

Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF

(Organizadores)

Antonio Jorge Pereira Júnior
Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2020

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –

[Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Série Direito – 06

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos; (Orgs).

Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. (Orgs). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

294p.

ISBN – 978-65-87424-28-6

 <https://doi.org/10.36592/9786587424286>

Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br>

CDD-340

1 STF. 2 Inconstitucionalidade. 3 Constituição Federal. 4 Competência. 5 Ativismo Judicial. 6 Abuso de Poder.

Índice para catálogo sistemático – Direito e disciplinas relacionadas – 340

13. A BUSCA PELA DEFINIÇÃO DA ESTRUTURA ACUSATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO



<https://doi.org/10.36592/9786587424286-13>

Mauro Fonseca Andrade¹

Introdução

Não é de hoje que uma certeza está presente em todos os operadores do direito processual penal: a sua codificação *mater* precisa ser substituída por outra mais moderna, pois as lógicas presentes em sua versão original datam da década de 1940. Isso importa reconhecer, portanto, que o pensamento jurídico que levou à concreção do atual Código de Processo Penal é ainda mais antigo.

De sua entrada em vigor até hoje, várias foram as propostas de renovação integral do Código de Processo Penal brasileiro. Basta lembrarmos, a título de exemplo, os intentos reformistas de Helio Tornaghi², de José Frederico Marques³, do Projeto de Lei nº 633 (1975),⁴ do anteprojeto de lei (1981)⁵ e da comissão nomeada pelo Senado Federal em 2008.⁶

Invariavelmente, razões menos nobres levaram os Poderes Executivo ou Legislativo a não finalizarem a trajetória reformista, relegando aqueles projetos aos arquivos da história ou a uma cansativa demora em sua tramitação, a ponto de já serem considerados merecedores de profundas alterações assim que entrarem em vigor.⁷ É por causa dessa dificuldade, em se concluir as reformas globais de nosso Código de Processo Penal, que o legislador vem fazendo uso de alterações pontuais, dentre as

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona/Espanha, Professor Titular da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP), Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Promotor de Justiça/RS.

² TORNAGHI, Helio. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1963.

³ BRASIL. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Sugestões Literárias, 1970.

⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código de Processo Penal** (Projeto de Lei nº 633/1975, na CD) (Conferências). Brasília: Centro de Documentação e Informação/Coordenação de Publicações, 1977.

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. **Anteprojeto do Código do Processo Penal**. Brasília: [s.ed.], 1981.

⁶ SENADO FEDERAL. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009.

⁷ Este é o caso, por exemplo, do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, convertido no Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, que segue em tramitação na Câmara dos Deputados. Sobre o tem, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. 10 anos do projeto de Novo Código de Processo Penal: ainda é possível sustentar sua viabilidade? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 159-178, 2019.

quais se insere a Lei nº 13.964/2019, que também proporcionou alterações no Código Penal e na Lei de Execução Penal.

Em âmbito processual penal, vários foram os pontos que vêm merecendo detida atenção por parte da doutrina, fruto do forte impacto que provocaram na praxe estabelecida há décadas no Brasil. Dentre elas, é possível indicar a citação em sede de inquérito policial (§ 1º do artigo 14-A), a revisão periódica da prisão preventiva (§ único do artigo 316), a figura do juiz das garantias (artigo 3º-B a F)⁸ e a estrutura acusatória do processo penal brasileiro (artigo 3º-A).

É bem verdade que as duas últimas novidades se encontram suspensas, por força da liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux, em sede de ações diretas de inconstitucionalidade. Contudo, essa suspensão não impediu que o Supremo Tribunal Federal, ainda que por meio de decisão monocrática, invocasse a adoção de uma *estrutura acusatória* como razão de decidir, tal como se verificou na decisão proferida no Habeas Corpus 160.496/Rio Grande do Sul.⁹

O entendimento sobre o que representaria essa *estrutura acusatória* não se mostrou adequado a uma realidade atual e histórica, razão pela qual tal julgado foi por nós eleito para demonstrar os problemas que advirão, com a entrada em vigor do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, acaso posições desprovidas da devida cientificidade insistirem em permanecer presentes no dia-a-dia do direito processual penal brasileiro.

