

A ORDEM CONSTITUCIONAL E O PROCESSO PENAL

FAUZI HASSAN CHOUKR

Mestre em Direito Processual Penal — USP
Promotor de Justiça

“Une grande révolution démocratique s’opère parmi nous; tous la voient, mais tous ne la jugent point de la même manière. Les uns la considèrent comme une chose nouvelle, et, la prenant pour un accident, ils espèrent pouvoir encore l’arrêter; tandis que d’autres la jugent irrésistible, parce qu’elle leur semble le fait le plus continu, le plus ancien et le plus permanent que l’on connaisse dans l’histoire” (Alexis de Tocqueville, in *De la Démocratie en Amérique*).

1. Processo penal e Constituição — 2. A ordem constitucional em vigor e o princípio acusatório — 3. Manifestações do princípio: 3.1 Titularidade da ação penal pública; 3.2 O novo papel do juiz no processo penal; 3.3 O papel da vítima na nova ordem — 4. Propostas de aprimoramento do modelo em futuras revisões constitucionais — 5. Conclusão sobre a necessidade de reforma global do Código de Processo Penal.

1. Processo penal e Constituição

O íntimo relacionamento entre o texto político e o aparato instrumental penal é de longa data conhecido. A esta umbilical ligação já fazia referência Goldschmidt¹ afirmando que “se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”.

Daí a importância de interpretar-se o processo penal sobretudo com a utilização do método denominado “processo constitucional”, onde as normas são enfocadas a partir da matriz contida no texto magno, acabando o processo por adquirir uma feição para além da técnica, muito mais politizada e sem dúvida com um outro compromisso ético. Essas são as lições de Grinover ao analisar a gênese

formação da “Escola Processual de São Paulo”, onde a semente interpretativa aludida floresceu².

A Constituição de 1988 tratou a persecução penal com o zelo de quem edifica algo novo, em substituição a uma ordem positiva superada pelo desuso do figurino autoritário que a inspirou, e buscou, dentro da melhor compreensão do texto de Goldschmidt acima mencionado, dar ao processo penal uma roupagem democrática.

2. A ordem constitucional em vigor e o princípio acusatório

Compreendendo-se a distinção entre os modelos inquisitivo e acusatório do processo penal, na melhor esteira da

1. James Goldschmidt, *Teoría General del Proceso*, EJE, Buenos Aires, 1961, p. 110.

2. Ada Pellegrini Grinover, “A Nova Escola Processual de São Paulo”, in *Novas Tendências do Direito Processual*, Forense Universitária, RJ, 1990, p. 448.

lição de Salas³ como a separação nítida de papéis entre acusador, julgador e defensor, além de conferir ao acusado um *status* diferenciado, como titular de direito e não objeto da persecução, pode-se concluir, após uma leitura mediana do texto constitucional, a clara adoção do modelo acusatório para o processo penal.

Harmonizada com a onda democrática que fez navegar os trabalhos do Congresso Constituinte de 1987/1988, a base acusatória do processo penal instaurada pelo texto político pode ser encontrada em vários momentos. Ante a elasticidade que o trabalho nos permite, apenas alguns pontos serão eleitos para abordagem: aquele referente ao titular da ação penal, outro atinente à nova dimensão do papel do magistrado no modelo acusatório e, por fim, algum aceno quanto à figura da vítima.⁴

3. Manifestações do princípio

3.1 Titularidade da ação penal pública

No que tange à titularidade da ação penal, a Constituição Federal de 1988 deixou claro que, nos crimes de ação penal pública (condicionada ou não), a legitimidade ativa fica a cargo do Ministério Público de forma exclusiva, *ex vi*, do art. 129, I.

Analizada apenas pela sua ubiquação, a norma pode apresentar ao olhar mais

afoito a distorcida imagem de uma conquista eminentemente corporativa,⁵ sobretudo porque eliminou, sem possibilidade de contra-argumentações, infeliz texto ordinário que previa o início da ação penal já nas dependências policiais,⁶ bem como passou a colocar em xeque inúmeros outros dispositivos do Código de Processo Penal que mantêm resquícios inquisitivos.⁷

No entanto, é ela, na verdade, a própria matriz do princípio acusatório, na medida em que impõe a um determinado mecanismo do Estado a persecução oficial,

5. A errônea alocação da norma mencionada já foi alvo de crítica por nós elaborada (veja-se *As Garantias...*, especialmente cap. 4), vez que deveria estar inserida no art. 5.º, juntamente com o inciso que trata da ação penal privada subsidiária da pública.

6. Trata-se da malfadada Lei 4.611/65, que previa o início da ação penal perante o Delegado de Polícia nos casos de lesão corporal culposa, homicídio culposo e nas contravenções. Aludido texto legal não foi recepcionado pela Constituição Federal.

