
A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'A' followed by a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, acompanho Vossa Excelência, com a ressalva, contudo, de não o fazer no ponto em que opta pelo que eu chamaria de "a primazia policial" no processo criminal. Preocupo-me mais com o País. O Ministério Público com postura meramente contemplativa faz do processo penal, no Brasil, uma fachada.



12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERAL

À revisão de apertes do Sr. Ministro Nelson Jobim.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Senhor Presidente, acompanho a ressalva do eminente Ministro Joaquim Barbosa. Não vou declinar as razões pelas quais estou absolutamente convicto de o Ministério Público ter, sim, poderes de investigação criminal. Não se trata disso neste momento.

Quanto à lei objeto da ação direta de inconstitucionalidade, fico um pouco perplexo e partilharei com meus eminentes pares essa perplexidade.

Segundo entendi do relatório de Vossa Excelência — vamos falar numa linguagem mais desabrida —, o art. 3º da lei adversada regulamenta o inciso III do art. 2º da Lei nº 9.034/95, que diz:



"Art. 2º.

III- O acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais".

Tudo isso, porém, relacionado com a cabeça do art. 2º, que se refere, exclusivamente, à "persecução criminal que verse sobre a ação praticada por organizações criminosas" (*sic*).

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Preciso fazer uma retificação: o *caput* do art. 2º já foi alterado pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, e suprimiu a referência à "organização criminosa". Está redigido assim:

"Lei nº 9.034.

.....
Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos em investigação e formação de provas:
....."

Ou seja, a Lei nº 10.217/2001 suprimiu a parte restrita à organização criminosa.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - É uma informação preciosa. Estava fazendo uma pesquisa com legislação e perdi essa parte importante do relatório.

ADI 1.570 / UF

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM -- A Lei n° 10.217, de 11 de abril de 2001, deu uma nova redação ao art. 2º, **caput**, suprimindo a expressão: "que verse sobre ações praticadas por organizações criminosas".

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Isso realmente altera o fundamento do voto que iria proferir. Agradeço ao Ministro Nelson Jobim.

Senhor Presidente, com a ressalva feita pelo Ministro Joaquim Barbosa, acompanho o voto de Vossa Excelência.

* * * * *



12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Senhor Presidente, apenas faço algumas observações para evitar que se possa tomar a literalidade do fundamento, como também a virtual inspeção judicial do Código de Processo Civil, que tem uma natureza processual de prova.

Diz o CPC, no seu art. 440:

"Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa."

O Código de Processo, na área cível, viabiliza ao juiz realizar inspeções judiciais.

Marcarei uma inspeção judicial logo. Quero exatamente estabelecer que, nesta Casa, não participo dos fundamentos essencialistas - não é o caso de Vossa Excelência -, como se a função do juiz fosse essencial e não definida na Constituição. Se esta modificar, determinar e criar, como se está discutindo no Congresso Nacional - embora eu seja contra -, o chamado "poder instrutório do Juiz", diria que essas mudanças não alteram nada quanto à essência em relação ao juiz. E faço o registro da aliança do Ministério Público com a polícia, neste caso.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Ministro Nelson Jobim, na lei citada por Vossa Excelência, o juiz poderá.

ADI 1.570 / UF

Aqui, na lei impugnada, o juiz não tem opção: ele é obrigado a diligenciar; é muito mais grave.

12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: - Senhor Presidente, peço licença para divergir de Vossa Excelência.

A figura do juiz estático, espectador, do tempo em que o processo nada tinha de público, está superada. O processo hoje tem natureza pública e nele o juiz tem participação ativa na busca da verdade.

Li o artigo de notável cronista de um jornal do Rio de Janeiro, em que ele dizia justamente o seguinte: sempre que um juiz fiscaliza de perto um processo, o resultado sai mais favorável à verdade.

Quero dizer que o processo, hoje, não tem sentido privatístico, em que o juiz era mero expectador. O juiz conduz o processo, conduz a instrução e deve buscar a verdade material, em que vai se fundar o pronunciamento do Estado-juiz.



ADI 1.570 / UF

O art. 2º da Lei nº 9.034/95, inciso III, diz no seu caput:

"Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal" - neste ponto houve uma alteração - "são permitidos sem prejuízo, dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

III- o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais."

E o que faz o dispositivo, aqui acimado de inconstitucional? Simplesmente diz que, na hipótese do inciso III do art. 2º, se ocorrer - veja a excepcionalidade - "possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça". Como isso pode tirar a imparcialidade do julgador?

