

PARECER

TEMA

TEORIA DA GESTÃO DA PROVA

MAURO FONSECA ANDRADE

ASSESSOR CRIMINAL DA AMPRGS

EMENTA

**TEORIA DA GESTÃO DA PROVA: ADESÃO
PELA 6ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA. INCONSISTÊNCIA
HISTÓRICA, DOGMÁTICA E DE DIREITO
COMPARADO. CONSEQUÊNCIAS.**

SUMÁRIO

A SITUAÇÃO.....	3
1 GÊNESE DA <i>GESTÃO DA PROVA</i>	5
2 O TARDIO ACOLHIMENTO PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS	10
3 ANÁLISE DE SEUS PRESSUPOSTOS	14
3.1 PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS	16
3.1.1 Modelo de Sistema Acusatório.....	16
3.1.1.1 Direito Romano	16
3.1.1.2 Direito Inglês	19
3.1.1.3 Os Efeitos do Princípio Dispositivo no Sistema Acusatório	21
3.1.2 Modelo de Sistema Inquisitivo.....	23
3.1.2.1 Origem do Sistema Inquisitivo	24
3.1.2.2 Marcas de um Preconceito	26
3.1.2.3 O Acusador no Modelo Inquisitivo	30
3.2 PRESSUPOSTO DOCTRINÁRIO	34
3.2.1 Conceito de Sistema	34
3.2.2 A Doutrina Italiana.....	39
3.3 PRESSUPOSTO CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	46
3.4 PRESSUPOSTO IDEOLÓGICO	49
4 UM RESULTADO PREOCUPANTE.....	57
CONCLUSÃO	60

Resumo: A Teoria da Gestão da Prova prega que a diferença entre os sistemas acusatório e inquisitivo está centrada no papel a ser exercido pelo juiz na fase probatória. Assim, onde o juiz tem liberdade para atuar na fase probatória, o sistema será inquisitivo; onde o juiz deve figurar apenas como mero árbitro, o sistema será acusatório. O presente texto pretende, portanto, analisar detalhadamente os fundamentos que ela utiliza para chegar a tal conclusão, motivado por sua recepção pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

A SITUAÇÃO

A discussão em torno da real conceituação dos sistemas acusatório e inquisitivo, com a consequente delimitação de papéis de cada sujeito da relação processual, vem ganhando, nos últimos anos, contornos jamais verificados em nossa doutrina e jurisprudência nacionais.

Seja a partir de definições tradicionais proporcionada pelos autores clássicos, seja a partir de realidades experimentadas com a Carta Constitucional de 1988 – *i.e.*, a concessão da titularidade da ação penal ao Ministério Público, a existência de garantias individuais e direitos fundamentais, a opção por um Estado Democrático de Direito, entre outras –, na atualidade convivemos com cerca de uma dezena de conceituações distintas para um mesmo objeto de investigação ou premissa para a tomada de decisões, qual seja, o que se entende por sistema acusatório e sistema inquisitivo.

Como consequência, a partir do momento em que os Tribunais Superiores firmaram entendimento de que nosso sistema seria o acusatório¹, vem-se verificando, por todo o país, a existência de uma verdadeira guerra doutrinária e jurisprudencial. Nela, as mais diferentes vertentes procuram expor a correção de seus postulados, em especial quando abordam e indicam os limites da atuação judicial, ao longo de toda persecução penal, dentro desse mesmo sistema acusatório.

Nesse contexto, em que o sistema acusatório aparece ora como autorizador, ora como limitador de uma mesma postura judicial, merece especial destaque a chamada *teoria da gestão da prova*, que aportou no cenário nacional com a pretensão de simplificar a identificação de um ou outro sistema processual penal, e acabar, de uma vez por todas, com uma controvérsia surgida há mais de cento e sessenta anos no meio doutrinário internacional². Em termos simples, ela prega que a diferença entre os sistemas acusatório e inquisitivo estaria na postura do juiz durante a fase probatória. Assim, nas legislações em

¹ Embora essa seja a realidade junto aos nossos Tribunais Superiores, já tivemos oportunidade de afirmar, em outras ocasiões, que ninguém menos que eles próprios – leia-se, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – vêm proferindo decisões que contrariam a afirmação de que nossa Carta Maior optou pela adoção do sistema acusatório. Sobre o tema, veja-se: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 449-464. ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória “*ex officio judicis*” na recente reforma processual penal. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*. Porto Alegre, nº 3, p. 49-75, 2009.

² Referimo-nos à divergência que houve entre Carmignani e Mittermaier, exatamente em relação à correta composição dos elementos informadores dos sistemas acusatório e inquisitivo (CARMIGNANI, Giovanni. *Teoria delle Leggi della Sicurezza Sociale*. Pisa: Fratelli Nistri, 1832, p. 32 e segs. Tomo IV. MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. 2. impressão. Trad. de Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 42-45).

que o juiz está autorizado a adotar uma postura ativa nessa fase – portanto, autorizado, ainda que sob determinadas condições, a questionar e produzir prova *ex officio* –, o sistema seria inquisitivo; e nas legislações em que o juiz tem o dever de adotar uma postura completamente inerte, figurando como um mero árbitro da atuação das partes, o sistema seria acusatório.

Partindo desse contorno conceitual, um forte e influente segmento doutrinário nacional vem se empenhando na difusão não só da correção dos postulados da teoria da gestão da prova, senão também de sua consequência mais palpável, que seria a inconstitucionalidade dos incisos I e II do artigo 156 do CPP, por utilizar, como pressuposto óbvio, a adoção do sistema acusatório por parte da Constituição. Consequência disso é que o número de adeptos dessa teoria tem sido cada vez maior em todo o país, o que indica o sucesso que tal empreendimento vem obtendo junto a espaços acadêmicos de índole claramente liberal, e igualmente junto a espaços judiciais, onde se destaca recente decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Em razão da simplificação utilizada no critério de distinção entre os sistemas acusatório e inquisitivo, aliada à forma – em muito similar à industrial – como tal teoria vem sendo divulgada no país, ela está alcançando um inegável *status* de *verdade absoluta*, havendo quem, inclusive, tenha erigido-a à condição de princípio. Mas o que nos chama mais a atenção é a ocorrência de uma adesão perigosamente acrítica, sem dúvida alguma tributada à respeitabilidade dos conhecidos nomes que a encabeçam no país. E isso é extremamente perigoso e preocupante, pois estamos a tratar de uma simples *teoria*, que, para merecer toda essa adesão, precisa ser submetida à comprovação, o que não ocorreu até o momento.

Motivado justamente por esse *sucesso de audiência e público*, e pela notória falta de submissão dessa teoria à validação de seus postulados, o objetivo do presente estudo é analisar, com um pouco mais de rigor científico, cada argumento histórico e dogmático individualmente utilizado pelos próprios difusores da teoria da gestão da prova. Invocando o exemplo deixado por Cícero, essa verdadeira dissecação de seus fundamentos fará com que procuremos compreender “as coisas grandes a partir das pequenas”³.

³ CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Livro 1. 146. Trad. por Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 70. Trad. de *De Officiis*.

Nessa tarefa, faremos uso, em grande parte, dos próprios textos – documentos históricos e doutrina estrangeira – manejados ou citados pelos autores que lhe dão suporte em nosso país. Isso nos ajuda a demonstrar que nossa intenção, em realidade, é confrontar a teoria da gestão da prova consigo mesma, como quem se posta frente ao espelho, e observa a imagem que nele aparece. Veremos, pois, se essa teoria guarda alguma chance de se sustentar, a partir das fontes que ela própria invoca para existir e ser difundida em nosso país.

1 GÊNESE DA GESTÃO DA PROVA

A teoria da gestão da prova aparece, ao menos com mais força, junto à doutrina italiana quando da reforma de seu Código de Processo Penal, ocorrida no final da década de oitenta do século passado. Mas, para compreender melhor o que se verificou na *Velha Bota*, quando dessa importante reforma legislativa, faz-se necessária uma abordagem prévia de alguns aspectos relevantes que se operaram antes, durante e depois de sua concretização.

Após diversos intentos frustrados de reforma de sua legislação processual penal⁴, foi promulgada a Lei Delegada nº 81, de 16 de fevereiro de 1987, concedendo ao Governo italiano poderes para revogar, de uma vez por todas, o Código de Processo Penal de 1930 – também conhecido como *Código Rocco* –, e adequar seu substituto aos termos da nova Constituição e dos tratados internacionais firmados pela Itália. E, para haver essa adequação a tais realidades normativas, aquela lei traçou 105 critérios, entre princípios e diretrizes de política criminal, que deveriam se fazer presentes no futuro código. Dentre elas, optou-se expressamente, e sem meias palavras, pela adoção de um processo penal com as características do sistema acusatório (art. 2.1), e pela possibilidade de o juiz dispor da assunção dos meios de prova (critério nº 73)⁵.

⁴ Para uma breve análise dos intentos de reforma do Código de Processo Penal italiano de 1930, anteriores à operada em 1988, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 108-109.

⁵L. 16 febbraio 1987, nº 81. Delega Legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale (Suppl. ord. Alla G.U. Serie gen. nº 62 del 16 marzo 1987).

“(…)

“2.1. Il Codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificati dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono:

“73. (...) potere del presidente, anche su richiesta di altri componente del collegio, o del pretore di indicare alle parti temi nuovo od incompleti utili alla ricerca della verità e di rivolgere domande dirette all'imputato, ai testimoni ed ai periti, salvo in ogni caso il diritto delle parti di concludere l'esame; potere del giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova”. (grifos nossos)

No que diz respeito a esta última característica – que obrigatoriamente deveria ser seguida pelo novo código –, a história do processo penal nos ensina que o papel a ser exercido pelo juiz, na fase de tomada de prova, nunca foi unanimidade entre os operadores e pensadores do direito.

Essa discussão se remonta à própria Idade Antiga, onde um dos mais famosos questionamentos relativos ao papel a ser exercido pelo julgador, ao longo do processo, é narrado por Aulo Gélio, em sua conversação com o filósofo Favorino. Nela, o jovem juiz Aulo Gélio expõe ao filósofo suas dúvidas e preocupações sobre como ser uma pessoa e um julgador mais prudente. Dele ouve, dentre outras orientações, que, embora reconhecesse que o tema era ambíguo e duvidoso, havia dois modelos possíveis de julgadores: aqueles que não se manifestavam nos depoimentos prestados pelas partes e testemunhas; e aqueles que interferiam nestes mesmos depoimentos, a fim de dirimir dúvida própria. Seguindo em sua análise, Favorino advertiu que, quanto a estes últimos, a crítica que lhes assolava era que poderiam estar atuando como advogados de uma das partes, ou então antecipando, com suas perguntas, o conteúdo da futura decisão. Em síntese, o que estaria em jogo era manter a respeitabilidade das partes e cidadãos, não passando a impressão de que o julgador já havia firmado seu convencimento, por fazer perguntas na fase probatória⁶.

Esse mesmo questionamento foi retomado pelos juristas italianos nomeados para concretizar a reforma determinada na década de oitenta do século passado. Em uma síntese mais que apertada, o que na prática os juristas nomeados pretenderam fazer foi afastar o critério nº 73, arrolado no artigo 2º da Lei Delegada nº 81, que dizia respeito à postura do juiz italiano na fase probatória. Ou seja, quem foi nomeado – leia-se, aquele grupo de juristas – para construir um novo código que seguisse as diretrizes sabidamente traçadas por quem de direito, entendeu que, em realidade, não estava sujeito a elas, mas sim às suas próprias ideologias e (pre)conceitos, embora desprovidos do respaldo popular só auferido pelos governos democráticos.

Assim, ao invés de estabelecer um “potere del giudice di disporre l’assunzione di mezzi di prova” (parte final do critério nº 73), parte dos juristas integrantes da comissão entendeu que tal critério estaria relacionado a uma patente nostalgia em relação ao sistema inquisitivo, pois a *gestão da prova* seguia em mãos do juiz. Portanto, ela deveria estar

ausente do futuro código, por incompatibilidade com o sistema eleito, qual seja, o acusatório. Ao final desse debate, prevaleceu a vontade do Estado italiano em autorizar o juiz a atuar de ofício na fase probatória⁷, adaptando tal critério às exigências de um sistema acusatório, o que se materializou, em especial, junto aos artigos 190 e 507 do código.

Ao contrário do que se possa imaginar, a produção de prova *ex officio judicis* contou com o apoio de doutrinadores de relevo daquele país⁸. Viram eles, em tal critério de política criminal, um instrumento de controle excepcional e necessário sobre a atividade das partes – controle, aliás, que já se fazia presente em processos de natureza civil que versassem sobre direitos indisponíveis –, justamente porque o processo penal, bem se sabe, trata de temas de direito público e, por conseguinte, de caráter indisponível. Como refere Tonini, “caso contrário também o direito à liberdade tornar-se-ia disponível”⁹.

Não tardou a que uma nova investida fosse feita contra essa postura judicial, mas agora sendo objeto de discussão junto às Cortes Superiores italianas. Com a entrada em vigor do Código de Processo Penal italiano, partiu-se, então, para o ataque às disposições que autorizavam tal proceder judicial de ofício, em que, em especial, foram duramente criticados o alcance e constitucionalidade dos artigos 190¹⁰ e 507¹¹, por serem os mais controversos.

⁶ AULO GELIO. *Noches Áticas. Antología*. 14, 2. Trad. de Francisco García Jurado. Madrid: Alianza, 2007, p. 181-182.

⁷ É com pesar que, com certa frequência, vemos ex-integrantes de comissões de reformas legislativas – dos mais variados países – fazerem uso de espaços acadêmicos, não para relatarem o que ocorreu em meio ao processo de construção do texto normativo para o qual foram designados. Fazem-no, em verdade, como se esses espaços fossem verdadeiros divãs, pois os utilizam para dar a conhecer suas frustrações e – por vezes – arrogância, em razão de suas posições pessoais não haverem sido seguidas – às vezes, obedecidas – pelos demais integrantes dessas mesmas comissões ou por quem os nomeou. Ou, então, para atacar aqueles que se atrevem a analisar criticamente o resultado final de sua atividade, por assim dizer, de *pré-legislador*. Um exemplo disso, embora manifestado com requinte próprio de um verdadeiro pensador do processo penal, pode-se verificar em texto publicado no Brasil, em que Enio Amodio – um dos integrantes da comissão de juristas nomeada para a reforma do Código de Processo Penal italiano – expôs todo o seu descontentamento com a adoção de um modelo que autorizava a produção de prova *ex officio judicis*, ao invés de um julgador totalmente inerte na fase probatória, justamente sob a invocação da gestão da prova como caráter identificador do sistema inquisitivo. Nesse sentido, ver: AMODIO, Enio. Vitórias e Derrotas da Cultura dos Juristas na Elaboração do Novo Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 7, nº 25, p. 9-22, jan./mar. 1999. PISAPIA, Gian Domenico. Il Nuovo Processo Penale: esperienze e Prospettive. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, Fasc. 1, Jan./Mar. 1993, p. 3-20. Sobre a forma como o então projeto de reforma do futuro Código de Processo Penal foi encarado pela doutrina, ver: UBERTIS, Giulio. Sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, Fasc. 4, out./dez. 1988, p. 1285-1312.

⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. Prove ed Accertamento dei Fatti nel Nuovo CPP. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, Fasc. 1, Jan./Mar. 1990, p. 130-132. CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 602. TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Trad. de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 91-95.

⁹ TONINI, Paolo. Ob. cit., p. 91.

¹⁰ Art. 190. Diritto alla prova.

1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza (495) escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue (190-bis, 4954) o irrilevanti (468).

2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio (70, 195, 224, 237, 507, 508, 511, 603).

¹¹ Art. 507. Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova”.

As Seções Unidas da Corte de Cassação italiana foram chamadas a se pronunciar sobre um questionamento atinente à possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a oitiva de testemunhas que não haviam sido arroladas pelo Ministério Público em seu momento oportuno, cuja consequência, em não se admitindo a prova *ex officio judicis*, levaria à óbvia absolvição do acusado. Em termos mais simples, o que se discutiu foi a possibilidade de o juiz suprir a omissão probatória do Ministério Público, sem que isso importasse na quebra de sua imparcialidade.

Na ocasião, decidiu-se que a interpretação extensiva, ao invés da restritiva, era a melhor indicada ao artigo 507 do código, por estar mais de acordo com a política criminal traçada pelo critério 73 da Lei Delegada nº 81. Como fundamento, realizou-se a diferenciação entre “direito à prova” (relacionado exclusivamente às partes) e “poder de iniciativa de ofício” (relacionado exclusivamente ao juiz), para afirmar que, ante a perda de um prazo para a indicação das provas que as partes pretendiam produzir – ou seja, para o exercício daquele direito à prova –, por certo que não se admitiria a apresentação de um requerimento extemporâneo, formulado tanto pelo acusador como pelo acusado, calcado justamente naquele direito. Ou seja, se aquele direito à prova não foi manifestado no prazo indicado, precluso estaria ele em relação à parte inerte.

Em que pese a perda de um direito processual, derivado da inércia de uma das partes, por certo que essa preclusão não atingiria o juiz, nada tendo que ver, portanto, com o poder atribuído ao próprio magistrado, presente nos artigos 190 e 507 daquele código. Em termos práticos, nada havia a impedir que o magistrado determinasse, de ofício, a produção de uma prova não-requerida tempestivamente pela parte, ainda que o julgador viesse a fazê-lo mediante solicitação sua.