1 A inserção da estrutura acusatória no direito processual penal brasileiro

Em estudo publicado no ano de 2008, tivemos oportunidade de sustentar a ideia de que o processo penal brasileiro não se vincularia a um sistema processual penal em específico. Ao contrário, o fato de ele adotar dois modelos de processo penal (um, vinculado à lógica acusatória; e outro, vinculado à lógica mista) excluiria o requisito *unicidade*,¹⁰ de extrema importância para a configuração de um sistema.

⁸ Sobre a inserção do juiz das garantias no direito brasileiro, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

⁹ STF, Medida Cautelar no Habeas Corpus 160.496/Rio Grande do Sul, rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. em 4 de setembro de 2020.

¹⁰ Também conhecido como *principium unitatis*, ele exigiria a consolidação do direito processual penal de um país em torno de um único sistema, evitando tratamentos distintos para situações idênticas (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 12-20.

Como caminho a ser seguido para solucionar tal constatação, apontamos o exemplo do legislador constituinte português, que, em 1976, elegeu a vinculação do seu processo penal a uma *estrutura acusatória* como um dos direitos fundamentais de todo cidadão lusitano.¹¹ À época, sugerimos a inserção de uma definição sistêmica no próprio artigo 5º de nossa Constituição Federal, mais especificamente, a alteração de seu inciso LIX, que passaria a contar com a seguinte redação: “o processo terá natureza acusatória, sendo admitida ação privada nos crimes de ação penal pública, se esta não for intentada no prazo legal”.¹²

A criação de uma proposta de emenda constitucional, para tratar de um tema tão mal cuidado por grande parte dos operadores do Direito no Brasil, era algo praticamente impossível. Foi por isso que, dada a notícia de criação de uma comissão de juristas – pelo Senado Federal – voltada à redação de um anteprojeto de novo Código de Processo Penal, entendemos por bem encaminhar uma série de sugestões aos trabalhos que teriam início, momento em que reafirmamos a necessidade de uma definição sistêmica do processo penal brasileiro.¹³

Ainda que apresentando limitações não condizentes propriamente com o sistema acusatório, aquela comissão de juristas foi sensível à nossa sugestão, e incluiu, já nas primeiras disposições do anteprojeto de novo Código de Processo Penal, a seguinte redação ao artigo 4º: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

O texto do anteprojeto foi prontamente convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. E, superada a tramitação no Senado Federal, foi ele remetido à Câmara dos Deputados, onde recebeu a designação de Projeto de Lei nº 8.045, de 2010. Em ambas as Casas Legislativas, a preocupação com a definição sistêmica do processo penal brasileiro se manteve, com o apontamento de adoção de uma *estrutura acusatória*.

CASTANHEIRA NEVES, A. A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido. In: **Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2, p. 179).

¹¹ Diz o artigo 32,5 da Constituição Portuguesa: “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.

¹² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 461-463.

¹³ ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, nº 61, p. 113-131, mai./out. 2008.

A longa tramitação do Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, fez com que o legislador entendesse por antecipar algumas de suas novidades, daí advindo, então, a Lei nº 13.964, de 2019. Embora erroneamente vinculada pelo legislador à disciplina ou justificativa para a inserção do *juiz das garantias*,¹⁴ certo é que a *estrutura acusatória* foi inserida em nossa realidade legislativa. Mais que isso, essa inserção já começa a trazer sérias preocupações em relação ao que esta expressão comporta, tal como verificado no entendimento apresentado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, na decisão monocrática proferida no *Habeas Corpus* 160.496/RS, datada de 4 de setembro de 2020.