7. Veja-se, por exemplo, a polêmica sobre a manutenção ou não no modelo brasileiro dos chamados recursos de ofício, sobre o qual as manifestações jurisprudenciais têm oscilado entre a sua revogação em face da matriz constitucional acusatória e sua manutenção mesmo em face do texto magno. A este respeito, veja-se, por exemplo, os acórdãos dos Recs. ns. 692.331/8, 9.ª Câ. do TACrimSP e 690.553/5, da mesma Câmara e Tribunal (respectivamente *JUTACRIM* 14/211 e 212. No mesmo sentido, *JUTACRIM* 13/206), onde se adotou a segunda posição, entendendo-se que não há afronta ao princípio acusatório com a prática do recurso de ofício. Em sentido oposto, anote-se o Ac. do Rec. 689.691/1, da 4.ª Câ. do TACrimSP, onde se conclui "Impossível coexistência do recurso obrigatório previsto na Lei 1.521/51 com a prevalente sistemática da ordem constitucional, que conferiu exclusivamente ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública". Ainda: Ac. 687.969/0 do TACrimSP (*JUTACRIM* 13/124) e, por último, Rec. 676.117/3, 4.ª Câ. do mesmo Tribunal, *JUTACRIM* 13/204.

3. S. Denis, *Du procès pénal*, PUF, Paris, 1992.

4. Por certo muitas consequências podem ser extraídas da adoção do modelo acusatório, entre elas a preocupação consagrada aos direitos do acusado, que de mero "objeto" do processo passa a ser um "sujeito de direitos" dentro da relação processual penal. No entanto, o tratamento de todas as modificações advindas com o novo texto constitucional seria operacionalmente inviável para a dimensão deste texto.

impossibilitando a confusão entre julgador e acusador, em estrita sintonia com todos os modelos reformistas em curso na Europa continental.

Assim é que, por exemplo, os novos códigos italiano e português em sede continental colocam a titularidade da ação penal nas mãos de um órgão oficial, abandonando a indesejável mescla de funções entre o promovente da ação penal e o julgador da causa. Mesmo na Inglaterra onde não existe tal instituição com a força conhecida nos ordenamentos da *civil law*, desde 1985 funciona o “Real Prosecution Service”, um serviço de persecução oficial, na gênese parecido com o Ministério Público ocidental, com o que se está tentando a modificação do sistema.⁸

Algumas conseqüências diretas surgem deste novo modelo. Uma delas é que esta nova visão acusatória enaltece a participação do Ministério Público na fase preparatória, na medida em que o coloca como destinatário das investigações e controla externamente a atividade policial, impossibilitando a construção de uma estrutura próxima aos “juizados de instrução” nos moldes franceses.

Neste ponto específico uma consideração à parte merece ser feita. Há na literatura processual penal brasileira uma certa inclinação favorável ao juizado de instrução, muito embora aqueles que assim pensem não apresentem um projeto exato do que seria tal “juizado”.⁹

O mais grave a ser notado é que “confusões” sobre o modelo em vigor na Itália fazem com que uma errônea imagem daquele sistema seja veiculada, ligando-a, imprópriamente, à figura do juizado de instrução quando justamente a abolição de

tal fase é considerada como o grande avanço efetuado pela longa reforma que foi levada a efeito naquele país.

Lá, a preparação da ação penal é feita através das *indagini preliminari*, cuja condução é própria do Ministério Público — magistratura, no modelo italiano, vez que lá os promotores e juízes fazem parte desta carreira — com o apoio da polícia judiciária. Talvez confundindo a tradução do substantivo magistrado para juiz, algumas posturas veiculadas na imprensa e mesmo por estudiosos acabam por criar algo que simplesmente não existe, e difundir erroneamente um modelo — o do juizado de instrução — que já cumpriu sua missão histórica.

O mesmo raciocínio efetuado com relação ao modelo italiano é válido para outro, igualmente importante em avanços, que é o português. Neste sistema também acusatório, a atividade preparatória da ação penal é entabulada pelo *parquet*, igualmente com o auxílio da polícia judiciária e tendo no juiz um fiscalizador da regularidade do desenvolvimento das investigações.

Atuando diretamente em uma fase na qual as garantias próprias do devido processo legal têm características próprias, nesses modelos assoma em importância o novo perfil deontológico do Ministério Público (e da própria Magistratura, *stricto sensu*, entendendo-se aí os juízes), matéria por si só alvo de profundas considerações sobretudo na doutrina italiana.¹⁰

Vale citar, por exemplo, a consideração de Pisapia e Zagrebelsky,¹¹ no que

8. A esse respeito, veja-se o nosso “As Garantias Constitucionais na Investigação Criminal”, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, março de 1994, em especial cap. 2. Texto inédito.

9. Op. cit., em especial o cap. 3.

10. Mario Pisani, “Il Pubblico Ministero nel Nuovo Processo Penale: Profili Deontologici”, in *Revista de Direito Penal*, 1989, vol. 1.

11. Gian Domenico Pisapia e Zagrebelsky Vladimiro, “Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993, vol. 2, especialmente pp. 484 e ss.

tange à obrigação do Ministério Público para com a verdade: "L'obbligo di verità... assume un contenuto assoluto per il pubblico ministero. Nei rapporti con il giudice, quindi, egli dovrà condursi secondo un stretto criterio di piena e leale informazione, senza nulla tacere di rilevanti per la decisione e senza travisare intenzionalmente i risultati delle indagini preliminari o dello dibattimento".¹²

Se é correto que tais observações são feitas a partir de modelos de matriz acusatória recém-estruturados, não é impróprio, ao menos neste aspecto, afirmar que a realidade brasileira já se encontra apta a ser analisada por estes postulados, dada, sobretudo, a forma de tratamento entre nós conferida ao Ministério Público e suas funções no processo penal desde a investigação preparatória à ação penal. Pode-se afirmar que, mesmo ante aos importantes e urgentes ajustes que aquela fase necessite no ordenamento pátrio, o papel do Ministério Público aqui já era o do novo modelo peninsular (e lusitano, acrescente-se) e a postura ética, o novo perfil deontológico que lá se cogita, aqui também já podem ser pensados.