Como resultado final do debate, aquela Corte passou a interpretar o artigo 507 não só como autorizador de seu manejo judicial para solver dúvida derivada da atividade probatória das partes, senão também para suprir eventual ausência de produção de provas proporcionada pela omissão de uma ou ambas as partes¹². Dito de outra forma, houve uma verdadeira conformação entre o sistema acusatório e o exercício de poderes probatórios do juiz, pois não caberia ao julgador, no processo penal contemporâneo – que, contrariamente ao que ocorria no sistema acusatório da antiguidade, está permeado pelo interesse público

–, figurar na fase instrutória como um mero árbitro. Restou judicialmente afastada, assim, a correção dos postulados da *gestão da prova*, invocada pelos juristas que quiseram subverter as diretrizes apontadas pelo Estado italiano.

Não foi outro o entendimento da Corte Constitucional daquele país, quando se debruçou sobre o questionamento de legitimidade constitucional do artigo 507 de seu novo Código de Processo Penal. Em especial, discutiu-se se a assunção “di nuovi mezzi di prove” pelo juiz se ajustava à hipótese em que nenhum meio de prova foi apresentado, em razão da inércia de uma ou ambas as partes. Mais que isso, se a Diretriz nº 73, presente no artigo 2º da Lei Delegada nº 81, contemplaria eventual “carenze o insufficienze delle parti”. No final de toda essa discussão, a Corte Constitucional entendeu não só pela constitucionalidade do artigo 507 do Código de Processo Penal, senão também pela necessidade de interpretá-lo em sentido amplo, tal como o fizeram as Seções Unidas da Corte de Cassação.

Para chegar a essa conclusão, o argumento central da Corte Constitucional foi no sentido da impossibilidade de incidência do princípio dispositivo no direito processual penal italiano, ainda que tal princípio, segundo alguns, fosse consequência da adoção do sistema acusatório pretendido pelo legislador delegante. Melhor explicando, a Constituição e o Código de Processo Penal italianos optaram por determinar que o Ministério Público estivesse vinculado ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, e que, uma vez ajuizada, era indisponível por parte de seu autor. Nessa linha de raciocínio, o princípio dispositivo foi entendido sob um duplo aspecto: primeiro, aquele atinente ao ajuizamento da ação penal, que simplesmente inexistente no direito processual penal italiano; segundo, aquele atinente à condução da ação penal interposta, que foi chamado de “potere dispositivo delle parti in materia di prova”, e era o objeto da discussão travada naquele tribunal.

Ao final, considerou-se que, em razão de a ação penal pública ser indisponível por parte do Ministério Público, não haveria como considerar que a condução desta mesma ação penal fosse encarada como disponível, a ponto de seu autor negligenciar na comprovação dos fatos por ele narrados em sua peça inicial. E, como mecanismo de controle sobre a inércia – proposital ou simplesmente desidiosa – do acusador público no processo, o magistrado condutor do processo foi erigido à condição de garante daquele princípio – o da indisponibilidade da ação penal –, que inegavelmente tem caráter social e supraindividual.

¹² Sentença de 6 de novembro de 1992, MARTIN, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 280.

Mais que isso, entendeu-se que essa atividade judicial – fiscalizadora na condução do processo pelas partes – não atingiria somente a figura do acusador, senão também do próprio acusado, possibilitando-o produzir prova *ex officio judicis* em benefício de ambos os lados da relação processual, “così evitando assoluzioni o condanne immeritate”. Em termos simples, a constitucionalidade do artigo 507 do Código de Processo Penal decorreria dos princípios de legalidade e igualdade, a quem o princípio da obrigatoriedade da ação penal serve de instrumento¹³.

Ao que se observa, portanto, houve uma desvinculação do princípio dispositivo em relação ao sistema acusatório, entendendo-se, ao fim e ao cabo, que a relação de obrigatoriedade ou coexistência entre eles simplesmente não existe. Por consequência, ninguém menos que os próprios Tribunais Superiores da Itália trataram de sepultar a base argumentativa da *gestão da prova*, então apresentada, por alguns autores daquele país, como o critério que verdadeiramente diferenciaria os sistemas acusatório e inquisitivo.

2 O TARDIO ACOLHIMENTO PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

Apesar de a gestão da prova não contar com o apoio de importante segmento doutrinário e dos Tribunais Superiores do próprio país onde tal teoria se formou, nada impediu que ela desembarcasse no Brasil como representativa de novidade, correção e irrefutabilidade.

Um dos primeiros escritos – senão, o primeiro – em que a gestão da prova foi defendida por um autor brasileiro, apareceu no ano de 1993, no *Seminário Nacional sobre o uso do Direito Alternativo*. Neste encontro, Coutinho lançou as bases dessa teoria no país, apresentando-a como o fator diferencial entre os sistemas acusatório e inquisitório. Em suma, sustentou que, no país em que a gestão da prova estiver confiada ao juiz, ali estará presente o sistema inquisitório; e no país em que essa mesma gestão estiver confiada às partes, ali estará presente o sistema acusatório. Citando Jorge de Figueiredo Dias, aquele

¹³ “È, del resto, evidente che sarebbe contraddittorio, da un lato, garantire l’effettiva obbligatorietà dell’azione penale contro le negligenze o le deliberate inerzie del pubblico ministero conferendo al giudice per le indagine preliminare il potere di disporre che costui formuli l’imputazione (art. 409, quinto comma); e, dall’altro, negare al giudice dibattimentale il potere di supplire ad analoghe condotte nella parte pubblica. L’attribuzione di tale potere ha, anzi, un fondamento maggiore, perché i principi di legalità ed eguaglianza – di cui quello di obbligatorietà dell’azione è strumento (cfr. Sentenza n° 88 del 1991) – esigono che il giudice sia messo in grado di porre rimedio anche alle negligenze ed inerzie del difensore” (Sentença 111, de 24 de março de 1993, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 2.224). O texto integral dessa decisão pode ser encontrado em: www.paginasdeprocessopenal.com.br.

autor também agregou o sigilo e a desvinculação do juiz aos termos da acusação, como elementos integrantes do sistema inquisitório¹⁴.

Com o passar do tempo, Coutinho foi delineando, em escritos diversos, os motivos pelos quais havia aderido à teoria da gestão da prova, proporcionando uma melhor compreensão de seu pensamento.

Em termos mais concretos, ele definiu os sistemas acusatório e inquisitório como regidos pelos princípios dispositivo e inquisitório, erigindo-os à categoria de princípios unificadores de cada um daqueles sistemas. Ou seja, o sistema inquisitivo será aquele em que estiver presente o princípio inquisitivo, tendo este último sistema, “como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a *gestão da prova*” (grifo nosso). Já, o sistema acusatório será aquele em que estiver presente o princípio dispositivo, conclusão a que chegou a partir da referência ao processo penal inglês, por haver uma disputa entre as partes, e somente a elas ser confiada a “descoberta de uma verdade histórica”. Por fim, afirmou que a existência de partes no processo não seria o critério correto para a diferenciação entre os sistemas citados, embora fosse esse fator o utilizado por grande parte dos autores, nacionais e estrangeiros. Para tanto, lembrou de uma realidade histórica presente no *Code Louis*, de 1670 – obra de Luis XIV, que bem representou o sistema inquisitivo na França daquele período histórico –, pois previa a

¹⁴ COUTINHO, Jacinto José de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso do direito alternativo*. Rio de Janeiro: ADV, jun/1993, p. 38. Independentemente da correção, ou não, das bases argumentativas utilizadas para sustentar a teoria da gestão da prova, o que nos chama a atenção é que, um ano antes dessa publicação, o mesmo autor erigia o inquérito policial como o ponto-chave do sistema inquisitivo, ao invés da possibilidade da produção probatória *ex officio judicis*. Segundo suas próprias palavras, “A questão basilar não está em saber se no Inquérito Policial há um processo (...), ou um mero procedimento administrativo (...), mas sim no fato de o mesmo ser a marca fundamental do sistema inquisitório, altamente prevalente sobre o sistema acusatório, no nosso sistema misto e, por isso e em função dos grandes males que causa ao processo penal, há de ser extirpado de nosso sistema processual penal” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Ato Administrativo de Instauração do Inquérito Policial. In: *Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coord.). São Paulo: RT, 1992, p. 163, nota 1) (grifo nosso). Posteriormente, já sob a bandeira da teoria da gestão da prova, esse mesmo autor voltou a atacar o inquérito policial, também sob a alegação de sua vinculação ao sistema inquisitivo, embora essa teoria diga respeito – até pelo próprio nome que ostenta – à atuação do juiz na fase probatória (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, Ano 16, nº 188, julho, 2008, p. 12). Entretanto, uma análise um pouco mais detida da história do processo penal nos ensina que o sistema acusatório romano – por uns erroneamente chamado de *puro* – dividia sua persecução penal, assim como qualquer modelo de processo contemporâneo, em suas fases: a primeira, destinada à apuração e busca de elementos que justificassem o ajuizamento da ação; e a segunda, destinada à comprovação dos termos dessa mesma ação. Quanto a esta última fase, seu nome era *anquisitio*, onde todos aqueles atributos do sistema acusatório se faziam presentes (contraditório, publicidade, oralidade, produção de provas, entre outros). Quanto à fase de apuração, seu nome era *inquisitio*, e era presidida, como regra, pelo futuro acusador, sem qualquer interferência do sujeito objeto dessa investigação. Nela, o futuro acusador, ao exercer função eminentemente investigatória, poderia, inclusive, requerer a um magistrado o deferimento de medidas cautelares para realizar perícias, obter documentos ou objetos que fossem de interesse dessa investigação, que seriam provas não-repetíveis apresentadas posteriormente na fase da *anquisitio*. Em termos simples, vemos como um erro histórico a prática de vincular o inquérito policial ao sistema inquisitivo, o que por muitos é feito simplesmente pela ausência de uma maior participação do investigado ao longo da fase de apuração. Sobre o tema, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais e seus Princípios Reitores*. Ob. cit., p. 74, 82, 259-262.

presença de um acusador distinto do juiz, o que determinava, portanto, a não-cumulatividade de funções por parte do julgador¹⁵.

Essa soma de fatores lhe autorizou a afirmar que o sistema processual penal brasileiro era inquisitivo, não porque seu juiz possuía essa *extrema concentração* de poderes, mas porque a gestão da prova estava “primordialmente, nas mãos do juiz” (grifo nosso)¹⁶.

Em publicações subsequentes, vários aspectos acima indicados foram repetidos, mas apareceu, com maior vigor, a base doutrinária que permitiu a sustentação da teoria da gestão da prova no país, concentrada em Franco Cordero e Gian Domenico Pisapia, ícones da cultura processualista penal italiana¹⁷. Outro aspecto que mereceu destaque foi que aquela “extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador” já não figurava com tanto destaque na configuração do sistema inquisitivo. Para tanto, bastava que o julgador tivesse poderes probatórios na fase de instrução, para que tal situação fosse definida como a possibilidade de o juiz produzir prova somente a favor da acusação, por considerar que sua convicção já estaria formada contra os interesses do acusado¹⁸. Ou, se sua convicção já não estava formada, então tais poderes foram vistos como meios que permitiriam ao juiz desenvolver uma patologia mental somente contra o acusado¹⁹. Em termos simples, se o juiz já não era paranóico, provavelmente viria a sê-lo; e, seja em uma hipótese, seja em outra, o juiz estaria ao lado do Ministério Público, invocando, como sustentáculo, lição de Cernelutti²⁰.

Fazendo, ou não, referência à expressão *gestão da prova*, sua base argumentativa – centrada na identificação dos sistemas acusatório e inquisitivo, a partir da postura do juiz na fase probatória – foi absorvida por um grande número de autores nacionais. Nesse rol, é possível encontrar, inclusive, quem publicamente manifestou sua mudança de posição quanto ao conceito de sistemas acusatório e inquisitivo que até então adotava²¹, e quem foi

¹⁵ COUTINHO, Jacinto José de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, a. 30, nº 30, 1998, p. 165-167.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto José de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Ob. cit., p. 167.

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007.

¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Novo Código de Processo Penal Pede Nova Mentalidade. www.amaerj.org.br. Acesso em: 08-04-09.

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. Ob. cit., p. 12.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – ed Anche il Giudice*. *Boletim IBCCRim*. São Paulo, jul. 2009, a. 17, nº 200, p. 23-24.

²¹ Nesse sentido, encontramos Lopes Jr., quando disse: “considerávamos que a separação entre as funções de acusar e julgar era a pedra angular da distinção entre acusatório-inquisitório. Atualmente, pensamos de forma diferente. Na esteira do pensamento de Jacinto Nelson Miranda Coutinho e Franco Cordero, hoje entendemos que é a gestão da prova o princípio unificador que irá identificar se o sistema é inquisitório ou acusatório. Se a gestão da prova está nas mãos do juiz, como ocorre no nosso sistema, estamos diante de um sistema

além do imaginável, erigindo a gestão da prova à condição de princípio²², embora ela simplesmente verse sobre um critério a ser utilizado para a identificação de dois sistemas de processo penal, a partir da presença – aí sim –, de dois princípios: o dispositivo e o inquisitório. E, dentre aqueles que publicamente aderiram à teoria da gestão da prova, dois nomes se destacam como base doutrinária que justificaria essa adesão: Coutinho e Cordero²³. Ou seja, os escritos destes é que motivaram ou convenceram outros autores a seguirem a teoria da gestão da prova.

Até pelo caráter industrial como essa teoria começou a ser difundida no país – em grande parte tributável à sua adesão por importantes centros de ensino –, era uma questão de tempo que ela chegasse aos tribunais brasileiros, sendo, por alguns, absorvida e utilizada como razão de decidir. Em nível estadual, com caráter precursor e mais intensidade, observou-se esse fenômeno junto a algumas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, por vezes, reportava-se diretamente às posições de Coutinho²⁴. Entretanto, seu ápice se deu, até o momento, com a adesão de uma das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, mas ao tratar da impossibilidade de um magistrado acumular as funções de investigador e julgador²⁵, nada tendo que ver, portanto, com a atividade probatória *ex officio judicis*, que é o objeto da teoria da gestão da prova.

Em suma, essa curta narrativa sobre a introdução e evolução da teoria da gestão da prova no Brasil demonstra que ela vem angariando mais prestígio e seguidores do que em

inquisitório (juiz ator). Contudo, quando a gestão de prova está confiada às partes, está presente o núcleo fundante de um sistema acusatório (juiz expectador)” (LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 71, nota de rodapé nº 8).

²² MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Gestão da Prova no Processo Penal: Uma Crítica à Lei nº 11.690/2008, A Partir do Modelo Constitucional de Processo. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPED)*, Brasília/DF, 20 a 22 de novembro de 2008, p. 4410.

²³ Entre os primeiros, encontramos: LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar*. In: *Propostas para um novo modelo de persecução penal; combate à impunidade*. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica; Centro de Estudos Judiciários: Brasília: CJF, 2005, Série Cadernos do CJF, v. 25, p.80. LOPES JR, Aury. Bom Para Quê(m)? *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, Ano 16, nº 188, julho, 2008, p. 9-11. BIZZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. Sistema Acusatório: (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; CARVALHO, Salo de. *A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal*. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2006, p. 13-29. GOMES, André Luis Callegaro. Uma herança inquisitiva no sistema processual penal acusatório. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 14, nº 164, p. 6-7, jul. 2006. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas – A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei nº 11.690/2008). *Boletim IBCCrim*, Rio de Janeiro, Ano 16, nº 190, set. 2008, p. 6-7.

²⁴ TJRS, Apel. Crim. nº 70003938974, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, j. em 24-04-2002. TJRS, Apel. Crim. nº 70006183826, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, j. em 28-05-2003. TJRS, Correição Parcial nº 70011948072, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, j. em 22-06-2005. TJRS, Apel. Crim. nº 70014869697, rel. Des. Aramis Nassif, 5ª Câmara Criminal, j. em 21-06-2006. TJRS, Apel. Crim. nº 70015801350, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, j. em 26-07-2006. TJRS, Apel. Crim. nº 70013642707, rel. Des. Aramis Nassif, 5ª Câmara Criminal, j. em 06-09-2006. TJRS, Apel. Crim. nº 70022266498, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, j. em 12-03-2008. TJRS, Apel. Crim. nº 70026105965, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, j. em 17-09-2008. TJRS, Apel. Crim. nº 70028349843, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, j. em 18-03-2009.

²⁵ STJ, RHC nº 23.945 – RJ, 6ª Turma, Mina. Rel. Jane Silva, j. em 05-02-2009, por maioria.

seu país de origem, onde foi refutada por doutrinadores de renome internacional e seus próprios Tribunais Superiores. O que nos resta agora, portanto, é realizar a análise de seus pressupostos ou fundamentos, para ver se, ao menos em nosso país, ela tem alguma chance de se fixar de modo definitivo, ao contrário do que ocorreu no direito comparado.

3 ANÁLISE DE SEUS PRESSUPOSTOS

É sempre muito delicado pretender ou concretizar qualquer processo de convalidação, sob o ponto de vista científico, de alguma ideia sustentada por outrem. Isso porque a intenção de quem leva esse processo à frente pode ser entendida – seja pelo leitor, seja pelo próprio sujeito que tem suas ideias postas à prova – não como uma atividade normal e necessária no meio científico²⁶, mas sim como afronta à pessoa que propôs algo novo. Definitivamente, não é essa a nossa intenção.

Essa falsa impressão em muito se deve à falta de senso crítico dos operadores do Direito como um todo – portanto, aí também incluindo parcela da doutrina –, que preferem cegamente delegar a terceiros a *ádua* tarefa de simplesmente pensar, ou, então, aderir a propostas que melhor se ajustam a seus interesses pessoais, econômicos, profissionais ou ideológicos, em lugar de propriamente ter sua convicção formada a partir de um convencimento lógico e comprovado. Como já disse Schopenhauer, algumas pessoas são como “ovelhas que seguem o carneiro-guia para onde quer que ele as conduza: para elas é mais fácil morrer do que pensar”²⁷.