É por essa razão que se faz mais que necessário o estudo da origem da expressão *estrutura acusatória*, e vermos se a definição e limitação dadas no julgado citado se ajustam corretamente aos postulados da estruturação sistêmica dada ao processo penal brasileiro.

2 A origem portuguesa da expressão “estrutura acusatória”

Após a Revolução dos Cravos (25 de abril de 1974),¹⁵ as forças políticas de Portugal se organizaram para a construção de uma nova Constituição da República, o que veio a se consolidar em 1976. A partir de sua configuração como um Estado Democrático de Direito, e de uma maior atenção aos Direitos e Deveres Fundamentais, o legislador se dedicou às lógicas básicas a serem aplicáveis ao processo criminal lusitano, entre elas, estabelecendo que “O processo criminal tem *estrutura acusatória*, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório” (artigo 32º,5) (destaque nosso).

Tal como se verificou na reforma legislativa brasileira de 2019, o constituinte português também não se ocupou em definir o que seria essa *estrutura acusatória*.¹⁶

¹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Grupo de Trabalho – Legislação Penal e Processual Penal. Grupo de Trabalho instituído para analisar os Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019. **Relatório Final**. Brasília, p. 38.

¹⁵ Sobre a Revolução dos Cravos, ver: MARTINHO, Francisco Carlos Palomanes. A Revolução dos Cravos e a historiografia portuguesa. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, vol. 30, nº 61, p. 465-478, mai./ago. 2017.

¹⁶ BARREIROS, José António. A Nova Constituição Processual Penal. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 48, v. 2, set. 1988, p. 429.

Isso fez com que parte da doutrina a considerasse como integrante de um grupo de “conceitos relativamente indeterminados” inseridos no novo texto constitucional.¹⁷

Em sua origem, a previsão de uma *estrutura autenticamente acusatória* partiu de uma proposição feita por Jorge de Figueiredo Dias, que a ligou ao sistema processual acusatório.¹⁸ Apesar disso, pouco a pouco, a doutrina portuguesa passou a alargar e, até mesmo, a desconfigurar a vinculação sistêmica proposta por aquele autor.

Dentre os constitucionalistas, Canotilho e Moreira equivaleram *estrutura acusatória* ao *princípio acusatório*, que significaria “que só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento”.¹⁹ Além disso, também defenderam a existência de uma separação entre as fases de instrução (recebimento da acusação ou negativa de seu ajuizamento), acusação e julgamento, o que levaria à separação entre o juiz da instrução, o acusador e o juiz do julgamento.²⁰

Já, entre os autores processualistas penais, houve quem ligasse a estrutura acusatória ao melhor exercício do direito de defesa,²¹ com necessário atendimento aos princípios da oralidade, publicidade e contraditório, mas reforçando a separação de funções entre o juiz instrutor, o acusador e o juiz julgador.²² Mais restrito foi o entendimento de quem defendeu a ideia de que a estrutura acusatória significaria a separação entre quem investiga e acusa (ambas as funções exercidas pelo Ministério Público) daquele sujeito processual com função decisória,²³ mas sem descurar da presença dos princípios da oralidade, imediação e contraditório.²⁴

Uma década depois da entrada em vigor da Constituição da República, o legislador se voltou a reestruturar a legislação processual penal lusitana, por meio da Lei nº 43/86. Dentre os comandos encaminhados para a construção de um novo

¹⁷ BARREIROS, José António. *A Nova Constituição Processual Penal*. Ob. cit., p. 432.

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1. ed. 1974. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 269.

¹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. vol. I, p. 522.

²⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Ob. cit., p. 522.

²¹ PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Arthur. **A Constituição e o Processo Penal**. 1. ed. 1976. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 25.

²² PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Arthur. **A Constituição e o Processo Penal**. Ob. cit., p. 51.

²³ ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 21.

²⁴ ANTUNES, Maria João. *Direito ao Silêncio e Leitura em Audiência de Declarações do Arguido*. **Revista Sub Judice**, Coimbra, set./dez. 1992, p. 25.