As dúvidas deontológicas no processo penal dirão respeito à capacidade do Ministério Público em oferecer respostas eficazes contra uma criminalidade crescen-

12. A preocupação deontológica com o Ministério Público aparece mesmo em modelos mais antigos e agora tendentes a reforma, como é o francês. Anote-se a lição de Truche, ao se referir ao objetivo do *parquet* neste aspecto, que outro não é senão "le bien de la justice, c'est-à-dire qu'il ne peut omettre une circonstance, en élément favorable à l'accusé, ni réquerir une peine au-delà de ce qui esté strictement et évidemment nécessaire, faire intervenir un élément personnel dans sa démonstration" (T. Pierre, "Justification et limites de l'action du Ministère Public", em "Procès pénal et droits de l'homme — vers une conscience européenne", org. por Mireille Delmas-Marty, PUF, Paris, 1992, espec. p. 253).

te, na mesma medida em que terá que trabalhar assoberbado pelo fardo da microcriminalidade e, tanto num como noutro caso, manuseando um arsenal legislativo insuficiente ou sucateado.¹³

Dentro de uma ótica puramente formal e legalista a resposta não encontraria qualquer complexidade, na medida em que tanto um como outro ponto deveriam ser tratados com grau de importância linear. Esta, contudo, não é realidade do modelo brasileiro na prática, e uma de suas consequências importantes será a de questionar, no limite, a flexibilidade ético-institucional para tratamento de tais delitos, dentro de uma dicotomia que poderíamos chamar de "ética de princípios" ou "ética de resultados".¹⁴

13. Um claro exemplo da insuficiência de material legislativo encontra-se na ausência de regulamentação da norma constitucional que possibilita, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A lacuna neste campo inviabiliza a utilização prática deste importante meio de investigação e já faz florescer até entendimentos jurisprudenciais que decidem pela possibilidade da realização desta "prova" mesmo ante a não complementação do texto constitucional. Para uma visão abrangente, consulte-se Grinover *et alii*, *Nulidades no Processo Penal*, Malheiros Ed., S. Paulo, 1992, especialmente pp. 44 e ss.

14. A lição é "bobbiana": "... La distinzione tra morale e politica, in questo caso, corrisponde alla distinzione tra due etiche; che sono irriducibilmente diverse, perchè propongono come giudizio positivo e negativo delle azione secondo i principi, cioè secondo qualcosa che sta prima dell'azione, o secondo le conseguenze, cioè, secondo qualche cosa che sta dopo l'azione. Questa distinzione corrisponde, sia pure o un po' semplificata, alla famosa distinzione weberiana tra l'etica della convinzione e l'etica della responsabilità. É un fato che, applicando or l'uno or l'altro di questi due criteri, possiamo arrivare a giudizi completamente diversi, opposte su qualsiasi azione." (Norberto Bobbio, in *Etica e Politica*, Bobbio *et alii*, Pratiche Editrice, Parma, 1984, especialmente p. 15).

Tal situação pode levar, se operacionalizada em grau de tensão máximo, ao esfacelamento do sistema, ou seja, à situação onde modelo repressivo, por um lado, não pune com a eficácia socialmente desejada a criminalidade altamente violenta e, por outro, deixa no âmbito da “bagatela” as condutas do chamado “dia a dia” que, graças à visão altamente intervencionista do Estado no âmbito criminal — entenda-se um Estado totalmente inclinado para criminalizar condutas — são erguidas à condição de fatos penalmente relevantes.

Tal quadro nada mais é que um reflexo da distorção de um princípio que já foi por demais caro ao direito penal e ao processo penal, que é o da obrigatoriedade da ação penal,¹⁵ onde a atuação do Estado por via de seus agentes oficiais de persecução não é refreada pela palavra do ofendido/vítima, cuja participação ou disposição na ação penal é mínima.¹⁶

A falência estrutural do modelo apresenta-se visível com a crescente problematização da sociedade, com seu vertiginoso aumento de complexidade, cujas demandas no âmbito da repressão criminal não são absorvidas por um Poder Judiciário (amplo sentido) desaparelhado e que clama pela implantação de mecanismos modernizadores de seu aparato.

Neste passo, enquanto se espera a messiânica construção de uma nova ordem processual penal — na esteira daquilo que a Constituição em vigor preconizou —, vivemos problemas estruturais que colocam em jogo a própria definição democrática do Estado brasileiro.

15. Consulte-se, para este tema, recente trabalho de Figueiredo Dias, “Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, S. Paulo, RT, vol. I.

16. Veja-se, para uma breve abordagem deste princípio, Grinover *et alli*, *Teoria Geral do Processo*, 10.ª ed., 1994, Malheiros Ed., S. Paulo, especialmente pp. 60 e ss.

ro. Como o sucumbimento do sistema já é uma realidade, a sobrevida do processo penal vem graças a arrojadas interpretações do direito substancial penal e do próprio processo penal.