Esse verdadeiro cacoete pela subserviência tem levado a ciência processualista penal brasileira – e, de resto, também a de todos os países que influenciam o nosso direito – a sofrer com a falta de novas ideias ou novas propostas, mas cuja novidade seja, como mínimo, realmente consistente. Um bom exemplo disso é o processo de banalização que está atingindo os cursos de doutorado – repito, dentro e fora do país –, em que a tese a ser defendida pelo aluno já não significa a defesa de uma proposta inédita, senão a

²⁶ Há séculos essa necessidade de submissão a teste de uma proposta inovadora já era sentida no meio científico, em razão da patente fragilidade de certas teorias, que aparentemente eram apresentadas com o único intuito de promover o nome de quem às propunha. Como bem deixou claro Dinouart, “O furor de querer produzir novidades produz muitas inépcias” (DINOUART, Abade. *A Arte de Calar*. 1. ed. 2. reimp. Trad. de Luis Felipe Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 55. Trad. de *L'Art de se Taire*).

²⁷ SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Ter Razão*. Trad. de Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 59. O erro em aceitar-se tudo sem questionar é apontado com frequência pela literatura clássica. Entre os textos mais expressivos, encontramos: LUCIANO. *Diálogo dos Mortos*. Trad. por Américo da Costa Ramalho. Brasília: UnB, 1998, p. 77.

apresentação de um livro bom ou, por vezes, nada mais que razoável, fruto de um simples “recorta e cola” mais trabalhoso²⁸. Ou seja, de *tese*, não temos nada.

Esse breve e necessário esclarecimento tem um objetivo claro e óbvio: não passar a impressão de que nossa divergência – aqui já antecipando o resultado final – com os fundamentos apresentados por Coutinho para sustentar a teoria da gestão da prova, extrapola o campo doutrinário, e adentra na seara pessoal. E essa falsa impressão pode ser transmitida ao leitor, em razão de ele ser o autor mais citado e, por consequência, mais exposto nas linhas que seguem.

Em respeito a ele – algo que, pelo visto, não mereceu de outros que discordam de suas posições²⁹ –, não pretendemos contrapor a teoria da gestão da prova, a partir da referência a autores que divergem de sua base argumentativa. Isso seria uma mera contraposição de ideologias, que nenhum proveito traria à ciência do direito.

Até para evitar essa possível crítica, a abordagem por nós feita não será de cunho ideológico, e tampouco carecerá de forma, sob pena de ser intolerável, como já referiu Montaigne³⁰. Utilizaremos, como ferramenta de trabalho, a própria literatura citada pelos defensores da teoria da gestão da prova, além de dados históricos de caráter puramente objetivo. Ou seja, de nossa visão pessoal sobre o tema, o leitor encontrará muito pouco. Isso, cremos nós, é fazer ciência³¹.

²⁸ Certa vez, na Espanha, ouvimos de um professor do curso de doutorado da Universidade de Barcelona: “Se alguém copia um só autor, isso será plágio; mas se copia vários, há uma boa chance de seu trabalho se tornar uma tese doutoral ...”.

²⁹ Em um verdadeiro desabafo, Coutinho chegou a afirmar que “Autores sofrem o peso da *falta de respeito pela diferença* (o novo é a maior ameaça às *verdades consolidadas* e produz *resistência*, não raro invencível), mas têm o direito de produzir um Direito Processual Penal rompendo com o saber tradicional, em muitos setores vesgo e defasado, embora devam entender que se está no campo lacaniano do *imaginário* (o lugar das palavras e imagens e, portanto, do engodo, do engano, da fraude, assim como da *identificação incompleta na relação sujeito-objeto*)” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. Ob. cit., p. 11). Contudo, possivelmente as palavras lançadas contra si sejam fruto do modo peculiar como ele próprio se refere a quem discorda de suas ideias, o que claramente aparece nas seguintes passagens: a) “No entanto, como é primário, não há mais sistema processual puro” (COUTINHO, Jacinto José de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Ob. cit., p. 167) (grifo nosso); b) “hoje ninguém mais com algum conhecimento duvida que um sistema processual se define pela *gestão da prova* e a quem ela cabe” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. Ob. cit., p. 11) (grifo nosso); c) “eis o nó górdio da patifaria manipuladora!” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. Ob. cit., p. 12) (grifo nosso); d) “O núcleo de um sistema — sabem todos ou deveriam saber, ...” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Novo Código de Processo Penal Pede Nova Mentalidade. Ob. cit.) (grifo nosso); e) “Só um muito insipiente para não entender isso” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – ed Anche il Giudice*. Ob. cit., p. 23) (grifo nosso). Como já referiu Cícero, “as pessoas devem ficar especialmente contrariadas com os problemas causados por si mesmas, ...” (CÍCERO, Marco Túlio. Carta do Bom Administrador Público. I, 2. In: Cícero. *Manual do Candidato às Eleições. Carta do Bom Administrador Público. Pensamentos Políticos Seleccionados*. Trad. de Ricardo da Cunha Lima. São Paulo: Nova Alexandria, 2000, p. 65. Trad. de *Epistulae ad Quintum Fratrem*).

³⁰ MONTAIGNE. A Arte da Conferencia. In: *A Arte de Persuadir*. Trad. de Rosemay Costhek Abílio y Mario Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 13. Trad. de *L'Art de Conférer*.

³¹ Como bem disse Diderot, “Aqui, a diversidade das opiniões não altera absolutamente as relações de amizade e não enfraquece o exercício das virtudes. Os adversários são atacados sem ódio, e embora sejam provocados sem pena, os triunfos não resultam em vaidade” (DIDEROT, Denis. *O Passeio do Cético ou As Alamedas*. Trad. por Maria das Graças de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 89-90). Trad. de *La Promenade du Sceptique ou Lês Alées*).

3.1 Pressupostos Históricos

Um dos pontos que chama a atenção na teoria da gestão da prova é a invocação de elementos históricos em sua base de sustentação, especificamente para a definição dos sistemas acusatório e inquisitivo. Contudo, tratar de sistemas processuais penais significa tratar da história do processo penal; e tratar da história desse ramo do Direito significa, por óbvio, procurar conhecê-la minimamente.

Para alcançar esse nível de conhecimento, é preciso buscar incansavelmente o contato com vários textos históricos apontados como responsáveis pela formação de tais sistemas, sob pena de não se saber ao certo do que se está falando. Como já referiu Sêneca, “Século nenhum nos é vedado. Temos acesso a tudo. Graças à magnitude do espírito é exequível sair dos limites da pequenez humana e ingressar no espaço ilimitado do tempo”³². Se assim era na antiguidade, com mais razão nos é possível seguir tal orientação na atualidade.

Será a partir dessa linha de investigação que realizaremos a primeira etapa de nosso processo de convalidação da teoria da gestão da prova.

3.1.1 Modelo de Sistema Acusatório

3.1.1.1 Direito Romano

Nos escritos difusores da teoria da gestão da prova, o modelo processual utilizado para delinear a configuração do sistema acusatório é aquele presente no direito inglês, em que o juiz figurava como mero árbitro³³. Entretanto, essa não é a origem do sistema acusatório, senão apenas uma de suas manifestações, que teve por base um modelo muito mais remoto.

Embora permeado por uma forte influência egípcia, o direito ateniense é apontado como o berço do sistema acusatório, em muito vinculado ao próprio desenvolvimento de sua democracia, em razão de ser a origem dos julgamentos populares (*demos* = povo; *cratos* = poder). E, com a sucessão do período monárquico romano pelo período republicano (o que se deu em 509 a.C.), operou-se uma necessária revisão das práticas judiciais até então aplicadas, tendo Roma ido buscar, junto ao direito ateniense, um modelo de persecução

³² SÊNECA. *A Brevidade da Vida*. Cap. XIV, 1. Trad. por Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2007, p. 59. Trad. de *De Brevitate Vitae*.

penal que mais se ajustasse aos novos tempos políticos. Assim, foi com a Lei das Doze Tábuas que houve a consolidação do sistema acusatório ateniense em domínios romanos. Consequentemente, com a substituição da República pelo Império, ao natural esse modelo de processo se difundiu por toda Europa – em maior ou menor escala –, pois o sistema acusatório romano não foi de todo substituído pelo sistema inquisitivo revivido pelo direito imperial.

Essa brevíssima digressão histórica nos permite acompanhar o roteiro percorrido pelo sistema acusatório em grande parte do continente europeu. Mais que isso, permite-nos identificar sua origem, que, por certo, não está assentada no direito inglês.

Sendo essa a linha cronológica correta, não há como negar que o direito inglês sofreu influência do direito romano³⁴, podendo seu modelo de persecução penal ser apontado como uma variação daquele. Logo, isso nos autoriza investigar como era estruturado o sistema acusatório pelo direito romano, por ser a origem do modelo processual inglês indicado por Coutinho.

Dito isso, grande parte dos autores descrevem o julgador, no processo acusatório romano, como sendo um sujeito completamente inerte na fase de julgamento. Contudo, esse é um erro histórico.

É bem verdade que eles não partiam à busca de provas para solucionar as dúvidas que, por ventura, poderiam surgir quando do ato de julgar. Entretanto, não estavam os julgadores impedidos de determinar às partes a produção de mais e melhores provas, a fim de que pudessem decidir com algum grau de certeza. Em termos mais concretos, os fatos hoje considerados de natureza eminentemente criminal poderiam ser julgados pelo Senado romano ou por tribunais populares de diferentes competências, e com diferentes números para sua composição. Finalizadas as fases de apresentação de provas e de debates entre as partes, os julgadores recebiam três tipos de votos, que deveriam ser depositados em uma urna, sendo eles: A (de absolvo), C (de condeno) e NL (de *non liquet*, que significa *não está claro*).

³³ COUTINHO, Jacinto José de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Ob. cit., p. 166.

³⁴ É certo que na Inglaterra o direito romano não exerceu uma influência decisiva sobre a formação de seu direito interno ou de seu sistema processual, tal como ocorreu em outros países. Entretanto, como alerta Austin, “una gran parte del Derecho eclesiástico y de la Equity y alguna parte, aunque menor, del Common Law, proceden del Derecho romano, bien directamente, bien a través del Derecho canónico” (AUSTIN, John. *Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia*. Trad. de Felipe Gonzáles Vicen. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 44. Trad. de *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, 1861).

O *non liquet* representava a ausência de convicção do julgador à hora de julgar, fator que o autorizava a não se definir em prol de um dos contendores³⁵. E, quando o número de votos NL superava os votos favoráveis à condenação ou absolvição do réu, a consequência era a abstenção no julgamento de mérito, e a necessidade de as partes apresentarem mais e melhores provas ou argumentos para que o mérito do processo fosse avaliado pelos julgadores, o que se dava através da *ampliatio*. Em suma, determinava-se a repetição do julgamento³⁶.

Isso significa que os julgadores do período republicano – em que, com mais força, vigorou o sistema acusatório romano –, não eram propriamente inertes e, muito menos, deveriam se conformar ou resignar com o trabalho deficitário desenvolvido por uma ou ambas as partes, em relação aos argumentos ou material probatório apresentado por elas. Os trabalhos relativos à condução do julgamento eram feitos por um magistrado – que nada mais era do que um funcionário público –, ao passo que o julgamento era feito por outros sujeitos, que não aquele. Ou seja, os julgadores poderiam exteriorizar seu descontentamento com a atividade probatória das partes, e determinar que melhores provas fossem apresentadas para que o julgamento fosse possível. Só não partiam, eles próprios, à busca de provas, por uma simples questão de comodidade, pois o número expressivo de julgadores impedia que essa tarefa fosse feita por eles. Mais que isso, nenhum questionamento era feito em relação à perda da imparcialidade desses julgadores, como decorrência do simples fato de não se mostrarem concordes com a condução, dada pela partes, aos rumos do processo.

Ainda hoje essa é a postura que alguns julgadores populares podem apresentar antes do julgamento, como é o caso dos próprios jurados no direito brasileiro. Basta lembrar que, antes de decidirem, o magistrado, condutor dos trabalhos (qual seja, o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri), deve questioná-los se estão em condições de julgar, ou necessitam de mais e melhores esclarecimentos, que serão prestados por aquele magistrado ou, se necessário, por peritos (art. 480, § 1º, do CPP), havendo, inclusive, a possibilidade de dissolução do Conselho de Sentença e repetição do julgamento. É o *non liquet* no direito brasileiro! E, com a superação do modelo histórico de sistema acusatório – em especial, o romano, assentado na disponibilidade do direito posto em julgamento –, o sistema acusatório

³⁵ AULO GELIO. *Noches Áticas*. 14, 2. Ob. cit, p. 183.

contemporâneo foi fundado no caráter público do direito penal, como bem demonstraram o Tribunal de Cassação e a Corte Constitucional italianos.

3.1.1.2 Direito Inglês

Se o sistema acusatório romano comportava julgadores que não atuassem somente como meros árbitros – já que poderiam manifestar seu descontentamento com a produção probatória apresentada pelas partes, cabe-nos agora analisar os motivos pelos quais o direito inglês não seguiu esse caminho, embora influenciado pelo direito romano.

Como bem relatam Barbosa Moreira e Jolowicz, a estrutura do medieval processo criminal inglês era a mesma anteriormente descrita, qual seja, juízes populares e um magistrado condutor do processo, servindo como mediador das partes.

No que diz respeito aos juízes populares, a passividade adotada na fase probatória, ao contrário do que se imagina, não estava fundada na preservação da imparcialidade do julgador, senão em critérios de pura conveniência. Em outras palavras, os julgamentos populares levavam ao afastamento temporário dos cidadãos em relação a suas famílias, o que importava na paralisação das atividades laborais diárias. Conseqüentemente, quanto maior fosse o tempo levado para regressar aos seus lares, maior poderia ser o prejuízo no trabalho e vida privada³⁷.

O resultado dessa equação é que, se os jurados eram obrigados a se reunir para julgarem determinado fato, caberia, então, às partes fornecer todas as informações necessárias para um julgamento que não tomasse tanto tempo dos julgadores, e tudo se resolvesse em um só dia. Ou seja, não que os jurados estivessem impedidos de determinar a produção de provas. Na verdade, não lhes era conveniente ingressar nesse tema. Portanto, a rapidez no julgamento estava ligada a uma necessidade de os jurados se desfazerem, o mais brevemente possível, de uma obrigação que lhes era imposta como cidadãos.

Além disso, a concessão da responsabilidade probatória exclusivamente às partes era uma mera consequência de ver o objeto do processo como algo que dissesse respeito

³⁶ CICERÓN, Marco Tulio. Verrinas – La Pretura de Roma. Segunda Sesión, Discurso Primero. 9, 26. In: _____. *Discursos*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Trad. de José María Requejo Prieto. Madrid: Gredos, 2000. V. 46, t. I, p. 121. Trad. de Verrinas.

³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas Sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. *Revista Forense*. São Paulo, v. 344, out./dez., 1998, p. 101.

unicamente aos litigantes. Não havia a noção de interesse público em relação a determinados fatos que, hoje em dia, são levados a julgamento.

Por outro lado, em razão de não caber ao magistrado decidir o processo, criou-se a cultura de sua necessária inércia ao longo dos debates e produção probatória, como forma de não cercear ou influenciar no julgamento a ser proferido pelos juízes leigos. E, com o decréscimo dos julgamentos populares na Inglaterra, a cultura do juiz inerte, que antes estava presente no Tribunal do Júri, foi transferida também aos processos de competência do juiz singular, permanecendo presente até os dias de hoje, embora fortemente criticada pela doutrina inglesa³⁸.

Em suma, se o julgador do sistema acusatório romano não estava vinculado à deficiência de atuação das partes na fase probatória, podendo determinar a produção de provas para bem julgar; e se o fundamento para o julgador popular inglês ser completamente inerte está calcado no entendimento de que o fato posto a julgamento era representativo de um direito disponível, então não há como pretender que os postulados da teoria da gestão da prova sejam aplicados no Brasil.

Ora, bem se sabe que seguimos a orientação do direito continental, onde os direitos penal e processual penal são de natureza pública e, portanto, indisponíveis, seja pelo acusador, seja pelo próprio acusado. Isso nos leva a concluir que a pretensão dessa teoria, em realidade, é ver alterada a natureza do direito protegido pelos direitos penal e processual penal brasileiros, o que fica claro quando considera – equivocadamente, afirmamos nós – o sistema acusatório formado pelo princípio dispositivo, ao invés do princípio acusatório. Que o diga o direito italiano, onde ela foi rejeitada exatamente por esse motivo.

Com o devido respeito, há uma completa inversão de valores, em que se pretende que toda uma cultura de processo – presente no direito continental e, portanto, no Brasil – se ajuste aos postulados de uma teoria que sequer consegue se justificar historicamente. O caminho é justamente o contrário.

Enfim, não encontramos, sob o ponto de vista histórico, qualquer respaldo para se afirmar que o julgador do sistema acusatório não deve manifestar sua inconformidade com a

³⁸ JOLOWICZ, J. A. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversarial system*? *Revista Forense*. São Paulo, v. 328, out./dez. 1994, p. 66-68.

produção probatória realizada pelas partes, bem como, que os fatores determinantes para a passividade do julgador inglês estejam presentes na cultura processual penal brasileira.

3.1.1.3 Os Efeitos do Princípio Dispositivo no Sistema Acusatório

Como já visto acima, a teoria da gestão da prova desembarcou no Brasil, no mesmo ano em que foi refutada pelos Tribunais Superiores da Itália. Mesmo assim, passados nada menos que 17 anos desse *desembarque*, curiosamente nenhuma linha foi escrita por seus defensores – tão diligentes no acompanhamento do direito comparado –, no sentido de, ao menos, referirem a existência das decisões proferidas pelas Seções Unidas da Corte de Cassação e pela Corte Constitucional italianas para, ao depois, contrariá-las.