Código de Processo Penal, encontrava-se o “Estabelecimento da máxima acusatoriedade do processo penal, temperada com o princípio da investigação judicial”.²⁵ E, conforme perfeitamente se vê na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal português, a lição foi seguida à risca, pois o legislador equivaleu *estrutura acusatória* a *sistema acusatório*.²⁶

Infelizmente, a doutrina voltada à compreensão do novo Código de Processo Penal incidiu no mesmo equívoco da doutrina constitucionalista, passando a entender a estrutura acusatória como representativa de várias características, muitas delas desapegadas da essência que marca o sistema acusatório.²⁷ Mesmo assim, é indiscutível que, dentro da construção lusitana do que seria sua estrutura acusatória, coube ao Ministério Público a presidência do inquérito (artigo 263º) e a titularidade da ação penal pública (artigo 48º), ao passo que o juiz seguiu estando vinculado, até por força das diretrizes apontadas pelo legislador, ao princípio da investigação judicial (artigo 340º).

3 Notas sobre o Habeas Corpus 160.496

A invocação da expressão *estrutura acusatória* pelo Supremo Tribunal Federal, como razão de decidir, em muito antecede à sua própria adoção no anteprojeto de novo Código de Processo Penal. Já na década de 1990, o Ministro Celso de Mello se referia a ela como representativa da necessária observância, por parte do Ministério Público,

²⁵ PORTUGAL. Lei nº 43/86. **Diário da República**, I Série, número 222, Sexta-feira 26 de setembro de 1986, p. 2732).

²⁶ Diz a Exposição de Motivos: “Da mesma postura revelam, em geral, todas as disposições que, como implicações do sistema acusatório, visam realizar, na medida do possível, a reclamada «igualdade de armas» entre a acusação e a defesa” (Título II, nº 6).

²⁷ SILVA, Germano Marques da. O processo penal português e a convenção europeia dos direitos do homem. **Revista CEJ**, Brasília, v. 3, nº 7, p. 84-92, jan./abr. 1999. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/issue/view/17>. SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. Lisboa: Verbo, 2011. Vol. II, p. 158. MOTA, José Luís Lopes da. A Fase Preparatória do Processo Penal Português. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, Ano 10, Volume 19, p. 219-257, jan./jun. 2002. JACINTO, F. Teodósio. O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, A. 30, nº 118, p. 5-44, abr./jun. 2009. ONETO, Isabel. As declarações do arguido e a estrutura acusatória do processo penal português. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto**, Porto, vol. 2, nº 2, p. 165-180, 2013. CUNHA, José Damião da. O Regime Processual de Leitura de Declarações na Audiência de Julgamento. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, A. 7, p. 403-444, jul./set. 1997. MESQUITA, Paulo Dá. **Processo penal, prova e sistema judiciário**. Coimbra: Coimbra, 2010. AGOSTINHO, Patrícia Naré. **Intrusões corporais em processo penal**. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

aos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, à hora de ajuizar a sua ação penal condenatória.²⁸ Ou seja, a *estrutura acusatória* foi entendida como correspondente da estrutura da *peça acusatória*.

Recentemente, após a entrada em vigor da Lei nº 13.964, de 2019, o Ministro Marco Aurélio Mello igualmente invocou a expressão *estrutura acusatória* como razão de decidir. No entanto, seu entendimento não esteve pautado pelo conteúdo da acusação, senão pela separação de funções e pela postura judicial na fase probatória.