É uma lei que, ao contrário, assegura garantias ao jurisdicionado, a fim de impedir que "o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais", seja divulgado. Coisa que assistimos quase todos os dias na imprensa. *mu*

ADI 1.570 / UF

Outro dia, um notável advogado me dizia que certas investigações ocorridas em Estados da Federação não são conhecidas pela defesa em razão do sigilo, mas pela imprensa sim.

Então penso que essa norma, ao contrário de tratar mal a Constituição, presta obséquio - com licença do eminente Ministro Sepúlveda Pertence - à justiça, às garantias constitucionais das pessoas.

Vossa Excelência citou parte de um voto meu em que digo ser da polícia a competência para instaurar inquéritos e, assim, realizar investigações. Continuo fiel a esse ponto de vista. Todavia, não encaro de forma ortodoxa essa posição. Nesta Casa, recentemente, citei exemplo, formulado comumente pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence: se amanhã o Ministério Público receber uma carta com documentos, contendo uma acusação que possibilite a instauração de ação penal, ele o faz, dispensando o inquérito. Mais: se é procurado em seu gabinete por um cidadão com uma denúncia, ele não pode tomar o seu depoimento? É claro que pode. Seria desarrazoado o entendimento sustentando o contrário.

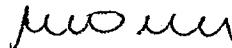


ADI 1.570 / UF

O que o Ministério Público não pode fazer é baixar portaria e instaurar inquérito policial, que isto é da competência da polícia, está na Constituição.

Quero dizer mais: o fato de ser da polícia a atividade principal da investigação não significa que não poderia o juiz, em caráter excepcional, realizar uma diligência. Como juiz de primeiro grau, fiz muitas inspeções, que foram relevantes na busca da verdade material.

Desse modo, com essas breves considerações, peço licença a Vossa Excelência, cujos votos tenho costume de acompanhar, para, divergindo, julgar improcedente a ação.



* * * * *

Supremo Tribunal Federal

12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERAL

À revisão de apurtes dos Senhores Ministros Nelson Jobim, Carlos Velloso, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence.

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570

VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - A supressão decorreu do abuso que a magistratura italiana estava fazendo desse sistema.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Substituiu o juiz pelo promotor.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Daí por que o Ministério Público Federal, no caso, invoca o art. 129, inciso I, como violado por essa lei. E invoca também ferimento ao art. 93, inciso IX, da Constituição. Enxerguei isso também porque até o advogado é excluído do acesso aos autos, como se lê da parte final do § 3º do art. 3º da lei atacada. Ou seja, Vossa Excelência está interpretando que essa lei, longe de prestigiar o juiz, força-o a exercer uma atividade que, para ele, é uma *capitis deminutio*. Assim entendi.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Vossa Excelência me permite um esclarecimento? O advogado não. O § 3º do art. 3º é expresso:

"Art. 3º.



Supremo Tribunal Federal

ADI 1.570 / UF

§ 3º - O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa ..."

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - E os advogados?

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Vossa Excelência não interpreta que a parte legítima é representada por advogado?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não na leitura do art. 93.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Perdoe-me, mas sempre, quando damos vista de um processo às partes, quem tem a vista é o advogado constituído.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência me permite ler o art. 93, inciso IX? A Constituição não se contenta com a presença das partes; exige o advogado.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - É advogado, Ministro.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não levemos "os primeiros princípios às últimas conseqüências". Ou Vossa Excelência vai obrigar a audiência de defesa antes de autorizar a quebra do sigilo telefônico?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Excelência, a Constituição preserva o princípio da publicidade nas audiências.

Supremo Tribunal Federal

ADI 1.570 / UF

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Então tem de ouvir o advogado se for requerida a interceptação telefônica.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas em nenhum momento os advogados podem ser excluídos.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Nem nesse momento?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - É preciso ouvir previamente a defesa para autorizar a interceptação telefônica?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Quero dizer o seguinte: na audiência, diz a Constituição, a lei só poderá restringir a publicidade. Veja bem o inciso IX do art. 93:

"Art. 93.

IX - ...limitar a presença, em determinados atos," - veja a diferença entre partes e advogados - "às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes."

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ministro, quando o juiz dá vista às partes, ele não se refere a "vista ao advogado da parte". O mais humilde servidor do cartório sabe que ele está dando vista ao advogado da parte.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Excelência, a lei, ao falar de partes, pode sugerir a interpretação de que os advogados estariam excluídos.

Supremo Tribunal Federal

ADI 1.570 / UF

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Não sugere, absolutamente.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Então a Constituição foi inútil ao separar a parte dos advogados.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - A Constituição não é um código de processo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Ao contrário, fez isso para dizer que normalmente, nos atos processuais públicos, podem estar presentes não só o advogado, mas também a parte.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas acontece que a lei adversada só fala em partes, não em advogado.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - E daí Ministro?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Data venia, se for interpretar a legislação processual com esse sentido, chegaremos a situações de absoluta ilogicidade.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas por que o Ministério Público invocou exatamente como violado o art. 93, inciso IX?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não sei por que o Ministério Público o invocou.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Exatamente porque interpretou como eu estou fazendo.