Para mitigar o modelo, entendimentos “avançados” surgem aqui e ali, como a adoção, ainda que tímida, do princípio da bagatela¹⁷ ou mesmo uma maior disponibilidade — informal — da ação penal em hipóteses de lesões corporais dolosas envolvendo casal,¹⁸ sem falar no delicadíssimo tema do arquivamento do inquérito com base na perspectiva de prescrição pela eventual futura pena em concreto.¹⁹ Some-se a estes, a descri-

17. Veja-se, por exemplo, a lição de Damásio Evangelista de Jesus (in *Código Penal Anotado*, Saraiva, S. Paulo, 1989, p. 245) para o delito bagatelar patrimonial: de “crime de dano. Já entendeu o Supremo Tribunal Federal que a reparação, efetuada antes da denúncia, extingue a punibilidade, posição de estímulo ao encerramento de controvérsias. E cabível no “poder criativo dos juízes na aplicação da lei penal” (RHC 59.191, *DJU* 23.10.81, p. 10.629).

18. Veja-se exemplificativo acórdão a este respeito: “não atende ao interesse social a condenação de quem, embora vivendo harmoniosa e maritalmente há vários anos e tendo prole, atinge a companheira em momento impensado de mero incidente doméstico sem maiores consequências. Impõe-se a solução, porque mais interessa à paz do casal, podendo um processo crime causar sua separação” (*JUTACRIM* 54/420. No mesmo sentido, *JUTACRIM* 51/410).

19. A Col. 4.ª Câm. do E. TACrimSP, ao conceder *ex officio Habeas Corpus*, com o trancamento de ação penal, decidiu: “De nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão *ex officio* de *Habeas Corpus* para trancar a ação penal” (RT 669/315).

No mesmo sentido a conclusão de Scarance

minalização do chamado “jogo do bicho”, para parte da jurisprudência já acomodado socialmente e cuja repressão nada mais é que uma manifestação autotitular do Estado.

A matéria, que não é nova, vem bem analisada por Faria, sendo particularmente interessante para nossa abordagem um dos pontos por ele anotado quanto às tendências modernizadoras do Judiciário (mais uma vez em senso amplo), afirmando que “o enfoque processualístico tradicionalmente adotado em nossos Tribunais, com base em critérios de racionalidade formal, vem mesclado, por abordagens fundadas em critérios de racionalidade material; trata-se de uma tendência que tem sido estimulada por processualistas responsáveis por trabalhos bastante originais sobre a “instrumentalidade do processo”, na convicção de que a busca da “justiça” e da “equidade” sempre implica uma margem de escolha bem mais ampla e flexível do que a fundada exclusivamente em prescrições dos códigos e das leis”.²⁰

A instrumentalidade do processo como mecanismo de flexibilização do modelo defasado irá apresentar-se sobretudo pelo seu escopo pacificador, na exata lição de Dinamarco, mas, como diz o próprio autor, “não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que

sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor *justiça*. *Eliminar conflitos mediante critérios justos* — eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicadas do Estado” (grifos no original)²¹.

Sem embargo da possibilidade de maleabilizar o sistema mediante tais entendimentos, a rigidez do modelo obrigatório da ação penal continua a pôr em risco o perfil deontológico do promovente da ação penal, ainda deixando em aberto a questão ética que poderia ser mais controlável na medida em que a discricionariedade do exercício da persecução fosse legalmente prevista (ao lado da modernização global do modelo), acompanhando assim a essência do modelo acusatório atual.

A nova ordem processual não toca diretamente apenas o papel do promovente da ação penal, clamando também por uma nova definição do papel do magistrado nesta área, tema que apresenta desdobramentos em várias direções, alguns dos quais analisados a seguir.

3.2 O novo papel do juiz no processo penal

A partir da instauração do princípio acusatório no processo penal, onde, como já foi frisado, “a principal característica é exatamente a repartição, entre órgãos autônomos diversos, das funções de acusar e julgar”,²² cumpre investigar as atribuições destinadas ao julgador que, por certo, deve apresentar comportamento diverso daquele que lhe era destinado dentro do modelo inquisitivo.

Fernandes, quando pondera que, uma vez prevista a prescrição pela pena a ser aplicada em concreto “faltaria justa causa para a ação penal, seja como interesse de agir, na posição de alguns doutrinadores, seja no exame provisório e antecipado de mérito para aferir da justiça da acusação” (in “A provável prescrição retroativa e a falta de justa causa para a ação penal”, *Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Associação Paulista do Ministério Público*, vol. 6).

20. José Eduardo Faria, “O Judiciário e os direitos humanos e sociais”, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, (organizador), S. Paulo, 1994, esp. p. 102.

21. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, S. Paulo, RT, 1.ª ed., 1987, especialmente p. 224. Em nota ao trecho mencionado, o autor considerará que “os conflitos aqui referidos não só aparecem em processos... civil, mas também em processo penal” (grifo nosso).