De acordo com a decisão proferida pelo Ministro citado, o sistema acusatório haveria sido preconizado pela Constituição Federal, e estaria representado pela necessidade de diferenciação entre quem investiga, acusa e julga. Ademais, por força do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, ao juiz estaria vedada a atuação probatória supletiva em relação à acusação, cabendo a ele, tão-só, a produção de prova *ex officio* para suprir dúvida, tal como autorizado pelo artigo 156, inciso II, e artigo 209 daquele mesmo texto legal.²⁹

Além da invocação, como fundamento decisório, de um dispositivo do Código de Processo Penal que, sabidamente, encontra-se suspenso por força de medida liminar daquela mesma Corte, chama-nos a atenção a visão toda própria e particular do instituto *sistema acusatório* por parte do Ministro Marco Aurélio Mello.

Já de início, não se mostra correto afirmar que a Constituição Federal *preconizou* tal sistema processual penal. Bem demonstra isso a própria inserção do artigo 3º-A no corpo do Código de Processo Penal, a fim de afastar outras tantas práticas ligadas a outros sistemas processuais penais, em especial, o sistema misto.

Concretamente, a intenção original para a fixação expressa de adoção do sistema acusatório foi dar fim às investigações criminais presididas pelo Poder

²⁸ STF, 1ª Turma, Habeas Corpus 69.282-6/São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 30/06/1992. STF, 1ª Turma, Habeas Corpus 72.506-6/Minas Gerais. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23/05/1995.

²⁹ Textualmente: "(...) 2. No sistema acusatório, tal como preconizado pela Constituição Federal, há a separação das funções de investigar, acusar e julgar, de modo a preservar a neutralidade e imparcialidade do Órgão judicante, considerado o necessário distanciamento dos interesses processuais das partes. O artigo 3-A do Código de Processo Penal veda a atuação supletiva do julgador: 'Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação'. O Juízo, levando em conta não ter o Ministério Público arrolado testemunhas, determinou, de ofício, a audição de um dos policiais ouvidos durante o inquérito, assentando que o paciente, no interrogatório, permaneceu em silêncio, deixando de confessar a prática do crime. Na sentença condenatória, utilizou a prova produzida, sem pedido das partes, para condenar o réu. O comportamento revela a adoção de postura ativa na produção probatória, visando suprir a ausência de provas produzidas pela parte. Embora os artigos 156, inciso II, e 209 do Código de Processo Penal possibilitem a iniciativa do Juiz, tem-se que esta há de estar voltada a dirimir dúvida. Contraria a organicidade do Direito atuar em função do Estado acusador".

Judiciário (juizado de instrução), cuja presença no Brasil se verifica em casos pontuais. Por qual motivo isso é tão importante? Ora, em permanecendo tais investigações judiciais, teremos, entre nós, um claro exemplo de adoção de sistema misto. E, em havendo uma mínima parcela de situações ligadas ao sistema misto – ainda que em detrimento da imensa maioria ligada ao sistema acusatório –, o que teremos é o afastamento do *principium unitatis*, ou seja, o direito processual penal de nosso país não estará unificado em torno de uma só lógica. Em suma, a permanência de inquéritos judiciais em nossa legislação impede que tenhamos um *sistema processual penal* no Brasil, o que leva à inviabilidade de esse sistema ser identificado como *acusatório*.³⁰

A melhor demonstração disso é a existência do próprio Inquérito 4781 do Supremo Tribunal Federal, que vem se mantendo em tramitação, apesar de não guardar qualquer relação com o sistema acusatório, por ser um típico representante de investigação presente somente no sistema misto. Que o diga o *Code d’Instruction Criminelle* francês de 1808.³¹

Além do mais, ao afirmar que o sistema acusatório significaria a separação entre quem investiga, acusa e julga, o Ministro Marco Aurélio Mello conseguiu, a um só tempo, apartar-se não só de sua concepção histórica, senão também de sua concepção atual.

Quanto à concepção histórica, não é surpresa para ninguém que, na antiguidade, a apuração preparatória para a acusação era uma tarefa, geralmente, de quem iria acusar. Essa era a realidade encontrada no direito ateniense³² e no direito romano.³³ Já, quanto à concepção atual, poderíamos citar mais de uma dezena de países que adotam o sistema acusatório com a opção pela investigação criminal presidida pelo Ministério Público. Entretanto, dada a limitação do presente texto, restringimo-nos nada menos que ao próprio exemplo português, de onde a expressão *estrutura acusatória*, utilizada pelo legislador e pelo próprio Ministro Marco Aurélio

³⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Ob. cit., p. 461-463. ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal. Ob. cit., p. 113-131.