Em que pese isso, em um escrito recente, Coutinho faz uma rápida abordagem sobre a questão de fundo tratada naquelas decisões, para manifestar, ainda que sem se referir a elas, sua discordância em relação aos fundamentos utilizados para o reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 190 e 507 do CPP italiano. Em termos práticos, o que fez esse autor foi tratar os princípios da obrigatoriedade da ação penal e da disponibilidade do processo como possíveis de coexistirem em nosso ordenamento e em um sistema considerado acusatório³⁹.

Ora, exigir a obrigatoriedade da ação penal, sem que haja a indisponibilidade do processo penal, é o mesmo que dizer “a lei obriga que a ação penal seja ajuizada, mas depois a gente se acerta ...”, seja em tom de corrupção (de ambas as partes), seja em tom de ameaça (ao acusador, por óbvio). Significa usar a máquina judiciária para superar uma obrigatoriedade que, na prática, poderia ser burlada sem qualquer mecanismo de controle, que só existe para obrigar o início desse mesmo processo. É como se fosse exigida a instauração do processo para que ele fosse fraudado, ainda que por mera desídia de uma das partes. Mas essa lição já nos deu a jurisprudência italiana, *há quase 20 anos*, o que esvazia a necessidade de repeti-la.

³⁹ Textualmente, afirma esse autor que “é preciso ter presente, por todos, o *princípio da obrigatoriedade* (e que aponta direto para a *ação penal*, como se sabe da melhor doutrina), assim como o *princípio da disponibilidade*, dirigido para o *conteúdo do processo*. Que ação e processo são elementos distintos é despiciendo dizer” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mettere il pubblico ministero al suo posto – ed anche El giudice. Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009, p. 23).

Na nossa visão, o que importa analisar nesse tópico são as consequências advindas dessa coexistência. Ou seja, quais os reflexos que um sistema acusatório, formado por esse princípio, trouxe ao seu meio social.

Como abordado acima, o estudo da história se mostra como um fator decisivo para a compreensão do processo penal como um todo, sob pena de se gastar grande soma de energia na proposição ou sustentação de ideias que, com razão, já foram refutadas anteriormente, ou se mostraram prejudiciais aos interesses da sociedade e da sustentação da própria democracia. Esse também é o caso da teoria da gestão da prova.

Invocando o testemunho de Heródoto e Aristóteles, é possível saber que essa relação – entre o princípio dispositivo e o sistema acusatório – foi extremamente prejudicial à sociedade ateniense. Eles nos relatam que, por volta do ano 592 a.C., o tirano Pisístrato foi levado a julgamento por um acusador popular. Entretanto, a presença do acusado intimidou seu oponente de tal forma, que ele simplesmente abandonou o processo, fazendo com que um caso de homicídio não fosse punido⁴⁰.

Por certo que se poderia dizer que se tratava de um acusador popular, e que ele não tinha a proteção do poder central, tal como o tem o Ministério Público na atualidade. Contudo, a ação penal – ainda que privada – estava ajuizada, e o processo devidamente instaurado, concretizando justamente a diferença feita por Coutinho. Mais que isso, enganam-se aqueles que veem os agentes do Ministério Público como seres intocáveis, a ponto de não serem importunados, ameaçados ou mortos pelas pessoas que são o alvo de suas atuações. Que o digam os próprios italianos ...

Não era outra a realidade do direito romano. Narra Cícero que ameaças contra o acusador se constituíam em um dos fatores determinantes para que eles desistissem de dar seguimento ao processo⁴¹, embora essa desistência fosse admitida naquela época. Todavia, naquele modelo de persecução penal havia mecanismos de controle sobre essa desistência, em que se destacam a *tergiversatio* (delito que punia quem dolosa e injustificadamente

⁴⁰ HERÓDOTO. *Historia*. Livro I. 31,3. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Trad. de Carlos Schrader. Madrid: Gredos, 2000. V. 10, p. 87. ARISTÓTELES. *La Constitución de Atenas*. 16,8. 3ª ed. Trad. de Antonio Tovar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 82 e 84.

⁴¹ CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. XXXI, 112. Trad. de Angélica Chiapeta. Rev. por Wilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 179. Trad. de *De Officiis*.

desistia de dar seguimento à condução da ação, e, portanto, do processo⁴²) e a *praevaricatio* (delito que punia o acordo feito pelas partes, em especial para buscar a absolvição do acusado⁴³).

Nenhum desses instrumentos de controle faz parte da nossa realidade; tampouco sua inserção, no cenário nacional, foi sugerida pelos defensores da teoria da gestão da prova. A consequência disso é mais que óbvia, qual seja, a criação de uma estrutura de processo que se mostrou defeituosa, e considerada problemática por ninguém menos que as próprias culturas que a implantaram. Ou seja, a teoria da gestão da prova quer dar ares de atualidade a uma proposta de processo – calcado no princípio dispositivo – que já foi considerada um problema por quem a adotou cerca de 2.500 anos atrás. Daí o porquê da necessidade do estudo da história.

3.1.2 Modelo de Sistema Inquisitivo

Para vincular a prova *ex officio iudicis* com o sistema inquisitivo, a teoria da gestão da prova segue um curioso caminho, que tem, como objetivo lógico, a busca da inconstitucionalidade dos dispositivos que, em nossa legislação, autorizam a atividade probatória judicial.

O primeiro passo parte do pressuposto que a Igreja Católica teria criado o “sistema inquisitorial puro em 1199/1215”⁴⁴. Fixa-se, assim, um marco temporal, a partir do qual certos modelos de comportamento judicial são tidos como parâmetro para justificar tal teoria.

O segundo passo procura apontar a existência de um vínculo entre essa atividade judicial e uma patologia psíquica. Invocando a lição de Franco Cordero, afirma-se que o juiz apresentaria quadros mentais paranóicos, decorrentes da prevalência da hipótese criada por ele (culpabilidade do réu) sobre o fato (necessária absolvição do réu, ante a ausência de provas produzidas pela parte adversária)⁴⁵. Ou seja, afirma-se que a produção de prova *ex officio iudicis* decorreria de um prejulgamento de sua parte ou, então, produziria um estímulo

⁴² *EL DIGESTO de Justiniano*. 48, 16, 7. Pamplona: Aranzadi, 1968. CICERÓN, Marco Tulio. *Bruto. Historia de la Elocuencia Romana*. IX, 37. LXII, 222. Coleção Clásicos de Grecia y Roma. Trad. de Manuel Mañas Nuñez. Madri: Alianza, 2000, p. 70 e 147. Trad. de *Brutus*.

⁴³ *EL DIGESTO de Justiniano*. 48, 16, 7. Ob. cit.

⁴⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. Ob. cit., p. 11.

⁴⁵ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

a esse prejulgamento⁴⁶. Portanto, das duas, uma: ou o juiz que produz prova de ofício irá perder sua imparcialidade, por produzir prova somente contra o réu, pois, na dúvida, deveria absolvê-lo; ou sua imparcialidade já estaria perdida desde o início do processo, porque as provas produzidas por ele seriam consequência de um preconceito. Como bem resume Lopes Jr., o juiz que produz prova de ofício “primeiro decide e, depois, naturalmente vai atrás dos fatos que legitimam a decisão que ele já tomou”, pois “se aceitasse a absolvição como hipótese, não iria atrás da prova”⁴⁷.

O terceiro passo procura demonstrar que a presença obrigatória de um acusador, no processo, não desnaturaria o sistema inquisitivo. Para tanto, novamente se invoca a lição de Franco Cordero, quando narra a imposição dessa presença junto ao modelo de processo delineado pelo *Code Louis*, de 1670 – considerado o texto que melhor representou aquele sistema na França –, e que esse acusador era o que hoje se conhece como Ministério Público⁴⁸.

Postas as premissas da vinculação do sistema inquisitivo com a atividade probatória *ex officio judicis*, vamos à sua conferência.

3.1.2.1 Origem do Sistema Inquisitivo

Que me perdoem a vinculação, mas ela é inevitável e provocativa: afirmar que o sistema inquisitivo *puro* teve sua origem na Igreja Católica, é cometer uma grave heresia!

Os proponentes da teoria da gestão da prova pregam que, hoje em dia, já não mais existiria um sistema processual penal *puro*, razão pela qual consideram que todos os sistemas hodiernos seriam mistos. Para tanto, referida *pureza* estaria relacionada à forma como um ou outro sistema – leia-se, acusatório ou inquisitivo – havia sido disciplinado

⁴⁶ LOPES JR, Aury. Bom Para Quê(m)? Ob. cit., p. 10. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas – A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei Nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 6. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Novo Código de Processo Penal Pede Nova Mentalidade. Ob. cit.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. Sistemas de Investigação Preliminar. *Propostas para um novo modelo de persecução penal; combate à impunidade*. Ob. cit., p.80.

⁴⁸ Segundo Cordero, “É falso che metodo inquisitorio equivalga a processo senza attore: nell’ordennance criminelle 1670, monumento dell’ingegno inquisitoriale, il monopolio dell’azione spetta agli hommes du roi (‘le procès seront poursuivis à la diligence et sous nom de nos procureurs’)” (CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Ob. cit, p. 46-47).

originalmente. E, como o passar do tempo fez com que um sistema recepcionasse determinados elementos do outro, aí estaria o motivo da perda de sua pureza original⁴⁹.

No que diz respeito ao sistema inquisitivo, é preciso que a doutrina nacional se aperceba de um roteiro histórico por demais conhecido pela doutrina estrangeira, qual seja, o de que o sistema inquisitivo, delineado pela Inquisição Católica, nada mais foi do que a incorporação de um modelo preexistente no direito romano.

Melhor explicando, o processo penal romano sofreu, ao longo de vários séculos, idas e vindas entre os sistemas acusatório e inquisitivo. Em relação a este último, sua origem está ligada à *cognitio* e, principalmente, à *cognitio extra ordinem* do período imperial. Contudo, o que realmente marcou a consolidação do sistema inquisitivo não foi sua utilização pelo Império Romano, senão a assunção do Cristianismo como religião oficial deste último, ocorrida em 325 a.C., durante o império de Constantino⁵⁰. Foi esse fato histórico que determinou a sobrevivência do modelo inquisitivo junto à Igreja Católica – mesmo após a queda do Império Romano –, fazendo-o ressurgir na Idade Média, mas sob outra significação política e religiosa. Em outras palavras, ainda que fosse correta a referência a sistemas processuais penais puros – o que, definitivamente, não o é⁵¹ –, não seria a Igreja Católica a criadora do sistema inquisitivo com esse qualificativo.

A importância da fixação desse marco temporal está em abandonar a ideia de que somente as regulamentações feitas pela Igreja Católica ou monarquia do medievo – ao longo de todo o período de vigência de perseguição religiosa – são as verdadeiras representativas do sistema inquisitivo. Se essa premissa for levada em consideração, fácil se verá que o sistema inquisitivo imperial romano contou com forte apoio popular, justamente para resgatar a paz social abalada pela presença do princípio dispositivo no sistema acusatório do período republicano⁵². Ademais, observar-se-á que seu processo admitia a presença de um acusador distinto do juiz, que os debates poderiam ser públicos, que se admitia apelação da decisão proferida por um magistrado profissional, que havia a presença dos princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e *ne bis in idem*, que havia a exigência da satisfação de certos

⁴⁹ COUTINHO, Jacinto José de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Ob. cit., p. 167. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. Ob. cit., p. 12.

⁵⁰ SANTALUCIA, Bernardo. *Diritto e Processo Penale nell'Antica Roma*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1988, p. 297.

⁵¹ Sobre a impossibilidade de existência de sistemas processuais penais puros, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais e seus Princípios Reitores*. Ob. cit., p. 45-46.

requisitos para o decreto de prisão preventiva e a proibição de abertura ou seguimento de processo contra réu revel⁵³.

3.1.2.2 Marcas de um Preconceito

Sem grandes traumas, a Revolução Francesa pode ser apontada como o *princípio do fim* do sistema inquisitivo calcado na perseguição religiosa. E, para dar fim ao modelo de perseguição então vigente – regulada pelo *Code Louis*, de 1670 –, a Assembleia Constituinte pós-revolucionária optou por acolher a proposta décadas antes feita por Mostesquieu, no sentido de erigir o sistema acusatório romano como o modelo de processo adequado para uma sociedade pautada pelos ideais revolucionários.

Essa escolha acabou por reproduzir as mesmas fragilidades do sistema acusatório romano⁵⁴, razão pela qual uma nova visão de política criminal, direcionada especificamente ao processo penal, foi necessária para corrigir os defeitos inerentes a um sistema até então configurado a partir do princípio da disponibilidade e da acusação popular. Contudo, uma prática iniciada no período pós-revolucionário persistiu ao longo dos anos, estando presente entre nós, sobretudo hoje em dia. Diz ela respeito à vinculação do sistema inquisitivo a toda e qualquer conduta ou instituto que não esteja de acordo com a ideologia de determinado grupo de escritores, apesar de esta conduta ou instituto nada terem que ver com a essência desse mesmo sistema. Definitivamente, é isso que ainda ocorre em relação à forma como vem sendo tratado o exercício de poderes probatórios por parte do juiz, apesar das constantes refutações manifestadas por autores de escol dos mais variados países do Velho Continente⁵⁵.

⁵² TÁCITO, Publio Conelio. *Anales*. Livro I. 2.; Livro I. 4. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Trad. de José Luis Moralejo. Madrid: Gredos, 2001. v. 89, p. 5, 6 e 8. Trad. de *Anales*.

⁵³ Sobre a evolução, consolidação e descrição do sistema inquisitivo do Império Romano, com farta indicação de textos históricos, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais e seus Princípios Reitores*. Ob. cit., p. 92-99.

⁵⁴ Quais sejam, revanchismo dos acusados contra seus acusadores (que eram cidadãos comuns) e abandono da persecução penal, tudo isso redundando, por óbvio, em violência disseminada, decorrente da falta de punição a quem infringisse as normas de convivência social (SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. La Instrucción Penal y Civil: el Sumario. In: _____. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel, 1969, p. 720).

⁵⁵ TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 60, nº 2, 2006, p. 452. Em sua lúcida visão sobre a realidade espanhola, Nieva Fenoll não mede palavras ao dizer que "... la facultad de prueba de oficio está prevista, por ejemplo, en el art. 729 LECrim. Y ha sido confundida con cierta frecuencia con un supuesto carácter inquisitivo del proceso, simplemente porque dicha prueba de oficio figuraba entre las características del antiguo sistema inquisitivo, junto a muchas otras que añade la doctrina como propias de este sistema y que nada tienen que ver, por cierto, con un supuesto carácter inquisitivo del proceso, ... En realidad, en esa afirmación sólo ha existido un cierto empeño en identificar con 'lo inquisitivo' todo aquello que se deseaba descalificar, empeño que data de los debates en la Asamblea Constituyente francesa de finales del siglo XVIII, como vimos líneas atrás al

Como visto acima, prega-se que a mera possibilidade de produção probatória *ex officio judicis* determinaria a existência de quadros mentais paranóicos no julgador, razão pela qual ou ele já seria um inimigo do réu, ou poderia vir a sê-lo. Ora, além de ser fruto de um reducionismo alarmante – formado a partir da ausência de qualquer processo prévio de verificação científica –, a primeira consequência que se extrai dessa premissa é que o sistema inquisitivo somente admite a produção de provas contra o réu, e nunca a seu favor, justamente porque o julgador estaria sempre predisposto a condená-lo. No entanto, essa se constitui em uma das mais cabais demonstrações de ausência de preocupação com a adequação histórica do que se propõe, dando-nos a impressão de que não importa como determinado modelo de processo foi regulado; o que importa é o que certo autor diz sobre ele.

Em termos práticos, a premissa de que o juiz somente produziria prova contra o réu determinaria, *i.e.*, que o processo estabelecido pela Inquisição Espanhola jamais fosse considerado integrante do sistema inquisitivo. Melhor explicando, ainda que considerada a vertente mais dura da Inquisição Católica, os regulamentos ou *instruções* da Inquisição Espanhola simplesmente não admitiam que o juiz produzisse prova contra o réu.

Isso fica claro a partir do simples exame das instruções deixadas por Tomás de Torquemada – e, para que não se diga em sentido contrário, ninguém menos que Coutinho se refere a ele como símbolo de um inquisidor-mor⁵⁶ –, em que a única referência ao juiz-inquisidor poder produzir prova de ofício dizia respeito à busca de novas testemunhas que comprovassem que, aquelas arroladas pelo acusador, haviam prestado depoimento com o ânimo de prejudicar o réu, seja por inimizade, seja por corrupção. Em suma, de acordo com o regulamento criado por Torquemada, a atividade probatória judicial só poderia ser a favor do réu, e não contra ele⁵⁷.

hablar de los orígenes de la libre apreciación de la prueba" (NIEVA FENOLL, Jordi. *La Valoración de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 183). Aliás, bem se vê em Schopenhauer que colocar a pecha de inquisitivo em algo não passa de um argumento retórico, frequentemente utilizado para desmerecer a toda e qualquer situação que contrarie não só nossas convicções relativas a temas processuais, senão também nossas convicções políticas, que, ao final, refletem-se nas primeiras (SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Insultar*. Trad. de Eduardo Brandão e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, p. 65-66. Trad. de *Die Kunst Zu Beleidigen*).

⁵⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, nº 183, edição especial, jul./set. 2009, p. 109.

⁵⁷ Instrução 14. Infruciones fechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. *Copilacion delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monasterio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñorios de Epaña*, 1532. A tradução das instruções de Torquemada pode ser encontrada em: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006.