22. Rec. 153/2, 2.ª Câ. J. 4.6.92, Rel. Guido de Andrade, TAMG, RT 698/483.

Dentre todos os reflexos possíveis, dois serão tratados de forma mais enfática neste trabalho, quais sejam, a relação entre o juiz e a investigação preparatória da ação penal, bem como seu comportamento diante daquilo que a doutrina aprendeu a denominar de “verdade real” em contraposição a outro cânone, o da “verdade formal”.

No tocante à investigação preparatória profundas alterações surgem pela adoção do modelo acusatório, mas a necessária visualização do fenômeno não aparece com a nitidez desejada ante o descompasso entre a realidade constitucional e o superado Código em vigor. Justamente esta ausência de sintonia dá ao tema um indesejável aspecto corporativo, podendo transformá-lo apenas numa questão de perda ou ganho do espaço decisório entre os operadores do direito neste difícil momento da persecução penal.

Urge então construir, ao menos no âmbito doutrinário e jurisprudencial, entendimentos harmonizados com esta nova ordem, sem o temor de dissentir com antigas posturas, vez que o momento é justamente de ruptura com uma configuração repressiva que nunca foi socialmente eficaz, politicamente adequada e academicamente moderna. A construção deste novo modelo exigirá renúncia a antigos papéis e apego ferrenho aos novos, pois inegavelmente do novo perfil do magistrado também dependerá o sucesso do modelo.

A preparação da ação penal é, historicamente, um tema de segunda categoria para o processo penal republicano, sobretudo após a unificação getuliana do Código de Processo Penal.²³ Seu abandono intelectual é uma das causas da restrita visão que hoje se tem sobre o

assunto. Ao longo dos cinquenta anos de vigência do texto instrumental em vigor, poucos e isolados temas foram tratados (indiciamento e arquivamento da investigação são os temas mais buscados neste âmbito), e não raras vezes as fronteiras entre a atuação da polícia judiciária, Ministério Público e Magistratura foi esquecida, com sobreposição de atuações.

Dentro da matriz constitucional, a parcela de atuação reservada ao juiz ficará destinada à idéia de “garantismo” que permeia a atual concepção do processo penal. Com efeito, Grinover, em texto exemplar sobre o novo perfil instrumental penal aponta justamente as idéias de “garantismo” e “eficiência” como os pontos de base para a edificação de um processo penal democrático.²⁴

A visão garantidora coloca o magistrado na posição fundamental de salvaguarda dos direitos do investigado ainda na fase preparatória (onde justamente as garantias constitucionais não aparecem com nitidez), dando-se tal proteção através da jurisdicionalização dos incidentes investigativos que necessitem a legítima violação de direitos constitucionalmente estabelecidos para apuração dos fatos.²⁵

Assim, no caso pátrio, exemplos desta nova participação do magistrado encontram-se na necessária ordem judicial para as buscas domiciliares nos crimes não

24. Ada Pellegrini Grinover, “Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, S. Paulo, RT, vol. 1, pp. 41 e ss.

25. Esta a visão que largamente é aceita nos modelos recém-reformados, como o italiano, onde o magistrado surge a fim de desempenhar o papel acima mencionado. Para uma visão global do tema, veja-se V. Grevi, “Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari”, in *Il Nuovo processo penale*, Giuffrè, Milão.

23. Veja-se a este respeito, mais uma vez o nosso *As garantias...*, op. cit., cap. 1, em particular.

permanentes,²⁶ além daquelas medidas cautelares de ordem patrimonial e²⁷, quando legislação complementar houver, nas hipóteses de interceptação telefônica.

O magistrado deve encontrar-se, portanto, distante daquilo que poderíamos chamar de “objeto” da investigação e, mais que isto, sua formação de convencimento não se deve deixar levar pelos informes colhidos ainda na fase da preparação da ação penal. E, muito embora desejável, a prática desmente a desvinculação, estimulando o lado oposto da moeda, na medida em que os próprios autos da investigação caminharão ao lado dos da ação penal.

Do ponto de vista estrutural, ocorre que, não raramente, um único magistrado tomará conhecimento da investigação desde seu início, acompanhará seu desenvolvimento, receberá a inicial acusatória e prosseguirá no feito até final decisão. Todo o material antecedente à ação é de seu conhecimento, inegavelmente influencia seu espírito e predispõe sua utilização, num indesejável contato com algo que tem uma finalidade restrita e não poderia ser amplamente usado.²⁸

26. Trata-se de inovação do texto constitucional através da qual impossibilitou-se a invasão domiciliar nas hipóteses mencionadas. A modificação não foi prontamente aceita nos meios policiais, onde se preconizava a perda da eficácia dos trabalhos de investigação. Certo é que a Constituição nada mais foi que coerente em relação aos princípios constitucionais que a inspirou e, cinco anos após sua edição, a aventada inoperância não chegou a se concretizar.

27. Veja-se sobre a matéria da cautelaridade no processo penal, Romeu Pires Campos Barros, *Processo Penal Cautelar*, Forense, RJ, 1981.

28. É de ser observado que a própria distribuição do inquérito ou do auto de prisão em flagrante para um juízo o torna “preventivo” para a causa. Consulte-se o julgado contido na RT 517/367, citado por Damásio, op. cit., p. 90, que parece encampar o entendimento do acórdão.