³¹ Ninguém menos que a codificação que melhor representou o sistema misto enumera uma série de autoridades legitimadas a investigar criminalmente, dentre elas, a figura do juiz instrutor. Neste sentido, diz o seu artigo 9: “La police judiciaire sera exercée sous l’autorité des cours impériales, et suivant les distinctions qui vont être établies, (...) Et par les juges d’instruction” (Code Criminel. In: **Codes de L’Empire Français**. Paris: Le Prieur Libraire, 1811).

³² PAOLI, Ugo Enrico. **Studi sul Processo Atico**. Padova: Cedam, 1933, p. 82.

³³ ZANON, Giorgia. **Le Strutture Accusatorie della ‘Cognitio Extra Ordinem’ nel Principato**. Padova: Cedam, 1998, p. 19.

Mello, foi copiada. Como nos referimos acima, a estrutura acusatória lusitana, entendida como sistema acusatório, tem, como condutor da investigação criminal, ninguém menos que o próprio Ministério Público (artigo 263º).

A bem da verdade, a definição dada pelo Ministro Marco Aurélio, referente ao sistema acusatório, somente é encontrada no Brasil,³⁴ e foi *montada* no período em que se discutia, fortemente, a viabilidade constitucional da investigação criminal presidida pelo Ministério Público. Ou seja, essa definição foi uma proposital criação tupiniquim para obstaculizar a legitimidade investigatória do acusador público brasileiro, posição, aliás, assumida pelo referido Ministro em seus votos em torno dessa questão.³⁵

Por fim, no que diz respeito à atividade probatória *ex officio judicis*, é possível observar que o Ministro em questão não é adepto da teoria da gestão da prova, o que pode ser considerado um grande avanço, em razão dos graves erros – para se dizer o mínimo – verificados na *construção* dessa teoria, que também pode ser considerada uma criação tupiniquim.³⁶ Entretanto, o caso objeto da decisão em análise não se mostra tão simples quanto se parece.

A decisão proferida no *Habeas Corpus* 160.496 foi no sentido de suspender os efeitos de sentença condenatória transitada em julgado, sob o fundamento de quebra do princípio acusatório na fase probatória, em razão de o julgador de primeiro grau haver determinado a oitiva de testemunha não arrolada pelo Ministério Público. Isso porque, o acusador público, ao oferecer a denúncia pelo crime de contrabando, não havia arrolado testemunhas do fato, fundamentando-a com base nos depoimentos e demais documentos produzidos na fase de investigação.

Feito esse esclarecimento, é importante deixar claro que a atividade probatória *ex officio judicis* não diz respeito somente a questionamentos, durante a audiência, que o juízo poderá realizar para suprir suas dúvidas. Conforme bem aponta o inciso II do

³⁴ MORAIS FILHO, Antônio Evaristo. O Ministério Público e o Inquérito Policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 19, p. 105-110, jul./set., 1997, p. 108. ALMEIDA, Leonei Maruí Moura de. Interceptação das Comunicações Telefônicas: Ato Exclusivo de Investigação Criminal ou de Polícia Judiciária. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 12, nº 141, ago. 2004, p. 15. PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Da Ilegalidade da Investigação Criminal Exercida Exclusivamente, pelo Ministério Público no Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº 315, jan. 2004, p. 101 e 105.

³⁵ Por todos, invocamos: STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário 593.727/Minas Gerais. Repercussão Geral, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 14/05/2015.