Supremo Tribunal Federal


ADI 1.570 / UF

Ministro Celso de Mello, apenas quero dizer que, longe de interpretar, a lei impugnada obriga o juiz a atuar na realização de diligências e na produção de provas que, depois, serão julgadas por ele mesmo. Assim interpretei.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Excelência, todas essas providências postas à realização empírica do juiz se passarão, diz a lei duas vezes, sob o mais absoluto segredo de Justiça.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Ministro Celso de Mello, isso é *ad referendum*, é crítica para um debate parlamentar na elaboração da lei.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - O fato é que outro tipo de processo também não teve resultado; alguma coisa está errada.



12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, no julgamento liminar, comecei o meu voto pedindo vênias à douta maioria, já formada no sentido do indeferimento da medida cautelar.

Hoje, para gáudio meu, só tenho, embora o lamentando, de pedir vênia ao meu caríssimo amigo, Ministro Carlos Velloso.

No julgamento liminar, comecei por dizer (lê voto na ADIn 1.517 - Medida Liminar):

"A mim me bastariam os argumentos do Professor Luiz Flávio Gomes, aos quais a inicial se reporta."

E, hoje, também, não tenho dúvida em endossar outros doutrinadores, a exemplo da Mestra Ada Pellegrini Grinover, citados no parecer do eminente ex-Procurador-Geral da República.

Continuei:

"Por outro lado, a manifesta inconstitucionalidade, a meu ver, não está em função da explicitude da regra de padrão perante a qual se deva concluir pela invalidade da norma."

Aqui, então, se argumentara não haver, na Constituição, nenhuma norma explícita dizendo que juiz não investiga, promotor não julga e delegado faz inquérito. Respondi:



"Ao contrário, ouvimos muito falar os doutos, em suas dissertações teóricas, que os princípios são mais importantes que as normas. E creio estar poucas vezes tão manifesta a violação do devido processo legal do que no retrocesso desta lei" - e friso retrocesso - "em relação ao que é uma conquista de muitos séculos de evolução do processo penal, a desvinculação do juiz, não da colheita de provas, mas da investigação criminal."

Permito-me uma breve observação ao voto eloqüente e inteligente, como sói, do Ministro Carlos Velloso. Segundo Sua Excelência, o processo se publicizou no sentido de abolir o juiz absolutamente passivo e dar-lhe função mais ativa, mesmo na instrução da causa.

Isso é de absoluta precisão no tocante ao processo civil.

No processo penal, com todas as vênias, a evolução histórica deu-se em sentido inverso: o que se tinha outrora era o juiz-inquisidor: "todo juiz é procurador", lembrou o Ministro Celso de Mello. E, paulatinamente, se foi liberando o juiz da função de acusar e, conseqüentemente, da colheita preliminar de provas, para resguardar-lhe a condição de terceiro imparcial.

Dizia eu, no voto liminar:

"O que se estabelece neste malsinado dispositivo é o "juiz investigador". O seu § 2º é manifesto:

Art. 3º.....

§ 2º - O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão 'ad hoc'."(sic)

"Vale dizer, o juiz, ante uma massa bruta de documentos que ele vai pesquisar, na Receita Federal, num

ADI 1.570 / UF

banco, seja lá onde for, selecionará os documentos que lhe parecerem de relevância probatória. Está restabelecido o juízo inquisitorial."

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Isto faz o Ministério Público hoje: tem apenas a função acusatória, e manda para o jornal, para Folha de São Paulo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Se manda para o jornal, é outro problema.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não é pelo receio do abuso que se proíbe o uso.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - É a lógica do sistema.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Não há lógica.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não tenho a pretensão de convencer o Ministro Carlos Velloso. O meu computador falhou, dessa forma não posso continuar a acompanhar o meu voto na medida cautelar.

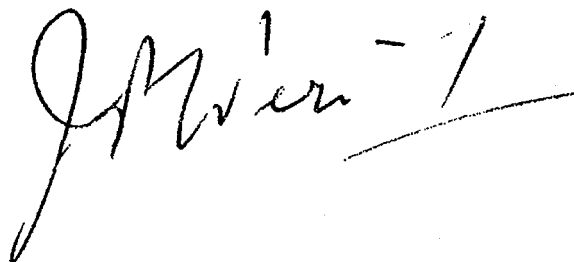
Digo apenas que, ao me referir à evolução histórica, não no sentido de aumentar os poderes instrutórios do juiz, mas, ao contrário, de diminuí-los, a meu ver, de modo absoluto na fase investigatória, na fase pré-processual, não pretendi elidir, no processo *stricto sensu*, eventuais iniciativas do juiz na instrução.