Para sanar esta situação, pelo menos duas medidas poderiam ser empregadas: uma diz respeito à separação de autos da investigação para a ação penal; outra, a distinção entre juízes que acompanham a investigação daquele que apreciará o *meritum causa*.

No primeiro plano está, entre outras, a experiência italiana atual. Mas, vale lembrar que a proposta de separação de autos já esteve entre nós há muito tempo, quando da tentativa de reforma do Código de Processo Penal do Distrito Federal (então Rio de Janeiro) na década de 20.

Cardoso de Mello,²⁹ ao abordar o processo reformista acima indicado, esclareceu que “no seio da comissão encarregada pelo Min. João Alves, de elaborar o novo Código de Processo Penal para o antigo Município Neutro, comissão de que participava o prof. Cândido Mendes de Almeida, cogitou-se seriamente, ao que se informa, da abolição do inquérito policial e de transformação dos pretores em juízes de instrução... Com tal objetivo, o Código de 1924, distinguia a investigação da inquirição. O processo de investigação, contendo o auto de prisão em flagrante e os laudos periciais, acompanharia a denúncia ou queixa, para fundamentá-la. Dos autos de inquirição tomaria conhecimento exclusivo o Ministério Público, proibida, *expressis verbis*, a sua juntada ao processo da ação, seja em original, seja através de certidões”.³⁰

29. João de Deus C. de Mello, *Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código de Processo Penal Brasileiro* — de autoria do prof. Hélio Tornaghi, IMESP, S. Paulo, 1966, pp. 36 e ss. Texto: “Inquérito Policial em face do anteprojeto”.

30. Infelizmente não houve guarida para esta feliz concepção da relação investigação/processo e, nas propostas de alteração do Código que se seguiram não se retomou o tema, buscando-se enfrentar aspectos superficiais da investigação.

A divisão fascicular colocaria um ponto final em situações de atrito hoje existentes entre os vários operadores da investigação,³¹ deixando questões que hoje apresentam-se como de difícil solução a serem resolvidas pelo funcionamento normal do modelo acusatório. Entre outras, a própria tramitação da investigação que, a rigor, não se relaciona mais com o magistrado, mas sim burocraticamente entre a polícia judiciária e o *parquet*.

Cumprе destacar que informes de caráter perene, de natureza irrepетível, como os autos de corpo de delito, de local de crime e perícias diversas, cuja realização tem aspecto cautelar, estes sim devem ser transportados para o bojo da ação penal, diferindo-se o contraditório em relação a eles, a fim de viabilizar o andamento das investigações.³²

31. Quanto a este tema, veja-se a observação de Damásio: "Indeferimento do requerimento do Promotor de Justiça no sentido da volta do inquérito a polícia para novas diligências — Não pode fazê-lo o juiz cabendo da decisão correição parcial (TACRIM-SP, RT 455/402). Se o pudesse, como tem entendido a jurisprudência, estaria obrigando o Ministério Público indiretamente, a renunciar ao exercício da ação penal ou à apresentação temerária de uma denúncia (RT 545/378 e 455/402). Isso, entretanto, ocorre na hipótese do art. 16 do Código de Processo Penal, quando o órgão da acusação requer a devolução dos autos do inquérito policial à delegacia de origem para realização de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. Esse o caso previsto nos dois acórdãos citados. Fora daí nada impede que o juiz indefira o requerimento do Ministério Público, isso no caso de requerer diligências prescindíveis ao oferecimento da denúncia (RT 454/378 e 455/402). No sentido de que não pode indeferir o requerimento quando as diligências são imprescindíveis: RT 394/193 e 318/282. É o que se tem entendido (JUTACRIM-SP 12/133, 13/125 e 38/137). (Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, Saraiva, S. Paulo, 9.ª ed., 1991, p. 13).

32. Veja-se o nosso *Garantias...*, op. cit., especialmente cap. 6.

Por outro lado, o modelo acusatório do processo penal também acarreta uma nova forma de atuar do Estado-Juiz em relação ao tema da instrução probatória. Particularmente delicado é este tema, na medida que exige um redimensionamento da tradicional dicotomia existente no processo quanto às chamadas "verdades real e material".³³

A fronteira que ora se rompe é exemplarmente explicada por Grinover, que, após introduzir o tema sob as luzes do processo constitucional, conclui surgir "o indispensável redimensionamento do princípio da verdade real, necessariamente condicionado àquela série de valores que se traduzem pelo método através do qual se desenvolve sua busca. A liberdade do juiz penal, enquanto instrumento essencial para a realização da pretensão punitiva — porque a descoberta da verdade, obtida a qualquer custo, seria a premissa indispensável para atingir o escopo "defesa social" —, mostrou toda a sua falácia, transmutando a busca da verdade em valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual".³⁴

Por mais que a colocação citada repudie o entendimento tradicionalmente reservado à matéria, tem ele a virtude de descortinar os valores políticos embasadores da dicotomia aventada, caracterizando-a como uma fórmula mascarada de intromissão exacerbada do Estado na liberdade individual em nome de um fluido conceito de "defesa social", em nome do qual a liberdade individual é sacrificada.

O modelo acusatório de processo nada mais é que uma opção política direcionada para um Estado democrático e de direito, tendo como uma de suas consequências diretas um novo mapeamento de interes-

33. Consulte-se, entre outros, René Ariel Dotti, "Princípios do Processo Penal", in *Revista do Processo* 67, em especial p. 79.