³⁶ Sobre sua constrangedora criação, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 197-239. ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da Gestão da Prova: um confronto consigo mesma. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre, a. 10, nº 18, p. 141-200, 2010.

artigo 156 do Código de Processo Penal, quaisquer diligências poderão ser realizadas pelo juízo – aí estando inserida a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes – igualmente para “dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

A decisão proferida no *Habeas Corpus* 160.496 não reproduz nenhuma manifestação do juízo de primeiro grau, a ponto de se saber qual o motivo que o levou a determinar a oitiva de testemunha não arrolada pela acusação. Por isso, partir-se, unicamente da decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, para afirmar que houve, de fato, infringência àquele princípio, mostra-se uma grande temeridade. Sempre bom lembrar que, conforme narra aquela decisão, o Ministro afirma que o réu ficou em silêncio em seu interrogatório.

Pois bem. Desnecessário seria dizer que o julgador não está restrito à prova oral para firmar sua convicção. Em processos envolvendo o crime de contrabando, essa realidade fica ainda mais palpável com os documentos que instruem a peça inicial acusatória, em especial, o auto de apreensão dos bens que estavam na posse da pessoa investigada. Ou seja, em razão da não adoção, como regra, da prova tarifada em nosso direito processual penal, nada impede que a condenação se dê, de modo exclusivo, a partir das provas documentais presentes nos autos. E, caso surjam dúvidas em razão delas, autorizado está o juízo a invocar o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal para supri-las.

Enfim, a ausência de reprodução da decisão do juízo de primeiro grau, ao determinar a produção de prova oral de ofício, não nos permite conhecer os motivos que levaram aquele julgador a assim proceder. Não se sabe, a título de exemplo, tampouco se a testemunha ouvida tinha alguma informação a ser prestada em benefício do acusado ou se a sentença condenatória levou o seu depoimento, unicamente, como fundamento para a responsabilização penal do réu. Logo, seria temerário, de nossa parte, firmar posição sobre a correção, ou não, da postura adotada pelo juízo *a quo*. Houve, portanto, uma clara omissão na fundamentação apresentada na decisão proferida no *Habeas Corpus* 160.496.

Conclusão

A decisão proferida no *Habeas Corpus* 160.496 pelo Ministro Marco Aurélio Mello, longe de ser trazida à discussão para ser exposta a uma crítica pelo mundano

prazer da crítica, foi por nós abordada para dar mostra de como os temas *sistemas processuais penais e estrutura acusatória* não vêm recebendo um tratamento sério não só pela doutrina, mas também pelo nosso Tribunal de mais alta hierarquia judiciária. No mais das vezes, os slogans *acusatório* e *inquisitivo* têm sido invocados como base para a sustentação de posições ideológicas desprovidas de qualquer seriedade acadêmica.

Em nada mais que quatro parágrafos, o Ministro Marco Aurélio conseguiu invocar, como razão de decidir: a) um artigo do Código de Processo Penal que se encontra suspenso; b) um vínculo sistêmico dito obrigatório, mas inexistente, por parte de nossa Constituição Federal; c) o descompasso histórico de sua visão de sistema acusatório (estrutura acusatória); d) o descompasso atual de sua visão de sistema acusatório (estrutura acusatória); e e) a incompreensão do real alcance da atividade probatória *ex officio judicis*.

Não nos orgulha em nada expor essa sequência de equívocos que bem poderiam ser evitados com um estudo mais detido sobre um instituto que vem pautando uma série de decisões há muito tempo no país (qual seja, o sistema acusatório). Entretanto, a decisão proferida no *Habeas Corpus* 160.496 pode ser invocada como um importante parâmetro em relação à forma como a discussão em torno da definição da estrutura acusatória terá em nosso país, caso o projeto de novo Código de Processo Penal seja – algum dia – aprovado, ou seja levantada a suspensão que atinge o artigo 3º-A de nossa atual codificação.

A final de contas, nunca se disse que os parâmetros investigativos, presentes nos meios verdadeiramente científicos das mais variadas áreas do conhecimento, não podem também se fazer presentes na rotina de nossa mais elevada Corte Judiciária.