Outra não foi a realidade presente nas instruções de Fernando de Valdés, igualmente conhecido inquisidor espanhol. Em suas instruções de 1561, ele estabeleceu que a tortura somente fosse empregada, caso houvesse sido expressamente requerida, com anterioridade na peça acusatória do acusador público, acarretando a impossibilidade de ser determinada de ofício pelo juiz⁵⁸. E a importância dessa vedação é por demais patente, pois a tortura visava à obtenção da confissão, que nada mais era do que a *rainha das provas*, em um sistema de apreciação de provas calcado na prova legal ou tarifada. Por outro lado, se o juiz era inerte à hora de produzir provas contra os interesses do réu, o mesmo não ocorria em relação às provas que poderia produzir em seu favor. A exemplo das instruções de Torquemada, a única referência feita por Valdés, no sentido de os juízes poderem exercer alguma atividade na fase probatória, foi condicionada a ser uma prova a favor do réu, a fim de bem averiguar sua inocência⁵⁹.

Não foi por outro motivo que Carpsódio já definia o perfil psicológico do juiz do sistema inquisitivo, a partir do seguinte brocardo: *Iudex supplere debet defensionis rei ex officio*. Ou seja, de que o juiz desse sistema deveria suprir, *ex officio*, a defesa dos réus, fazendo-o, por óbvio, a partir da ausência de um defensor ou de uma produção probatória não realizada a contento pelos eventuais defensores, que também poderiam existir. Essa característica é que levou José Frederico Marques, Hélio Tornaghi e Paulo Rangel⁶⁰ a aderirem a tal brocardo para igualmente delinear o perfil de atuação do juiz integrante daquele sistema em benefício do réu.

Quiçá o melhor exemplo desse descompasso entre a história do processo penal e a doutrina atual, esteja estampado no Projeto nº 156, de 2009, de iniciativa do Senado Federal, que trata do projeto de novo Código de Processo Penal. Segundo prevê o seu 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”.

⁵⁸ Instrução 21. *Copilación delas Infrutruiones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años*. A tradução das instruções de Valdés pode ser encontrada em: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal*. As Instruções de Torquemada e Valdés. Ob. cit.

⁵⁹ Instruções 29 e 38. *Copilación delas Infrutruiones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años*.

⁶⁰ MARQUES, José Frederico. Do Processo Penal Acusatório. In: _____. *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 23. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 97. TORNAGHI, Hélio. TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. V. 1, p. 9. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 50.

Pois bem; de longa data vínhamos pregando a necessidade de o sistema acusatório ser expressamente fixado em nossa legislação, em razão das divergências existentes entre autores nacionais e decisões dos Tribunais Superiores⁶¹. Isso nos levou a apresentar algumas propostas aos juristas nomeados para a apresentação do anteprojeto, tendo parte delas sido efetivamente acolhidas, dentre as quais essa fixação⁶².

Embora o projeto tenha esse mérito, o problema está na construção de um modelo de juiz que se mostra francamente incompatível com o sistema eleito. Assim afirmamos porque, quando o artigo 4º veda “a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, o que claramente procura fazer é proibir que o juiz supra a omissão probatória do acusador. Contudo, uma leitura mais atenta nos permite ver que, se existe uma proibição à substituição acusatória, em contrapartida não existe – porque não está dito – essa mesma proibição em relação à omissão defensiva. Em outros termos, tal projeto permite que o juiz somente produza provas a favor do réu, propondo, com isso, a criação de uma figura que chamamos de *juiz-defensor* – designação que, pelo visto, foi bem recepcionada no meio doutrinário⁶³ – por ser aquele que já nasce com o espírito preconcebido em relação ao acusador (público ou privado), mas vê, em relação ao réu, um sujeito que precisa ser protegido de um Estado que somente pensa em prejudicá-lo.

A criação desse modelo de juiz é uma decorrência natural da teoria da gestão da prova. Aliás, ninguém menos que defensores dessa teoria é que figuram entre os idealizadores dessa postura judicial somente a favor do réu⁶⁴. E, quando dizemos que o juiz-defensor é uma decorrência da teoria da gestão da prova, a lógica é simples: se no sistema inquisitivo temos um juiz que, por ser paranóico, só pensa em condenar o réu, então o juiz, que produz prova unicamente a favor dele, não faria parte desse sistema. Essa visão é que procura justificar o juiz-defensor presente no Projeto nº 156, de 2009, e que parte do pensamento mágico de que o juiz que produz provas só a favor do réu seria um defensor dos direitos

⁶¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Ob. cit., p. 461-463.

⁶² 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, 2008.

⁶³ MARTINS, Charles Emil Machado. A reforma e o “poder instrutório do Juiz”. Será que somos medievais? In: CALLEGARI, André Luís; Wedy Miguel Tedesco (org.) *Reformas do Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 9-23.

⁶⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal. Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 35-37.

fundamentais, do *status libertatis*, da inviolabilidade da defesa e um obstáculo a condenações injustas⁶⁵.

Embora todos esses argumentos já tenham sido refutados – antes e depois da apresentação do projeto⁶⁶ –, ao menos um ponto é de difícil superação por seus proponentes. Diz ele respeito a um obstáculo de natureza histórica e, via de consequência, puramente objetiva: em nenhum momento, ao longo de toda a história do sistema acusatório, existiu um modelo de juiz como o proposto pelo projeto. Ao contrário, esse modelo de juiz somente se manifestou no sistema inquisitivo, conforme estampam as instruções de Torquemada e Valdés, na Inquisição Espanhola. Aliás, é aqui que a lógica novamente se inverte: se o juiz do sistema inquisitivo é paranóico, e o juiz-defensor só existe no sistema inquisitivo, então o juiz-defensor é paranóico, mas contra o acusador, por ser entendido como um assistente do acusado^{67/68}!

Em termos simples, esse é o resultado prático do preconceito em relação ao sistema inquisitivo. Mais que um preconceito, há uma verdadeira afronta à história do próprio processo penal, que bem pode ser resgatada por um ainda adolescente que haja ingressado no primeiro semestre do curso de História.

3.1.2.3 O Acusador no Modelo Inquisitivo

Reiteradamente Coutinho afirma que a presença de um acusador distinto do juiz, junto a um sistema que historicamente foi considerado inquisitivo, não tem o condão de desnaturá-lo, a ponto de fazer com que seja encarado como um típico processo do sistema acusatório.

⁶⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. Ob. cit., p. 36-37.

⁶⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória “ex officio iudicis” na recente reforma processual penal. Ob. cit. ANDRADE, Mauro Fonseca. O Sistema Acusatório Proposto no Projeto de Novo “Codex” Penal Adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, nº 183, edição especial, p. 167-188, jul./set. 2009.

⁶⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 130. LAGO, Cristiano Álvares Valladades do. Sistemas Processuais Penais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 774, abr. 2000, p. 456.

⁶⁸ É bem verdade que Coutinho aponta a figura do juiz-defensor como de difícil sustentação constitucional. Entretanto, sua maior preocupação não está centrada somente nesse ponto, senão em impedir que o juiz invoque os poderes probatórios a favor do réu para, no final das contas, utilizá-los para obter provas que venham a condenar o acusado. E, como freio a essa possível deturpação da lei patrocinada pelos *juizes inquisidores*, esse autor faz um chamamento à ética dos magistrados (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório*. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Ob. cit., p. 114. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Novo Código de Processo Penal Pede Nova Mentalidade*. Ob. cit.). Entretanto, em sua lição fica manifesta nada menos que uma verdadeira contradição, que leva à desconstrução da teoria da gestão da prova, pois, embora ela esteja pautada na total inércia do juiz, há a admissão de uma produção probatória que, em caráter prévio, ele próprio julga inconstitucional. É por essas e outras que, embora alguns não gostem da figura de Marco Aurélio, pelo fato de haver sido Imperador romano no século II d.C., não há como lhe negar razão quando, do alto do conhecimento só adquirido por quem comandou nada menos que um Império, alertou que “É preciso seguir literalmente aquilo que se diz” (MARCO AURÉLIO. *Meditações*. Livro VII. 4. Trad. por Willian Li. Ed. Bilingue. São Paulo: Iluminuras, p. 73).

Costumeiramente assim o faz reproduzindo as palavras de Cordero, quando o autor italiano se refere a uma realidade que encontrou junto ao *Code Louis*, de 1670, texto que, segundo a doutrina, melhor representou o sistema inquisitivo no direito francês. Nesse diploma, havia a figura do *procurador do rei*, que deveria, segundo Cordero, exercer a perseguição penal em nome do monarca⁶⁹.

A insistência de Coutinho, nesse ponto em particular, não é em vão: o que procura fazer é justificar que a gestão da prova, em mãos do juiz, torna um sistema inquisitivo mesmo que nele se faça presente um dos elementos que historicamente serviu para fazer a diferenciação entre esse sistema e o acusatório, qual seja, a diferenciação de funções entre acusador e julgador⁷⁰. Busca-se superar, com isso, uma tradicional definição de sistema acusatório, firmada por nossos Tribunais Superiores, no sentido de que este sistema estaria em vigor no país. Em suma, o mote é desconstituir essa visão jurisprudencial para argumentar que, ainda que o Ministério Público detenha a titularidade da ação penal, o processo penal brasileiro também seguiria o sistema inquisitivo, em razão dos poderes probatórios *ex officio judicis*.

Para início de conversa, engana-se, e muito, quem pensa que o sistema inquisitivo sempre foi avesso à presença de um acusador distinto do juiz no processo. Ao contrário, em momento algum esse sistema desprezou ou proibiu a presença de um acusador em seu processo. Só para ficarmos na regulamentação da Inquisição Religiosa, que o digam os Manuais dos Inquisidores existentes nas Idades Média e Moderna, destinados a regulamentar o processo inquisitivo de seus períodos históricos. Entre eles, destacam-se a *Practica officii Inquisitionis heretice pravittis*, de Bernard Gui (1323)⁷¹, o *Directorium Inquisitorum*, de Nicolas Eymerich (1376)⁷², o *Malleus Maleficarum*, de Heinrich Kramer e James Sprenger (1484)⁷³ e as instruções de Torquemada (1484) – relativas à Inquisição Católica –, estas anteriores ao *Code Louis*, e em que já se notava a figura de um acusador público chamado *Fiscal*. O mesmo se verificou nos textos regulamentados não pela Igreja

⁶⁹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Ob. cit., p. 47.

⁷⁰ Lembremos que essa era a diferenciação feita por Lopes Jr. antes de aderir à teoria da gestão da prova (LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Ob. cit., p. 71, nota de rodapé nº 8).

⁷¹ GUI, Bernard. *Manuel de l'Inquisiteur*. 10ª ed. Les Classiques de l'Historie de France au Moyen Age. Paris: Société d'Édition «Les Belles Lettres», 1964. T. I e II.

⁷² EYMERICH, Nicolau. *Manuale dell'Inquisitore A.D. 1376*. 2ª ed. Trad. de Rio Camilleri. Casale Monferrato (Italia): Piemme, 1998.

⁷³ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras*. 1ª. ed. Trad. de Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2002. Trad. de *Malleus Maleficarum*.

Católica, mas pelos monarcas da época⁷⁴. Em todos esses diplomas, o processo poderia ter seu início por uma *notitia criminis*, de ofício pelo juiz ou, então, por uma acusação oferecida por qualquer cidadão. A simples leitura de tais textos deixa isso bem claro, para onde remetemos o leitor mais atento.

Por outro lado, em benefício da história do processo penal e do próprio Ministério Público, é preciso que se diga que essa instituição não nasceu no *Code Louis*, de 1670, e tampouco no direito francês. Embora haja forte divergência nesse sentido, faz-se necessário firmar uma diferença substancial entre elas: uma coisa é o acusador público; outra, completamente distinta, é o Ministério Público. Essa confusão entre os referidos sujeitos processuais costumeiramente faz com que importantes autores encontrem rastros do Ministério Público junto aos direitos ateniense e romano, vinculando esta instituição aos *tesmótetas*, *arcontes*, *Procuratores Fisci* (ou *Procuratores Caesaris*), *advocatus fisci*, *tribunos*, *censores*, *curatores civitatum*, *defensores civitatum*, *judices quaestiones*, *quaestionis*, *inerarcas*, *curiosi* e *stationarii*.

Seja qual for a origem exata do Ministério Público⁷⁵, o que realmente nos interessa, para os efeitos desse estudo, não é saber seu marco inicial ou certidão de nascimento, senão qual era sua função dentro de um processo regido pelo sistema inquisitivo. E, se sob esse aspecto nos debruçarmos, fácil será detectar o erro cometido por Cordero, e seguido por Coutinho.

O processo inquisitivo regido pelo *Code Louis*, de 1670, deixava claro, já no Título III, que os processos teriam início pelos “*Plaintes, Dénonciations et Accusations*”. Em outros termos, o início do processo inquisitivo seguia o mesmo roteiro traçado pelos regramentos religiosos, ou seja, o processo seria iniciado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício. E, assim posta a questão, o eixo de discussão se transfere para outra situação igualmente envolvendo o acusador, seja público ou privado. Mais concretamente, qual era o seu papel em tal ou qual sistema?

⁷⁴ **Espanha:** *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, cotejada con varios codices antiguos por la Real Academia de Historia*. Madrid: Atlas, 1972. **Portugal:** *Ordenações Afonsinas*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1786. **Alemanha:** Carolina (La). In: *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1903, volume III, parte I, p. 804-835.

⁷⁵ Sobre essa controvérsia, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua Investigação Criminal*. Ob. cit., p. 29-41.

Embora já tenhamos feito esse estudo aprofundado em outra oportunidade⁷⁶, resumidamente o que se pode afirmar é que o sistema acusatório encara o acusador como um sujeito imprescindível para o processo. Isso fica claro, de mais a mais, em razão do próprio motivo determinante para a criação desse sistema. Mas isso não é só.

Essa presença deve ser determinante para uma verdadeira e material diferenciação entre as figuras do juiz e do próprio acusador, de modo a que um não se imiscua na atividade do outro. Em contrapartida, no sistema inquisitivo esse acusador não é necessário para que o processo tenha seu início, meio e fim. É por esse exato motivo que há outros dois fatores que poderão desencadear o início do processo, quais seja, de ofício ou por *notitia criminis*. Em termos mais simples, o acusador é visto pelo sistema inquisitivo como um sujeito dispensável, embora nele possa estar presente, sem que, com isso, desnature tal sistema, a ponto de transformá-lo em acusatório. Ao fim e ao cabo, não importa se o acusador público é o titular da ação penal; o que importa é se sua ação penal é a única forma de o processo ter início, fato que, em relação ao *Code Louis*, de 1670, até por seu Título III já reproduzido, sabe-se que era desnecessária. Logo, embora titular da ação penal, sua presença era desnecessária como acusador.

No sistema acusatório, ele é imprescindível para a própria existência do processo, mas desde que essa imprescindibilidade também se reflita em uma diferenciação de fundo em relação ao julgador. E, quando nos referimos em *diferenciação de fundo*, significa que o juiz não pode ordenar que o Ministério Público acuse determinada pessoa, ou interfira no conteúdo da ação penal condenatória, de modo a nela somente figurar o fato ou pessoa que o julgador entenda corretos.

Já, no sistema inquisitivo, a presença do acusador poderá ser substituída pela figura do informante (autor da *notitia criminis*) ou do próprio juiz que venha a atuar de ofício. E é exatamente nesse ponto que se revela a inversão de valores que entendemos existir: o caráter acessório do acusador, no sistema inquisitivo, é transplantado por Coutinho e Cordero ao sistema acusatório, como se, em ambos, esse sujeito processual desempenhasse o mesmo papel, e guardasse o mesmo grau de importância.

⁷⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais e seus Princípios Reitores*. Ob. cit.p. 231-233.

Enfim, não negamos que a legislação francesa, invocada por Cordero e Coutinho, menciona a figura de um sujeito que hoje se identifica com o Ministério Público. E nem poderíamos negá-la, pelo simples fato de ser uma informação de caráter objetivo, estampada em um documento histórico. Em realidade, a questão é muito mais profunda, mas não foi abordada a contento pela teoria da gestão da prova.

3.2 Pressuposto Doutrinário

3.2.1 Conceito de Sistema

Conforme já tivemos oportunidade de afirmar em outra oportunidade⁷⁷, o primeiro obstáculo a ser enfrentado pelo investigador que pretenda se debruçar sobre o estudo dos sistemas de processo penal é, em definitivo, superar a questão que envolve o real significado da palavra *sistema*, para, a partir daí, dar início à análise dos sistemas jurídicos e, por conseguinte, dos sistemas de processo penal. Facilidades não se encontram nessa tarefa, tendo ninguém menos que Bobbio afirmado que *sistema* “é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências”⁷⁸. No mesmo sentido, mas de forma mais sutil, Diderot nos fala “da incerteza dos sistemas da filosofia”⁷⁹.

Essa dissonância tem ainda mais visibilidade quando o tema versa sobre os *sistemas processuais penais*, que tantos problemas e, até mesmo, direcionados insultos vêm sendo proferidos por quem, do alto de sua cátedra, ainda não demonstrou maturidade suficiente para aceitar a divergência fundamentada.

Em relação à teoria da gestão da prova, há duas correntes que procuram explicar a formação dos sistemas: a primeira, de Coutinho, que fala sobre a formação dos sistemas a partir de um *princípio unificador*⁸⁰ ou *princípio reitor*⁸¹; e a segunda, de Carvalho e Depaoli, que vincula essa mesma formação – ao referir-se ao sistema acusatório – à identificação de

⁷⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas de Processo Penal e seus Princípios Reitores*. Ob. cit., p. 28-36.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9ª ed. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 76. Trad. de *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*.

⁷⁹ DIDEROT, Denis. *O Passeio do Cético ou As Alamedas*. Ob. cit., 10.

⁸⁰ COUTINHO, Jacinto José de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Ob. cit., p. 165. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais. In: *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 140.

⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Novo Código de Processo Penal Pede Nova Mentalidade. Ob. cit.

seus *princípios reitores*⁸². Ao que parece, nem mesmo quem prega essa teoria sabe ao certo qual o critério para identificar esse ou aquele sistema.