34. Ada Pellegrini Grinover, "Prova emprestada", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, S. Paulo, RT, vol. 4, especialmente p. 61.

ses e valores para o aparato instrumental penal. Entre eles está um reequilíbrio da balança que tem em cada extremidade as idéias de segurança pública e garantias individuais, e que apresenta justamente no rompimento com a dualidade verdade real x verdade material o seu fiel.

Certamente pode causar espanto a idéia de uma certa distância do juiz neste momento, sendo fácil argumentar com exemplo de uma absolvição ante a inércia ou incapacidade do promovente da ação penal em produzir as provas necessárias. Mas, é justamente numa hipótese como esta que exsurtem vivamente os valores atrás preconizados. Não se cobre nesta situação a atividade do magistrado. Ao contrário, a cobrança pela eficácia (ou não) da repressão neste exemplo extremo 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.³⁵

Quando a opção política é feita, desloca-se o eixo de responsabilidades dos operadores do direito em face da sociedade. Nesta nova "geografia de responsabilidades" do Judiciário cobra-se a observância às garantias constitucionalmente estabelecidas, na mesma medida em que do legitimado ativo cobra-se a eficiência no controle da investigação e na propositura (ou não) da ação e seu desenvolvimento. Para a defesa (técnica, sobretudo), é exigido o esgotamento dos recursos colocados à sua disposição dentro da melhor aplicação permitida em lei.

35. Uma vez mais aflora a posição "garantidora" do magistrado no modelo acusatório. Em outras palavras é a colocação de Cappelletti, quando chama a atenção para o papel do Judiciário na sociedade contemporânea. Veja-se, Mauro Cappelletti, "Costituzionalismo moderno e ruolo del potere del giudiziario nelle società contemporanee", in *Revista do Processo* 68, em especial p. 51.

Assim, o sistema globalmente considerado encerra uma nova forma de funcionamento, novos compromissos sociais e éticos dentro da marcha processual e da própria idéia de uma "instrumentalidade" do processo também destacada no campo penal, exigindo para seu aperfeiçoamento um desapego a antigos cânones, com a certeza de que se constrói algo melhor, no sentido que harmonizado com as aspirações sociais democráticas.

3.3 O papel da vítima na nova ordem

Apresentando ares mais liberais na estruturação do modelo processual, as idéias acusatórias também reservam à vítima um novo papel, assumindo o lesado em seu bem jurídico penalmente tutelado um novo compromisso nesta quadra da vida social, caracterizado sobretudo por um maior poder de interferência no destino da ação ou da investigação preparatória.

No dizer de Delmas-Marty, "este movimento, que tende a integrar o corpo social à justiça penal, ao mesmo tempo em que reduz o caráter "estatal" do modelo, é certamente um dos temas modernos importantes da política criminal", sustentando nesta linha a participação popular (em especial para nosso tópico, a vítima) como "um controle externo ao Estado do funcionamento deste... trata-se de uma participação ativa, o grupo assumindo portanto a responsabilidade pelas infrações, atitude mais dinâmica do que a tradicional apresentação aos especialistas da Justiça; atitude que poderia tornar todo o corpo social consciente e responsável pelas infrações que nele são cometidas".³⁶

O desenvolvimento deste processo entre nós forçosamente será lento, até porque historicamente não temos uma tradição

36. Mireille Delmas-Marty, *Modelos e movimentos de política criminal*, trad. Edmundo Oliveira, Revan Ed., RJ, 1992, em especial p. 76.

de respeito à posição da vítima na persecução penal, dentro da melhor linha estatizante da repressão criminal, fruto que é de uma concepção autoritária de Estado e seu relacionamento com a segurança pública.³⁷

Para um engajamento mais imediato da vítima na persecução penal, algumas medidas poderiam ser tomadas em termos de alteração do direito positivo. Um dos meios é dar-lhe a oportunidade de ciência prévia à ocorrência do arquivamento da investigação da não propositura da ação penal pelo órgão oficial, possibilitando assim diretamente que promova a ação como parte civil, ou mesmo podendo ensejar a revisão do arquivamento de acordo com o mecanismo de controle deste ato.³⁸

Neste ponto, o nosso sistema de controle de arquivamento de investigações preliminares, que é do tipo interno, ou hierárquico (art. 28 do Código de Processo Penal), vez que existente apenas no âmbito do Ministério Público, carece de aperfeiçoamento, justamente para que a vítima possa dele eficazmente participar, juntamente com o magistrado que, embora não podendo impor ao titular da ação o exercício desta, pode provocar o andamento da máquina revisional da promoção de arquivo, a fim de causar a rediscussão da matéria.

37. A consequência acima apontada não é uma herança exclusivamente pátria. Tome-se como exemplo a mesma ordem de idéias e o esforço levado a efeito pela doutrina em resgatar os valores democratizantes do processo penal como acima apontado na Argentina. Consulte-se, entre outros, Pedro Bertolino, *Proceso Penal y servicio de la justicia*, Libreria Editora Platense, La Plata, 1992, em especial cap. II.