Referências

AGOSTINHO, Patrícia Naré. **Intrusões corporais em processo penal**. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

ALMEIDA, Leonei Maruí Moura de. Interceptação das Comunicações Telefônicas: Ato Exclusivo de Investigação Criminal ou de Polícia Judiciária. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, a. 12, nº 141, p. 14-15. ago. 2004.

ANDRADE, Mauro Fonseca. 10 anos do projeto de Novo Código de Processo Penal: ainda é possível sustentar sua viabilidade? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 159-178, 2019.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, nº 61, p. 113-131, mai./out. 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da Gestão da Prova: um confronto consigo mesma. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre, a. 10, nº 18, p. 141-200, 2010.

ANTUNES, Maria João. Direito ao Silêncio e Leitura em Audiência de Declarações do Arguido. **Revista Sub Judice**, Coimbra, p. 25-26, set./dez. 1992.

ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2016.

BARREIROS, José António. A Nova Constituição Processual Penal. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 48, v. 2, p. 425-448, set. 1988.

BRASIL. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Sugestões Literárias, 1970.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Código de Processo Penal** (Projeto de Lei nº 633/1975, na CD) (Conferências). Brasília: Centro de Documentação e Informação/Coordenação de Publicações, 1977.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Grupo de Trabalho – Legislação Penal e Processual Penal. Grupo de Trabalho instituído para analisar os Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019. **Relatório Final**. Brasília, p. 1-203.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Anteprojeto do Código do Processo Penal**. Brasília: [s.ed.], 1981.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. vol. I.

CASTANHEIRA NEVES, A. A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido. In: **Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2.

CUNHA, José Damião da. O Regime Processual de Leitura de Declarações na Audiência de Julgamento. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, A. 7, p. 403-444, jul./set. 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1. ed. 1974. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FRANÇA. Code Criminel. In: **Codes de L'Empire Français**. Paris: Le Prieur Libraire, 1811.

JACINTO, F. Teodósio. O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, A. 30, nº 118, p. 5-44, abr./jun. 2009.

MARTINHO, Francisco Carlos Palomanes. A Revolução dos Cravos e a historiografia portuguesa. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, vol. 30, nº 61, p. 465-478, mai./ago. 2017.

MESQUITA, Paulo Dá. **Processo penal, prova e sistema judiciário**. Coimbra: Coimbra, 2010.

MORAIS FILHO, Antônio Evaristo. O Ministério Público e o Inquérito Policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 19, p. 105-110, jul./set., 1997.

MOTA, José Luís Lopes da. A Fase Preparatória do Processo Penal Português. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, Ano 10, Volume 19, p. 219-257, jan./jun. 2002.

ONETO, Isabel. As declarações do arguido e a estrutura acusatória do processo penal português. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto**, Porto, vol. 2, n. 2, p. 165-180, 2013.

PAOLI, Ugo Enrico. **Studi sul Processo Atico**. Padova: Cedam, 1933.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Da Ilegalidade da Investigação Criminal Exercida Exclusivamente, pelo Ministério Público no Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº 315, p. 100-106, jan. 2004.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Arthur. **A Constituição e o Processo Penal**. 1. ed. 1976. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PORTUGAL. Lei nº 43/86. **Diário da República**, I Série, número 222, Sexta-feira 26 de setembro de 1986, p. 2731-2737.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. Lisboa: Verbo, 2011. Vol. II, p. 158.

SILVA, Germano Marques da. O processo penal português e a convenção europeia dos direitos do homem. **Revista CEJ**, Brasília, v. 3, nº 7, p. 84-92, jan./abr. 1999. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/issue/view/17>.

TORNAGHI, Helio. **Anteprojeto de Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1963.

ZANON, Giorgia. **Le Strutture Accusatorie della ‘Cognitio Extra Ordinem’ nel Principato**. Padova: Cedam, 1998.