Pois bem; ao longo de todos os seus escritos dirigidos à defesa da teoria da gestão da prova, Coutinho deixa patente que a ideia de princípio reitor parte das lições de Emmanuel Kant, quando, em sua obra *Teoria da Razão Pura*, teria afirmado que a definição de sistema estaria centrada na existência de um princípio unificador. Ou seja, encontrado esse princípio unificador, identificado estará o sistema; logo, ao tratar de sistemas de processo penal, encontrado seu princípio unificador, igualmente encontrado estará o sistema de processo penal. Essa linha de pensamento permite a Coutinho definir os sistemas acusatório e inquisitivo a partir da identificação dos princípios dispositivo e inquisitivo, por considerá-los o princípio reitor de cada sistema referido. E, como não haveria um princípio misto, disso derivaria a inexistência do sistema misto⁸³.

Apresentado o pilar sobre o qual se sustenta toda a teoria da gestão da prova, nossa primeira tarefa é analisar a definição, proposta por Kant, relativa à composição dos sistemas. E, para tanto, por óbvio que faremos uso da mesma obra utilizada por Coutinho, tendo tomado o cuidado, inclusive, de manejar aquela publicada pela mesma editora e utilizado o mesmo tradutor.

Feita essa necessária observação, sem meias palavras Kant define sistema como sendo “a unidade de conhecimentos diversos sob uma mesma ideia”⁸⁴. Até aí, não trouxe ele nenhuma novidade, pois seguiu, nesse passo, a mesma linha de raciocínio apresentada quase dois mil anos antes por Cícero, ao pretender organizar uma *ciência do Direito*, classificando os direitos em gêneros, para, ao depois, dividi-los em partes e identificar a “particular essência de cada uma” dessas partes⁸⁵. Para o que aqui nos interessa, em um primeiro momento, um sistema de processo penal – independentemente de ser classificado como acusatório ou inquisitivo – poderia ser identificado a partir da união de diversos elementos de natureza processual penal.

⁸² Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas – A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 7.

⁸³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. Ob. cit., p. 11.

⁸⁴ KANT, Emmanuel. *Teoria da Razão Pura*. 5ª ed. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 657.

⁸⁵ CICERÓN, Marco Tulio. *Sobre el Orador*. Livro I, 190. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Trad. de José Javier Iso. Madri: Gredos, 2002. v. 300, p. 164. Trad. de *De Oratore*. Essa também foi a intenção de Kant, quando disse que “Como a unidade sistemática é o que converte o

Aprofundando na abordagem do tema *sistema*, Kant deixa claro que ele está formado por partes, organizadas em um todo submetido a um esquema prévio, em que há “partes que sejam essenciais e determinadas a priori segundo o princípio definido pelo fim”⁸⁶. É aqui, portanto, que aparece o tal *princípio reitor*.

Assim posta a questão, um primeiro equívoco é possível identificar na leitura de Coutinho, ou seja, claro está que um sistema não se define somente a partir do seu princípio reitor; ao contrário, um sistema se define a partir da identificação das *partes* que, segundo Kant, sejam *essenciais a ele*, sem as quais ele não poderá existir, mas sendo obedientes a um princípio que determinaria o fim desse mesmo sistema. Em suma, como exaustivamente explica toda a doutrina posterior a Kant, um sistema seria composto por partes *variáveis* (que não estariam constantemente presentes nos sistemas) e partes *fixas* (que jamais poderiam estar ausentes nos sistemas, dentre as quais estaria presente um princípio em torno do qual os demais elementos essenciais gravitariam)⁸⁷. Logo, por certo que o princípio reitor deve existir em um sistema, mas ele não será, de forma exclusiva, o elemento que irá identificar tal ou qual sistema, pois isso somente ocorrerá a partir da identificação dos outros elementos essenciais. Necessita-se, portanto, de, ao menos, dois elementos fixos, a saber, o princípio reitor e outro(s) elemento(s) fixo(s) para se poder identificar um sistema como A, B ou C.

Um segundo equívoco – que bem poderia ser considerado uma contradição na base de sustentação da gestão da prova –, está na indicação, feita por ninguém menos que Coutinho, de um segundo elemento fixo que integraria o sistema acusatório. Em escrito recente, suas palavras foram no sentido de afirmar que “No sistema acusatório, por outro lado, o juiz tem, primordialmente, a função de *garante das regras do jogo*, cabendo às partes apresentarem suas provas, *licitamente obtidas*, razão por que é imprescindível a paridade das armas” (grifo nosso)⁸⁸.

Melhor explicando, ao longo dos últimos quase vinte anos, Coutinho vem afirmando que o princípio reitor do sistema acusatório seria o princípio dispositivo. De acordo com a

conhecimento vulgar em ciência, isto é, transforma um simples agregado desses conhecimentos em sistema, a arquitecónica é, pois, a doutrina do que há de científico no nosso conhecimento em geral e pertence, assim, necessariamente, à metodologia” (ob. cit., p. 657).

⁸⁶ KANT, Emmanuel. Ob. cit., p. 657-658.

⁸⁷ AUSTIN, John. *Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia*. Trad. de Felipe Gonzáles Vicen. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1981. p. 237. Trad. de *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, 1861. BULYGIN, Eugenio. Consideraciones sobre los Sistemas Jurídicos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, 1991, n. 9, p. 258. CÁCERES NIETO, Enrique. *Lenguaje y Derecho. Las normas jurídicas como sistema de enunciados*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 43.

⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. Ob. cit., p. 12.

interpretação que procurou dar às lições de Kant, cada sistema possuiria um único princípio reitor, que sempre deveria estar presente para que um determinado sistema possa ser identificado como A ou B. Logo, utilizando a linguagem empregada pelo ramo da Filosofia do Direito que se dedica ao estudo dos sistemas, somente esse princípio reitor (dispositivo, no sistema acusatório; e inquisitivo, no sistema inquisitivo) seria o elemento *fixo* de cada sistema, ao passo que todo e qualquer outro elemento seria considerado *variável*, sendo, portanto, prescindível para sua identificação.

Esse é o indicativo que o próprio Coutinho nos passa, ao procurar demonstrar que a presença de um acusador no processo não se trata de um elemento fixo do sistema acusatório, já que esse acusador – ao se reportar às palavras de Cordero – se fez presente em codificações outras do sistema inquisitivo, como foi o caso do *Code Louis*, de 1670.

Ao considerar o princípio da igualdade de armas como imprescindível ao sistema acusatório, a teoria da gestão da prova, sustentada por Coutinho, claramente abandona a ideia de um sistema dever ser identificado a partir de um princípio reitor único. Em realidade, há uma adesão, ainda que inconsciente, à verdadeira proposição de Kant, quando textualmente afirmou que um sistema se forma a partir da reunião de *elementos* considerados *essenciais*, e determinados “a priori segundo o princípio definido pelo fim”⁸⁹. Ou seja, na visão de Coutinho, agora já seriam dois os elementos fixos ou princípios *imprescindíveis* – para utilizarmos um qualificativo por ele mesmo empregado em relação ao princípio da igualdade de armas –, a serem encontrados na composição do sistema acusatório: o princípio dispositivo e o princípio da igualdade de armas. Ao fim e ao cabo, há uma clara contradição sobre tudo o que se escreveu, e vem sendo escrito, ao longo das últimas duas décadas.

Por fim, ninguém menos que Kant admitiu que suas proposições fossem fruto de uma construção puramente racional, ao invés de empírica⁹⁰. Aliás, foi essa circunstância que levou Schopenhauer a criticá-lo – ainda que o admirasse tanto –, pois esse racionalismo estava marcado pela ausência de submissão de sua teoria à prova⁹¹. Aqui reside, pois, o que entendemos como um terceiro equívoco na sustentação da teoria da gestão da prova.

⁸⁹ KANT, Emmanuel. Ob. cit., p. 657-658.

⁹⁰ KANT, Emmanuel. Ob. cit., p. 659.

⁹¹ Nas palavras desse autor, “Do mesmo modo como, na vida do solteiro, *um único* erro de juventude costuma ser suficiente para arruinar uma existência inteira, o único erro de Kant, ou seja, o de ter admitido uma razão prática, dotada de um crédito inteiramente transcendente

Embora Coutinho tenha afirmado que, “para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais”⁹², em nenhum momento se observa a submissão de sua teoria a teste. Em outros termos, ao longo de seus vários escritos, referido autor nunca demonstrou haver tido contato com qualquer texto do sistema inquisitivo ou do sistema acusatório, seja de que época for, para bem comprovar a viabilidade prática da teoria sustentada. O único texto referido por ele foi o *Code Louis*, de 1670, mas somente no que tange à presença de um acusador no sistema inquisitivo e, ainda assim, reproduzindo a visão de um intérprete do texto, que foi Franco Cordero. Ou seja, sequer manuseou tal documento.

Se essa submissão à prova houvesse sido feita, já de largada observaria que, em relação ao sistema acusatório romano, os institutos do *non liquet* e da *ampliatio* não conferiam essa plena disponibilidade probatória às partes, como propõe a teoria da gestão da prova, em razão de os julgadores, com visto acima, determinarem às partes a produção de mais e melhores provas para poderem julgar. Por outro lado, em relação ao sistema acusatório contemporâneo, ver-se-ia que o sistema acusatório italiano permite a atividade probatória *ex officio judicis*, a partir do rechaço aos fundamentos da teoria da gestão da prova, feito pelos próprios Tribunais Superiores daquele país. Ainda, dar-se-ia conta que Portugal, por sua própria Constituição⁹³, adota o sistema acusatório, e seu Código de Processo Penal, antes e depois de recente reforma, admite plenamente que o juiz produza prova, sem provocação das partes⁹⁴.

Quanto ao sistema inquisitivo, a submissão a teste da teoria da gestão da prova demonstraria a inviabilidade de sua adequação à Inquisição Espanhola. Como se viu acima, embora tenha sido a mais dura representante da Inquisição Católica, nada menos que sua própria regulamentação demonstra que o juiz não estava autorizado a produzir prova contra o réu; ao contrário, se a tortura, que nada mais era do que o procedimento adotado para a

e capaz de decidir ‘sem, provas’, como os sumos tribunais de apelação” (SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Insultar*. Ob. cit., p. 14-15). Outra abordagem sobre a obra de Kant pode igualmente ser encontrada em: SCHOPENHAUER, Arthur. *Crítica da Filosofia Kantiana*. In: *O Mundo como Vontade e como Representação*. Trad. Jair Barboza. São Paulo: Unesp, 2005, p. 521-663.

⁹² COUTINHO, Jacinto José de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro*. Ob. cit., p. 165.

⁹³ Artigo 32º, 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.

⁹⁴ Art. 340º, 1. O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 2. Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar em acta.

obtenção da rainha das provas – qual seja, a confissão – não houvesse sido requerida pelo acusador, não poderia o juiz determinar sua produção de ofício. A única atividade probatória de ofício, autorizada pelos regulamentos católicos a ser exercida pelo juiz – ainda que isso venha a ser considerado uma contradição – era aquela destinada a provar a inocência do sujeito acusado de heresia. E isso não é opinião nossa; está estampado em um texto histórico!

Enfim, também sob o ponto de vista prático a teoria da gestão da prova simplesmente não se sustenta, pois não encontra acolhida sequer junto aos próprios textos históricos responsáveis por disciplinar os sistemas de processo penal que tal teoria tem a pretensão de definir.

3.2.2 A Doutrina Italiana

Se Kant dá a Coutinho a base filosófica para formar seu conceito de sistema – ainda que, como vimos, distanciado da proposição do próprio Kant –, o fundamento dogmático para a construção da teoria da gestão da prova – que propõe um critério de diferenciação entre os sistemas acusatório e inquisitivo – é atribuído, segundo o autor brasileiro, às lições dos italianos Franco Cordero e Gian Domenico Pisapia⁹⁵. Em caminho similar trilha Lopes Jr., mas referindo-se somente a Coutinho e Franco Cordero⁹⁶. Temos aqui, portanto, informações de caráter objetivo para a investigação a que nos propusemos levar a cabo, quais sejam, os nomes dos autores que serviram de base para a sustentação da teoria da gestão da prova no Brasil.

No que diz respeito a Franco Cordero, os partidários da teoria da gestão da prova se prendem a uma frase de efeito formulada pelo autor italiano, quando disse, em obra publicada em 1986, que o juiz inquisidor apresenta quadros mentais paranóicos, por ter suas convicções condenatórias já firmadas contra o réu (seria, diz-se, o *primado da hipótese sobre o fato*)⁹⁷. Logo, ele buscaria essa condenação a qualquer custo, e, se produzisse prova de

⁹⁵ De acordo com suas próprias palavras, “Por evidente que não inventei isto; os fundamentos estão em Cordero, Pisapia, dentre outros e servem para poder ler o processo penal brasileiro e seu desvario persecutório. Ora, hoje ninguém mais com algum conhecimento duvida que um sistema processual se define pela *gestão da prova* e a quem ela cabe” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. Ob. cit., p. 11).

⁹⁶ Diz o autor: “Ensinam Jacinto Coutinho e Franco Cordero que um sistema processual é fundado na gestão da prova” (LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar. Propostas para um novo modelo de persecução penal; combate à impunidade*. Ob. cit., p. 80).

⁹⁷ CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

ofício, certamente seria para concretizar tal intento contra o réu. Contudo, o acompanhamento da obra de Franco Cordero nos faz chegar à seguinte encruzilhada: ou ele é um autor que constantemente se contradiz – razão pela qual não merece qualquer grau de credibilidade no meio acadêmico –, ou se está extraindo de suas palavras algo que ele definitivamente não pensa e nunca disse.

Para que Franco Cordero realmente entendesse que a teoria da gestão da prova fosse a definidora da diferenciação entre os sistemas acusatório e inquisitivo, por óbvio que deveria, como reiteradamente prega Coutinho, sustentar que o primeiro sistema estaria formado pelo princípio dispositivo (partes como gestoras da produção probatória, sem intervenção judicial), e que o segundo estaria formado pelo princípio inquisitivo (juiz como gestor da produção probatória). Entretanto, essa não é a visão de Cordero. Em trabalho publicado em 1964, ele expôs que a diferença entre os sistemas acusatório e inquisitivo estaria centrada na presença de uma acusação no primeiro sistema, e somente na atuação de ofício no segundo sistema⁹⁸. Ou seja, sob essa perspectiva, jamais poderia tal conceituação sustentar a teoria da gestão da prova, justamente por ser um método de diferenciação sistemática duramente criticada pelos defensores daquela teoria.

A crítica que se poderia fazer a essa posição sustentada por Cordero é que ela foi externada na década de sessenta do século passado, e que a obra que serve de base para a teoria da gestão da prova foi publicada cerca de vinte anos depois (*Guida alla Procedura Penale*). Em outros termos, haveria a possibilidade de Cordero haver mudado de opinião sobre o critério de diferenciação entre os sistemas acusatório e inquisitivo, o que teria ocorrido justamente na obra invocada por Coutinho e Lopes Jr., como justificadora da teoria da gestão da prova. Mas para que também essa questão não fique sem resposta, então de bom tom nos centrarmos na obra *Guida alla Procedura Penale*, publicada em 1986.

Pois bem; como o próprio ano de sua publicação já indica, referida obra foi publicada sob a vigência do Código Rocco, de 1930, que tanta crítica mereceu não só por parte dos autores nascidos na Velha Bota, senão também por todos aqueles vinculados ao direito continental. Entretanto, vimos que o final da década de oitenta do século passado foi marcado por importantes reformas processuais penais na Europa, sendo a italiana uma delas, com seu Código de Processo Penal de 1988.

Sua redação foi marcada pela existência de uma diretriz prévia traçada pela Lei Delegada nº 81, de 16 de fevereiro de 1987, que não só determinou a substituição do Código Rocco por um novo ordenamento adjetivo penal, mas que ele estivesse mais de acordo com os princípios constitucionais e decorrentes de tratados internacionais firmados pela Itália, e também obedecesse a certas opções de política criminal. Entre estas opções, vimos que o futuro código deveria, segundo dispunha o artigo 2.1, daquela lei, seguir “i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono”, dentre os quais se destacava, no tópico 73, o “potere del giudice di disporre l’assunzione di mezzi di prova”. Em suma, o sistema deveria ser acusatório, e o juiz deveria poder produzir prova de ofício. Mas e agora? Se Cordero verdadeiramente teria revisto, na obra de 1986, a diferenciação que, em 1964, fez entre os sistemas acusatório e inquisitivo, como então agora, com o novo código, conjugaria estes dois fatores (sistema acusatório e produção probatória *ex officio judicis*), se ele é apontado na atualidade, por autores nacionais, como sendo o doutrinador que firmou as bases da teoria da gestão da prova?

Em sua obra *Procedura Penale*, publicada posteriormente à vigência do novo Código de Processo Penal, Cordero não se furtou à abordagem sobre essa conjunção de institutos. E, para espanto daqueles que a reproduzem somente nas partes que lhes interessam⁹⁹, deixou claro que, de seus escritos, é que não pode haver sido extraída qualquer linha destinada a sustentar a teoria da gestão da prova.

Indo direto ao que interessa, Cordero segue sustentando que sistema inquisitivo e juiz paranóico estão vinculados, pois considera que “l’inquirente elabora ipotesi in un quadro paranoide”¹⁰⁰. Contudo, admite que o processo penal, delineado pelo novo código, é, de fato, acusatório, embora apresente um estilo próprio, diverso do estilo angloamericano, onde está inserido o processo inglês. Nas suas palavras, “lo stile accusatorio italiano appare diverso sotto aspetti importanti: azione obbligatoria nonché irretirabile, proscioglimento extra petita

⁹⁸ CORDERO, Franco. *Linee di un Processo Accusatorio*. JUS. Milano, 1964, p. 138.