38. A forma de controle de arquivamento já foi por nós exposta nas *Garantias...*, op. cit., especialmente cap. 2, cabendo ressaltar que os modernos ordenamentos prevêm a plena participação da vítima neste momento, como é o caso do processo penal alemão.

Outro ponto, mais delicado, é de repensar-se o hoje descompromisso que tem a vítima para com a verdade no nosso ordenamento, questionando-se a validade de tal norma em face de toda uma estrutura acusatória do processo penal que, como visto, clama também por algo que poderia ser rotulado de um “processo penal participativo”, onde não haveria sentido incrementar-se a posição da vítima (endo e exoprocessualmente falando) e não se exigir, em contrapartida, um mínimo de compromisso desta em relação à verdade dos fatos em seu depoimento.

Com efeito, atualmente o Código de Processo Penal no art. 201 isenta o ofendido do compromisso para com a verdade quando de suas declarações, dada sua “peculiar situação” como apontado por Espínola Filho,³⁹ deixando-a verdadeiramente desatrelada à sorte de suas declarações. Surge daí todo um movimento interpretativo que visa equacionar o aspecto de abrangência da palavra do ofendido e sua repercussão no acervo probatório. A tal descompasso chegou o entendimento da matéria que Damásio encampa em sua obra decisão sobre a inexistência do princípio do contraditório nas declarações do ofendido, afirmando que “assim, as partes não intervêm no seu procedimento” (STF 83/938).⁴⁰

A forma de tratamento conferida à matéria pelo Código e mesmo alguns respeitáveis entendimentos doutrinários e jurisprudenciais são colocados na pauta de discussão quando se procura coadunar o modelo acusatório para o processo penal e a participação da vítima, carecendo a tarefa de incessante estudo e, como já foi dito anteriormente, certo desapego

39. Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Freitas Bastos, S. Paulo, 1942, vol. III, em especial, pp. 11 e ss.

40. *Código...*, op. cit., p. 147.

a posturas ideológicas que deram vida ao atual aparato instrumental penal e que, por certo, dificilmente se compatibilizam com o primado constitucional.

4. Propostas de aprimoramento do modelo em futuras revisões constitucionais

Posto como está, o texto constitucional apresenta algumas impropriedades no tocante à alocação de textos que, apresentados em momentos distintos, dificultam a compreensão imediata de que se tratam de componentes de um mesmo sistema.

Caso mais evidente e de que plano toca ao tema aqui tratado é o da norma do art. 129, I, da Constituição, que, tratando de toda a base do modelo acusatório, encontra-se encravado em meio a disposições atinentes ao Ministério Público. Se é certo que esta ubiquação por si só não desnatura o princípio, dá ao menos a infeliz idéia de que se trata de uma conquista corporativa.

Sua melhor disposição seria também no art. 5.º do Texto Magno, onde de resto se encontra o inciso referente à ação penal privada subsidiária da pública (art. 5.º, LIX), formando assim um todo harmonioso com as demais disposições atinentes ao processo penal e que ali se encontram.

Idêntica observação cabe ser feita em relação ao princípio do juiz natural, disperso em dois incisos do mesmo art. 5.º, um versando sobre a impossibilidade de tribunais de exceção e outro referente ao juiz competente (respectivamente XXXVII e LIII), além da garantia da motivação das decisões, esta inserida no capítulo próprio do Poder Judiciário, no art. 93, VIII.

Ainda que não seja este o caminho a solucionar divergentes entendimentos de interpretação, é de todo conveniente uma construção positiva com obediência sistemática, até porque a lei não é editada aleatoriamente, ao contrário, expressa

valores políticos e sociais (sobretudo um texto constitucional) e a correta colocação dos temas encerra igualmente uma tomada de postura em relação a estes mesmos valores. Não por outro motivo inaugura a Constituição, ao lado dos chamados princípios fundamentais (arts. 1.º ao 4.º), os direitos e garantias fundamentais (arts. 5.º ao 17), numa clara explicitação de postura do constituinte em relação a estes temas.

5. Conclusão sobre a necessidade de reforma global do Código de Processo Penal

Se a preocupação com a ordem de redação da Constituição pode apresentar ares puramente acadêmicos, o clamor pela edificação de um novo Código de Processo Penal transcende certamente estes limites e se constitui verdadeira batalha na qual devem se engajar os operadores da Justiça.

Não basta, apenas, a reforma parcial e isolada de pontos determinados do Código. É necessário enfrentar a reforma completa, adequando sistematicamente a ordem infraconstitucional ao primado maior contido no texto político, exigindo deste novo texto o respeito às aspirações sociais ali estampadas, instrumentalizando eficazmente garantias e rompendo com uma tradição politicamente autoritária e academicamente defasada.

Para recordar e finalizar, é forçoso lembrar que este Código de Processo Penal foi criado a partir de idéias da segunda metade da década de 30, tendo sua gestão ainda sob a égide da Carta de 1937; posteriormente, subsistiu (ao menos formalmente) à Constituição de 1946, 1967 e 1969, até que chegasse a atual, além de ter passado por algumas reformas profundas (no âmbito cautelar em final de década de 60, e início da década de 70, bem como a reforma parcial de 1977), dando a certeza de que não sobreviverá, enquanto ordem sistemática, a mais uma reforma parcial.