ADI 1.570 / UF

Não estamos perante um juiz absolutamente neutro, pelo menos, na nossa versão de processo acusatório, que não é a do puro processo acusatório anglo-saxão, em que se tem, idealmente, o juiz totalmente passivo. De forma que não se afasta a constitucionalidade de iniciativas do juiz de aprofundamento ou complementação da prova no curso do processo, como foram os exemplos aqui citados da inspeção pessoal de pessoas ou coisas.

Com essas observações, não tenho a menor dúvida em acompanhar o voto de Vossa Excelência, Sr. Presidente, e saudar a sua vinda para nossa banda.



12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERAL

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA
REQUERENTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

À revisão de aparte do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence.

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Senhor Presidente, insisto na manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence - e a agradeço -, no sentido de preservar esse fundamentalismo que, às vezes, se encontra em determinada doutrina e é completamente fora da realidade quando da afirmação fundamentalista da absoluta transparência. Poderia levar, em nível risível, à comunicação da parte de que seu telefone será grampeado a partir do dia 20 de janeiro às três horas da tarde. E se poderá julgar inconstitucional, ou uma falta da preservação do devido processo legal, se não for comunicada a hora do grampeamento telefônico - para citar o exemplo dado anteriormente.

Quero lembrar ao Ministro Celso de Mello o seguinte: o que se passa nessa legislação é exatamente uma transição entre a tentativa dos velhos instrumentos de perseguição criminal do crime individual para o crime organizado. Darei um exemplo, introduzido depois de 2001: à época, na Câmara dos Deputados, foi rejeitada lei

ADI 1.570 / UF

a respeito da infiltração dos agentes de polícia. Os fundamentalistas do Direito Penal não admitiam, em hipótese alguma, essa infiltração nas organizações criminosas. Havia, então, uma capacidade incrível desses personagens, no discurso irrealista do processo investigatório, de empurrar a polícia para a ilegalidade. Lembre-se Sua Excelência de que, antes da existência desse tipo de norma, toda vez que a polícia implodia o "bunker" de uma organização criminosa, alguém fugia. Era exatamente o informante.

Precisamos ter a lucidez de compreender que em determinado tipo de ilícito são absolutamente inadequados os instrumentos tradicionais que vêm de um fundamentalismo acadêmico, que não tem nada a ver com a realidade histórica e com a responsabilidade do Estado com a perseguição da organização criminosa. Tenho absoluta tranqüilidade em relação aos instrumentos de perseguição processuais que dizem respeito ao crime individual. Na verdade, estamos em um momento de transição.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Aliás, esse vício de tratar os fenômenos de massa como se fossem individuais não pára no processo penal. Veja Vossa Excelência a discussão sobre a proposta de súmula vinculante.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Exatamente. Neste caso - faço uma confissão, não há memória -, essa lei decorreu de um projeto de lei elaborado pelos deputados Michel Temer e Miro Teixeira, em 1989, decorrente de um grupo criado pela comissão de justiça da época, para tratar dos crimes organizados. O projeto outorgava, autorizado pelos juizes, esse tipo de investigação. Mas houve uma reação, naquele momento, contra o Ministério Público,

ADI 1.570 / UF

contra a polícia, porque a maioria da Câmara não aceitava outorgar esse tipo de poder ao Ministério Público, nem à Polícia, daí porque acabou saindo para o juiz. Essa foi a razão histórica de ter acontecido.

Sou absolutamente contrário ao processo de instrução, como também às atividades investigatórias do Ministério Público, desde que as mesmas atividades sejam dadas à defesa; o mesmo "status" de requisição que o Ministério Público deseja nas investigações seja assegurado à defesa. Se a defesa não tiver esse poder, junto ao poder investigatório parcial do acusador - e foi dito que o juiz não deve investigar porque não pode se parcializar; evidentemente, está-se presumindo que o Ministério Público será sempre parcial no sentido de colher somente prova acusatória. Asseguraremos à defesa os mesmos tipos de preceito, aí poderemos entrar em um entendimento. Caso contrário, o "*due process of law*", a que Sua Excelência se refere, é somente para o Ministério Público.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA

REQTE.: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA


REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.: CONGRESSO NACIONAL

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, no que se refere aos dados "fiscais" e "eleitorais", vencido o Senhor Ministro Carlos Velloso, que a julgava improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 12.02.2004.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.


Luiz Tomimatsu
Coordenador