⁹⁹ CARVALHO, Salo de. Da Necessidade de Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 492. BIZZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. *Sistema Acusatório: (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional*. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; CARVALHO, Salo de. *A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal*. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2006, p. 13-29.

¹⁰⁰ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Ob. cit., p. 21.

(art. 129), *supplenza istruttoria ex officio* (art. 506 sg.)”. E complementa, para o desespero de muitos: “Erano varianti necessarie”¹⁰¹.

Para quem ainda não entendeu o *espírito da coisa*, deixemos claro: Cordero mantém sua posição de o juiz inquisidor ser um paranóico, mas é contrário ao entendimento de que o juiz que produz prova de ofício somente está inserido no sistema inquisitivo, o que o levaria a ser, portanto, paranóico e produtor de prova somente contra o réu. Ou seja, o juiz inquisidor seria paranóico, mas juiz que produz prova de ofício não é necessariamente inquisidor e, por óbvio, paranóico.

É só por isso que ele não refuta a natureza acusatória do novo processo penal italiano, mesmo tendo o julgador o poder de disposição sobre os meios de prova, estando autorizado a atuar *ex officio judicis*. E, pior que isso, Cordero deixa claro que o incremento da obrigatoriedade da ação penal ao Ministério Público, e a indisponibilidade probatória das partes, são variantes necessárias. Isso mesmo: necessárias. Para quê? Para o perfeito funcionamento do processo penal, a fim de que ele não apresente todos aqueles defeitos que, ao longo dos dois últimos milênios, foram manifestados por um modelo acusatório entendido como uma simples disputa particular, voltada à proteção de interesses meramente privados, sem qualquer repercussão no meio social onde tramitava esse processo!

E, para sepultar de vez as vinculações que, no Brasil, fazem de seu nome à teoria da gestão da prova, arremata Cordero, ao tratar dos *Interventi ex officio*: “Sono un residuo necessario questi poteri d'intervento diretto, coordinati al sistema penale italiano: azione obbligatoria nonché irretratabile; processo a oggetto indisponibile e non lo sarebe più, almeno de facto, se a chi giudica fosse negato ogni acceso alla prova. Gli artt. 507 e 603 risolvono l'equazione”. E finaliza fazendo referência à decisão das Seções Unidas da Corte de Cassação italiana, proferida em 6 de novembro de 1992¹⁰², deixando patente sua concordância com uma decisão que, como vimos, considerou perfeitamente constitucional a adoção de um sistema acusatório com a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício, pois esta atividade decorreria de um simples desdobramento do princípio da legalidade da ação penal que atinge o Ministério Público.

¹⁰¹ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Ob. cit., p. 101.

¹⁰² CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Ob. cit., p. 602.

O melhor exemplo de que Cordero não é partidário da teoria da gestão da prova é sua aceitação quanto à existência do sistema misto de processo penal, como um sistema autônomo e distinto dos sistemas acusatório e inquisitivo. Tal distinção é taxativamente negada pelos partidários da teoria da gestão da prova, sob o argumento de que, se o que caracteriza o sistema acusatório é o princípio dispositivo, e o que caracteriza o sistema inquisitivo é o princípio inquisitivo, então não haveria um *princípio misto* para caracterizar o sistema misto¹⁰³. Entretanto, em sua *Procedura Penale*, aquele que é apontado como o *doutrinador de base* da teoria da gestão da prova é categórico ao afirmar que “Rimossa negli anni '90, l'Ordonnance appare reincarnata dal código 1808, a cui risalgono i sistema continentali otto-novencenteschi; e già il nome suona emblematicamente: code d'instruction criminelle”¹⁰⁴. Ou seja, nada mais é do que o Código de Instrução Criminal de 1808, criado por Napoleão Bonaparte, com o intuito de corrigir os problemas que derivaram da adoção, sem correções, do problemático e privatístico sistema acusatório romano¹⁰⁵. É por isso que o próprio Cordero afirma: “È nato il processo cosiddetto misto”¹⁰⁶.

Leitura menos distorcida é feita em relação aos escritos de Pisapia, cuja obra, que nos servirá de guia, chama-se *Lineamenti del Nuovo Processo Penale*, em sua segunda edição. Ao publicá-la logo após a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, Pisapia deixou claro seu desconforto com a atividade probatória *ex officio judicis* nele presente, mas em momento algum a estabelece como um fator determinante para a definição de um sistema, como o pretende fazer a teoria da gestão da prova. Segundo esse autor, a assunção de novos meios de prova pelo juiz, prevista no artigo 507 daquele código, “Si tratta di una componente inquisitoria, che il legislatore ha ritenuto opportuno mantenere, come correttivo dell'eventuale inerzia o incompletezza nell'iniziativa delle parti”¹⁰⁷. Ou seja, o autor fala em *componente*, e não em *elemento definidor* do sistema inquisitivo.

A crítica mais forte feita por Pisapia disse respeito ao fato de o novo código parecer uma reprodução do processo angloamericano, ainda que haja reconhecido que seu texto se afastou decisivamente do modelo inquisitivo que inspirava o Código de 1930, e tenha

¹⁰³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. Ob. cit., p. 11.

¹⁰⁴ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Ob. cit., p. 64.

¹⁰⁵ Tal código pode ser analisado, em sua redação original, em: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Código de Instrução Criminal Francês de 1808*. Curitiba: Juruá, 2008.

¹⁰⁶ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Ob. cit., p. 67.

qualificado o novo processo como sendo *de partes*. Mais que isso, afirmou que “la scelta di fondo del rito accusatorio, operata fin dalla prima Legge-delega del 1974 e poi ribadita nella Legge-delega del 1987, si ricollega alla migliore tradizione italiana”¹⁰⁸. E arremata, afirmando que o resultado final levou à construção de uma “*struttura propria originale, caratterizzata anche della esigenza, posta giustamente in primo piano dalla legge-delega, di attuare i principi della Costituzione e di adeguarsi alle norme delle Convenzioni internazionali ratificate dall’Italia e relative ai diritti della persona*”¹⁰⁹.

Por fim, um terceiro nome é invocado por Coutinho e Lopes Jr., não como referência justificadora da teoria da gestão da prova, mas como fonte de certas frases de efeito ou nomes sugestivos para a convalidação das proposições feitas por essa mesma teoria. Referimo-nos a Francesco Carnelutti¹¹⁰.

Independentemente da correção, ou não, dos postulados da teoria da gestão da prova, não há como silenciar em relação à prática de diversos autores – portanto, não só de Coutinho e Lopes Jr., é bom que se diga –, de, em ocasiões especiais, invocar o nome do doutrinador italiano e, sobretudo, um artigo que teve, por título, *Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto*, publicado em 1953, na *Rivista di Diritto Processuale*. Tal artigo é sempre levantado como bandeira, por determinados e conhecidos autores nacionais, quando o objetivo é atingir o Ministério Público, ou restringir suas possibilidades de atuação ao longo de toda a persecução penal.

Em síntese, foi nesse trabalho que Carnelutti publicou suas primeiras impressões sobre a figura do acusador público, oportunidade em que questionou seu vínculo ao princípio da imparcialidade, a posição que ocupa nas salas de audiência e o equilíbrio de forças com o defensor. Também manifestou a inviabilidade de o Ministério Público presidir investigações criminais, por considerar o juiz-instrutor como o mais indicado para realizar os trabalhos de apuração na fase primária da persecução penal. Entretanto, o que não se encontra no meio doutrinário – ou porque não se sabe, ou simplesmente porque não se quer dizer – é qualquer referência ao fato de que tal artigo foi escrito em um momento em que Carnelutti ainda não

¹⁰⁷ PISAPIA, Gian Domenico. *Lineamenti del Processo Penale*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1989, p. 109.

¹⁰⁸ PISAPIA, Gian Domenico. Ob. cit., p. 15.

¹⁰⁹ Idem, p. 16.

¹¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – ed Anche il Giudice*. Ob. cit., p. 23-24. LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar. Propostas para um novo modelo de persecução penal; combate à impunidade*. Ob. cit., p.80.

havia definitivamente formado sua convicção sobre a figura do acusador público, bem como, sobre o verdadeiro papel do juiz, não só na fase de investigação, senão também na fase posterior ao oferecimento da acusação.

Essa realidade é tão patente, e conhecida por todos aqueles que procuram estudar o processo penal de forma séria e sem preconceitos, que o autor italiano chegou, na década de sessenta do século passado, a redigir nada menos que um projeto de lei para substituir o Código Rocco, de 1930. E, nesse projeto, Carnelutti, mesmo com as alterações subsequentes do referido projeto, apresentou três proposições que simplesmente desautorizam toda e qualquer menção a ele, no que diz respeito às proibições endereçadas ao Ministério Público ou ao engessamento do juiz na fase probatória. Em termos particulares, podemos citar: a) erigiu o Ministério Público como o condutor da investigação criminal (art. 86 do texto alterado¹¹¹), revisando, assim, a posição assumida no texto doutrinário (*Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto*) até hoje invocado pelos opositores da investigação feita pelo acusador público brasileiro; b) autorizou o juiz a ter uma participação ativa na fase probatória, formulando perguntas em caráter complementar (art. 126 do texto alterado¹¹²); e c) autorizou o juiz a determinar a produção de prova *ex officio* (art. 134 do texto alterado¹¹³), o que definitivamente o afasta da condição de aliado ou simpático aos postulados da gestão da prova.

Em relação à doutrina de Francesco Carnelutti, o que nos resta agora, portanto, com o esclarecimento feito, é esperar que sua biografia passe a ser respeitada, e que o texto de 1953 não seja repassado, aos não-iniciados nesse ramo do direito, como o pensamento definitivo de um dos autores mais importantes do processo penal, em relação aos papéis que o Ministério Público e o juiz devem ocupar ao longo de toda a persecução penal¹¹⁴.

¹¹¹ Art. 86. L'inchiesta preliminare serve a non stabilire la certezza ma la probabilità che il reato sia stato commesso.

A tal fine il pubblico ministero può interrogare l'imputato, esaminare i testimoni, ispezionare persone e cose, procedere a riconoscimenti o a confronti e fare quant'altro è necessario alla provvista delle prove da riproporre al dibattimento.

Il pubblico ministero, per il compimento di tali atti, può richiedere l'assistenza della polizia giudiziaria o anche delegare quest'ultima affinché compia atti determinati, esclusi l'interrogatorio dell'imputato, i riconoscimenti e i confronti.

¹¹² Art. 126. Il pretore o il presidente invita l'imputato a rispondere alla esposizione del pubblico ministero o del difensore dell'offeso.

Alla fine di tale esposizione, il pretore o il presidente può rivolgere all'imputato le interrogazioni che egli, gli altri componenti del collegio, il pubblico ministero o il difensore ritengono opportune per la migliore conoscenza dei fatti.

¹¹³ Art. 134. Qualora dalla istruzione eseguita al dibattimento emerga l'esistenza di persone o di cose che possano servire utilmente da prova, il pubblico ministero, il privato accusatore o il difensore possono proporre e il giudice, anche di ufficio, può disporre la acquisizione: in particolare può ordinare che siano chiamati al dibattimento nuovi testimoni" (grifo nosso).

¹¹⁴ O texto primeiro e o texto alterado do projeto podem ser encontrados em: CARNELUTTI, Francesco. *Verso la Riforma del Processo Penale*. Napoli: Morano Editore, 1963.

Enfim, essa é a diferença entre ter contato com as obras originais e o pensamento puro e direto dos autores de base, e tentar abreviar o caminho, buscando obter o que Shopenhauer chamou, do alto de seu mau humor, de “relatos de segunda mão”¹¹⁵. É por esses e outros motivos que não nos vemos em condições de contrariar Diderot, quando disse que “os eruditos são os confidentes dos autores que comentam, para fazê-los dizer o que nunca pensaram”¹¹⁶.

3.3 Pressuposto Constitucional e o Estado Democrático de Direito

Que a retórica ocupava uma parte importante no mundo antigo ninguém desconhece, tendo sido equiparada a nada menos que uma *arte*. E que seu papel era tão-só construir estratégias para que um orador simplesmente pudesse vencer o seu oponente, não é surpresa nenhuma para quem se ocupa de seu estudo, ainda que por mero deleite.

Por serem os gregos os verdadeiros mestres na arte de *manipular* a palavra, já dizia Platão que “Quem pretende ser orador não necessita aprender o que é justo, mas sim o que pensam ser justo as pessoas que irão julgar. Nem o que é verdadeiramente bom ou bonito, mas sim o que parece ser”. E arrematava dizendo, “Isso porque é das aparências de onde vem a persuasão, e não da verdade”¹¹⁷.

Não por outro motivo, Aristóteles já alertava que a missão da retórica não era unicamente persuadir, senão apontar os meios de persuasão que existem para cada coisa em particular¹¹⁸, o que levou o romano Cícero à seguinte reflexão: “Muitas vezes me perguntei se a facilidade da palavra e o excessivo estudo da eloquência não causaram maiores males que benefícios a homens e cidades”¹¹⁹. Essa é a realidade que encontramos em, ao menos, um argumento voltado à sustentação da teoria da gestão da prova.

¹¹⁵ SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Insultar*. Ob. cit., 90-91.

¹¹⁶ DIDEROT, Denis. *O Passeio do Cético ou As Alamedas*. Ob. cit., p. 132.

¹¹⁷ PLATÓN. Fedro. 260a. In: _____. *Diálogos*. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Trad. de C. García Gual, M. Martínez Hernández y E. Lledó Iñigo. Madrid: Gredos, 2000. v. 26, t. III, p. 369.

¹¹⁸ ARISTÓTELES. *Retórica*. Livro I, 2, 1355b, 9. 10ª ed. Trad. de Antonio Tovar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 10.

¹¹⁹ CICERÓN, Marco Tulio. *La Invención Retórica*. Livro I, 1. Biblioteca Básica Gredos. Trad. de Salvador Nuñez. Madrid: Gredos, 1997, v. 245, p. 85.

Coutinho, ainda que não diretamente, vincula a não-adesão à teoria da gestão da prova ao que chamou de “interesses antidemocráticos”¹²⁰. Mais claramente obrou Machado, quando, após erigir a gestão da prova à condição de *princípio*, fez uma vinculação um tanto forçada entre a proibição do ativismo judicial na fase probatória, com o que chamou de “garantias ínsitas ao Estado Democrático de Direito”¹²¹. Chegou ele a dizer que “Em se tratando de gestão da prova, o papel do juiz, como seu gestor mostra-se incompatível com o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito”¹²². Dito de outro modo, se a gestão da prova – seja ela teoria ou princípio – não for seguida, o recado que nos passam é que o próprio Estado e a democracia estarão em risco, tudo porque um juiz resolveu inquirir alguém mencionado no inquérito policial, mas não arrolado pelas partes, ou, então, por haver determinado a produção de uma perícia não requerida por elas em seu momento oportuno.

Esse discurso de terra arrasada, ao melhor estilo *caso não sigam o que eu digo, tudo estará perdido*, é por demais conhecido como estratégia de pura retórica. Quiçá o melhor exemplo disso possa ser encontrado em um dos mais famosos discursos proferido por Cícero, quando debutou como acusador em um processo envolvendo corrupção política, já que toda sua fama foi construída a partir de atuações como um competente defensor.

Pois bem; Gayo Verres havia sido pró-pretor de Sicília, e estava sendo acusado de cometer diversos abusos durante sua gestão naquela província. Ao longo do julgamento, o novel acusador Cícero fez questão de constantemente alertar aos julgadores que, caso não condenassem o réu, profundas reformas deveriam ser realizadas no sistema judicial romano, dentre as quais a extinção do monopólio do Senado para determinados julgamentos¹²³.

O que se quer fazer com essa vinculação da gestão da prova ao Estado Democrático de Direito não passa do mesmo artifício utilizado por Cícero: o que é contrário ao que digo e penso é antidemocrático, e colocará abaixo institutos que seriam os pilares de nosso bem viver. Aliás, esse recurso, voltado à pretensa preservação da democracia, já foi utilizado por

¹²⁰ COUTINHO, Jacinto Néson de Miranda. Efetividade do Processo e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais. Ob. cit., p. 141-142.

¹²¹ MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Gestão da Prova no Processo Penal: Uma Crítica à Lei nº 11.690/2008, A Partir do Modelo Constitucional de Processo. Ob. cit., p. 4400. Em sentido similar vão Carvalho e Depaoli, quando apregoam que “Um juiz que detenha a gestão da prova não presume que o réu seja inocente, como determina a Constituição e, assim, não há como restar afastada a conclusão a respeito da inconstitucionalidade das posturas probatórias de ofício na reforma como resultou a nova redação do artigo 156 do CPP, mais consentânea com uma formatação inquisitória e antidemocrática de processo” (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas – A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei Nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 7).

¹²² MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Gestão da Prova no Processo Penal: Uma Crítica à Lei nº 11.690/2008, A Partir do Modelo Constitucional de Processo. Ob. cit., p. 4411.

Aristófanes, mas em local próprio, qual seja, em uma comédia – *Pluto* (ou *A Riqueza*) –, em que um dos personagens invocava riscos à democracia para justificar qualquer coisa que atentasse contra os seus próprios interesses¹²⁴.

Esse é um discurso antigo e surrado, próprio de quem não tem argumentos consistentes para fazer valer sua posição. Mais que isso, argumentos como esses não passam de um terrorismo ideológico, direcionados a acadêmicos de direito e profissionais menos experientes, como forma de coação para que o processo penal passe a expressar e prever os institutos que determinada – e bem identificada – corrente ideológica procura impor ao país, independentemente de seus postulados históricos e doutrinários estarem, ou não, corretos, o que, aliás, à sociedade, já se demonstrou não estarem.

Basta lembrar que Alemanha, Portugal e Itália são Estados Democráticos de Direito, e adotam, sem grandes traumas, a figura do juiz ativo na fase probatória. Mas, sobre essa realidade, há um constrangedor *silêncio obsequioso* por parte de quem defende e divulga a teoria da gestão da prova, pois não importa referir ou analisar, na prática, a perfeita relação existente entre aqueles modelos de Estado e esse modelo de juiz. Como bem disse Cícero, “O que é, na verdade, um Estado, senão uma sociedade de direito?”¹²⁵. E, se o direito dessa sociedade permite a atividade probatória *ex officio judicis*, por certo que nenhum risco atingirá aquele Estado, com o que se afasta, com certa facilidade, o argumento utilizado por quem defende a teoria da gestão da prova.

Entre nós, bem se sabe que a Constituição atual, em momento algum, apontou o sistema de processo penal adotado no país, e muito menos o modo como o julgador deveria se portar na fase probatória. Como ensina a boa doutrina – e, de nossa parte, vimos insistindo ao longo dos últimos anos –, a Carta Maior não optou por qualquer sistema de processo penal em particular. O que fez foi fornecer um *sistema de garantias*, em que nada há a impedir a atividade probatória *ex officio judicis*¹²⁶. Leituras em sentido contrário da

¹²³ Ver tese p. 79, nota 208.

¹²⁴ ARISTÓFANES. *Pluto (A Riqueza)*. Trad. por Américo da Costa Ramalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 66.

¹²⁵ CÍCERO, Marco Túlio. *A República*, Livro I, 32, 49. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Trad. de Álvaro D’Ors. Madrid: Gredos, 2000. V. 45, p. 65. Trad. de *De re publica*.

¹²⁶ Como dizem Oliveira e Fischer, “não há um modelo processual penal definido na Constituição da República. Há um sistema de *garantias*, inerente às determinações normativas de um Estado Democrático de Direito, cuja função, essencial, é a realização dos direitos fundamentais. A função jurisdicional penal vem bem demarcada até pela titularidade da ação penal atribuída ao Ministério Público. Mas daí pretender a vedação de qualquer iniciativa probatória ao juiz na fase *processual*, na suposição da existência de um sistema acusatório *nacional*, vai uma grande distância. (...). Mais. Não há sistema processual algum que vede toda e qualquer iniciativa probatória ao juiz. Nem

Constituição não passam de interpretações feitas a seu bel-prazer, que mais parecem, em relação ao Texto Maior, uma pública zombaria¹²⁷.

3.4 Pressuposto Ideológico

Muito se falou em ideologia no tópico anterior, e, de fato, cremos que esse é o principal problema não só na construção da teoria da gestão da prova, senão também – e principalmente – no tratamento que vem sendo dispensado, nos dois últimos séculos, ao próprio direito processual penal.

Assim dizemos, porque, na nossa ótica, o direito processual penal é o que mais sofre com preconceitos e reacionarismos – seja de direita, seja de esquerda –, realidade que não se verifica, a título de exemplo, no direito processual civil. Não por outro motivo, ninguém menos que Ferrajoli apontou a existência, no direito processual penal, de “operações ideológicas de falsificação histórica, ou construções teóricas logicamente inconsistentes e axiologicamente inservíveis”¹²⁸. E o motivo para isso tudo parece ser muito simples: os reflexos deixados pela Inquisição Católica foram muito mais profundos no processo penal, se comparados aos deixados no processo civil. A título de exemplo, lembremos da tortura.

Em grande parte dos manuais ou tratados de direito processual penal – seja de que país for –, vemos que a prática da tortura, destinada à extração da verdade, somente aparece vinculada ao sistema inquisitivo, não havendo uma linha sequer que a relacione ao sistema acusatório. O que se passa ao leitor, portanto, é a ideia de que tal método de obtenção da verdade, que pretensamente autorizaria um julgamento mais seguro, somente era usado no sistema inquisitivo, e que este, em sua essência, é marcado pelo caráter desumano no trato do sujeito passivo da relação processual.

Ora, os relatos deixados pelos filósofos e juristas atenienses e romanos – que viveram durante o período histórico em que vigorou o que, posteriormente, convencionou-se chamar de sistema acusatório – são ricos em apontar a prática da tortura como um método de obtenção da verdade para a formação do convencimento dos julgadores. Não por outro

mesmo o chamado *sistema de partes* (*adversary system*) do direito estadunidense” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 309).

¹²⁷ DIDEROT, Denis. *O Passeio do Cétido ou As Alamedas*. Ob. cit., p. 46.

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 5ª ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et alli*. Madrid: Trotta, 2001, p. 563. Trad. de *Diritto e Ragione. Teoría del Garantismo Penale*.

motivo, Aristóteles considerava a utilização da confissão, quando decorrente da tortura, um argumento retórico *sem arte*, pois não era obtida em razão dos atributos do próprio orador forense¹²⁹.

Ao fim e ao cabo, a omissão investigativa de muitos escritores do processo penal foi determinante para a formação de uma verdadeira anticultura, calcada na visão de que tudo que há de positivo, em âmbito processual penal, tem suas raízes no sistema acusatório. Em contrapartida, o sistema inquisitivo é visto como a fonte ou origem de tudo o que se considera invasivo sobre a figura do sujeito passivo da persecução penal.

Se falarmos em manipulação conceitual, mais recentemente tivemos o desmascaramento da formação do conhecido brocardo *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, ou seja, que o juiz somente pode julgar segundo o que foi alegado e provado pelas partes, o que se traduz, em termos linguísticos, no aforismo ou brocardo representativo da teoria da gestão da prova, só que em âmbito civil. Como bem o comprovou Picó i Junoy (fazendo-o a partir do estudo direto sobre documentos históricos que constam reproduzidos em sua obra), tal brocardo não passou de uma adulteração – não se sabendo se voluntária, ou não – feita pelo alemão Adolf Wach (no final do século XIX) e pelo italiano Giuseppe Chiovenda (no começo do século XX), sobre o brocardo *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, nom secundum conscientiam*, que teve sua origem na doutrina medieval da Escola de Bolonha, responsável pela glosa da obra de Justiniano.

Tal adulteração acrescentou a este último brocardo o termo *partium*, eliminando, assim, a participação do juiz na fase probatória. E, por consequência, esse *acréscimo* foi passado como verdade aos discípulos daqueles doutrinadores, que, por sua vez, reproduziram a *nova versão* do brocardo (agora como sendo *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, ao invés do original *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, nom secundum conscientiam*) em larga escala pelo direito europeu, sendo desnecessário, aqui, apontar os reflexos que tal *verdade inquestionável* provocou igualmente em âmbito criminal¹³⁰. Aliás, esse mesmo fenômeno, de reprodução massificada e acrítica,

¹²⁹ ARISTÓTELES. *Retórica*. Livro I, 2, 1355b, 35. Ob. cit., p. 10.

¹³⁰ Sobre o tema, ver: PICÓ I JUNOY, Joan. El Juez y la Prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo “iudex iudicare debet secundum allegata et probata, nom secundum conscientiam” y su repercusión actual. Barcelona: J. M. Bosch, 2007. PICÓ I JUNOY, Joan. Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 62, nº 6, nov./dez. 2007. Especificamente na seara penal, ver: PICÓ I JUNOY, Joan. La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio. *Justicia*, nº 1-2, 2007.

vem ocorrendo em relação à teoria da gestão da prova. Não por outro motivo, Picó i Junoy conclui sua pesquisa afirmando que “Finalmente, en la polémica sobre si el juez debe tener iniciativa probatoria deberían evitarse posturas radicales o maximalistas para buscar el punto de equilibrio que permita al proceso ser lo más eficaz posible sin sacrificar ninguna garantía constitucional de las partes”¹³¹.

Em síntese, tornou-se muito fácil sustentar a viabilidade, ou não, de determinado instituto processual penal. Basta que se diga que ele deriva do sistema acusatório ou do sistema inquisitivo, e pronto: aí está a fórmula do sucesso, ainda que nada embase tal afirmação. O problema é que qualquer afronta à formação e ao passado do direito processual penal pode, já o dissemos, ser resgatada por um adolescente que recém haja ingressado no primeiro semestre do curso de História, apesar de toda a titulação ostentada pelos processualistas que pregam em sentido contrário a documentos e textos históricos. E, como vivemos em uma sociedade em que a razão está com quem vende muito – ou sua imagem, ou sua literatura –, com certa facilidade se observa a idolatria a autores marcados por uma relação descompromissada entre a pena e o papel, em detrimento do incentivo à busca pelas verdadeiras fontes históricas do ramo do direito a que se propuseram doar seu tempo.

Com isso não queremos passar a falsa impressão de que não se pode ter opinião formada sobre certas práticas ou institutos presentes no processo penal. Como bem disse Coutinho, “No atual estágio do direito, espaço não há para propostas neutrais e alheias às ideologias”. E conclui seu pensamento, afirmando que também é preciso que essa ideologia se forme a partir de “premissas sólidas”¹³². Mas, com o devido respeito, por tudo o que se viu até o momento, não há qualquer *premissa sólida* sustentando a teoria em questão.

Segundo pensamos, essa ausência está assentada na forma como se encara a participação estatal na persecução penal. Segundo esse autor, o processo penal deve ser construído para servir como um “limitador da violência do Estado”¹³³. Logo, parte-se do pressuposto de que a conduta do Estado, ao longo da persecução penal, está voltada à violação, potencial ou efetiva, de todos os direitos constitucionalmente assegurados aos

¹³¹ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba*. Ob. cit., p. 163.

¹³² COUTINHO, Jacinto Néilson de Miranda. *Efetividade do Processo e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais*. Ob. cit., p. 141-142.

investigados ou acusados. Entretanto, fecham-se os olhos para o fato de o Estado somente haver assumido as rédeas da persecução penal exatamente para evitar a violência que historicamente foi praticada pelos sujeitos passivos dessa mesma persecução penal, ao tempo em que o cidadão ou a vítima assumiam sozinhos os seus rumos.

Em outros termos, partindo-se do pressuposto de que o Estado é violento – pois esse é o fator que motiva Coutinho a afirmar que ele deve ser limitado –, todo e qualquer instituto que venha a desagradar algum segmento doutrinário, bem pode ser considerado fruto dessa violência. E, para superá-la, basta vincular tal instituto ao sistema inquisitivo – como costumeiramente se faz –, para, a partir daí, propor-se sua exclusão do ordenamento jurídico do país, e substituição por uma outra via alternativa para os rumos do processo.

Sinteticamente, assim se explica o porquê de a teoria da gestão da prova haver sido apresentada, justamente, em um *Seminário Nacional sobre o uso do Direito Alternativo*¹³⁴. Em termos simples, a teoria da gestão da prova nada mais é do que o resquício, em âmbito processual penal, de um movimento nascido no âmbito civil, que utilizou, como pano de fundo, a luta de classes para invocar a aplicação de um *outro direito*, que não aquele previamente posto¹³⁵. Mas sua sustentação, em âmbito penal, esbarra em dois pontos.

Primeiro, o direito alternativo foi sepultado há anos no próprio âmbito civil, em razão da fragilidade dos argumentos de que se utilizava, pois, apesar de *alternativo*, ele deveria partir da existência de um *direito*, o que torna a teoria da gestão da prova um verdadeiro cadáver ambulante, pois, como visto, não há nada que a sustente¹³⁶. Segundo, inegável a contradição existente entre aqueles que a pregam no Brasil, pois grande parte de seus ardorosos defensores são conhecidos por possuírem grandes escritórios de advocacia, o que nos leva a concluir que usam, em última análise, o argumento da luta de classes para criar teorias que usam em benefício da elite intelectual, política ou econômica do país.

¹³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. Ob. cit., p. 13.

¹³⁴ COUTINHO, Jacinto José de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso do direito alternativo*. Rio de Janeiro: ADV, jun/1993.

¹³⁵ Para a perfeita compreensão da gênese e fundamentação (fundamentalismo?) do movimento conhecimento como direito alternativo, recomendamos: OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *A Verdadeira Face do Direito Alternativo*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

¹³⁶ Aliás, com certa facilidade são encontrados conhecidos nomes vinculados à origem do direito alternativo no Brasil – cuja aplicação se notabilizou no âmbito civil –, mas que migraram para a seara penal, trazendo consigo as bases ideológicas daquele movimento, e que hoje empunham a bandeira da teoria da gestão da prova.

Resgatando, agora, a relação que anteriormente fizemos com o direito processual civil, é nada menos que preocupante que não se veja que a base argumentativa da teoria da gestão da prova obrigatoriamente produz reflexos também junto àquele ramo do direito.

Nesse sentido, Carvalho e Depaoli justificam a teoria da gestão da prova a partir do que qualificam como “enorme distância” entre as jurisdições civil e penal, pois haveria uma “ideologia que preside este último e que conforma a estrutura e o funcionamento do Direito Penal e Processual Penal”. Em sequência, afirmam que “O heroísmo do juiz tenderá a ocupar esse espaço com autoritarismo porque já formou previamente o seu convencimento e já escolheu o vilão do drama que encenará”. E, para arrematar, deixam patente que a jurisdição civil é imune ao peso da estrutura do Estado presente em uma das pontas da relação processual, ao passo que “na jurisdição penal, no pólo ativo da demanda, está a superestrutura do Estado, com seu sistema investigativo, persecutório e executivo, no qual é muito fácil ingressar, mas muito difícil sair”¹³⁷.

Se bem compreendemos a linha de pensamento desses autores, ambos veem o juiz criminal não como um herói – pois só estes podem praticar atos de heroísmo –, senão como um irresponsável, preconceituoso, ingênuo e tão (ou mais) manipulável como uma criança. Só isso nos parece justificar o fato de que tal julgador previamente se convença da responsabilidade criminal do réu, seja pelo simples fato de alguém ser apresentado como sujeito passivo da relação processual, seja pelo fato de, quem o acusa, é um instrumento do Estado, do qual o próprio juiz também faz parte. E aqui parece ser necessário lembrar que o Poder Judiciário se constitui em um poder do próprio Estado, o que nos leva, dentro dessa lógica, a concluir que, na visão desses autores, o problema não está na gestão da prova nas mãos do juiz, mas sim na presença do Estado ao longo de toda a persecução penal. Ou seja, sob esse ângulo, também chegamos à pretensão de privatização dos enfrentamentos criminais, pois só isso levaria ao processo penal a imparcialidade que afirmam existir no juiz do processo civil. Mas, com o devido respeito, outra falha de argumentação também aqui aparece.

De acordo com essa linha de pensamento, o alegado afastamento do Estado, em relação ao processo civil, é o que levaria o juiz a não praticar atos de heroísmo, e a estar

¹³⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas – A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei Nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 7.

“imune ao peso da estrutura do Estado presente em uma das pontas da relação processual”. Logo, o julgador não necessitaria participar ativamente da fase de tomada de provas, pois o enfrentamento seria eminentemente privado, preservando, assim, sua imparcialidade. Em assim o sendo, a pergunta é óbvia: é assim mesmo que ocorre em nosso processo civil? Definitivamente, não.

Basta uma *visita* ao nosso código de processo civil para, já no tópico em que ele trata da figura do juiz, ver que ele – o julgador – tem plena liberdade para atuar, inclusive de ofício, na fase probatória, determinando a produção das provas que entender necessárias ao seu convencimento e bom julgamento¹³⁸. Posteriormente, essa liberdade é explicitada em outros dispositivos atinentes a cada meio de prova, como ocorre, *i.e.*, com o depoimento pessoal (art. 342 CPC), exibição de documento ou coisa (art. 355 CPC), produção de prova documental (art. 399 CPC), prova testemunhal (art. 418 CPC), formulação de quesitos na prova pericial (art. 426, inc. II, CPC) ou mesmo uma nova perícia (art. 437 CPC), e, por fim, a própria inspeção judicial (art. 440 CPC).

Há alguma discussão mais forte, em nossa doutrina processualista civil, em relação a essa atividade probatória *ex officio judicis* civil colocar em dúvida a imparcialidade do juiz não-criminal? Por óbvio que não! E por que motivo? Muito simples.

Essa discussão já foi travada e superada no direito estrangeiro, em que – além de não encontrarmos autores de um tema só –, ainda na metade do século passado se consolidou a ideia de que o processo civil apresenta natureza pública, razão pela qual seria necessária a concessão de liberdade probatória ao juiz¹³⁹, tal como a vemos regulada em nossa codificação adjetiva civil. E, para quem não se recorda, a estrutura dessa codificação, mesmo com todas as reformas que sofreu ao longo de sua existência, é fruto da influência direta de um renomado autor italiano – Enrico Tullio Liebman –, que trouxe para o Brasil o resultado das discussões que no Velho Continente estavam sendo travadas.

¹³⁸ Artigo 130 CPC. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

¹³⁹ Para a visualização de um panorama atual, relativo ao modo como se entende a atividade probatória *ex officio judicis* no processo civil europeu, simplesmente imperdível o texto fruto da conferência feita por Michele Taruffo no XXV Congresso Nacional da Associação Italiana de Investigadores sobre Processo Civil, realizada em Cagliari, nos dias 7 e 8 de outubro de 2005, onde o tema central versava sobre *As Provas no Processo Civil*. Tal texto pode ser encontrado em: TARUFFO, Michele. Poderes Probatorios de las Partes y del Juez en Europa. In: *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 159-183. De igual modo em: TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. Ob. cit..

E nem se diga que estamos aqui a propor uma adequação do direito processual penal aos postulados do direito processual civil, procurando adaptar aquele a este, como se o segundo determinasse a existência de uma teoria geral do processo, para pautar igualmente as relações existentes na persecução penal. Seguir esse caminho seria um ledó engano.

Nesse sentido, concordamos plenamente com Coutinho, quando afirma que não se pode propor ou impor uma teoria geral do processo, a partir da visão civilista¹⁴⁰. Quiçá a melhor prova dessa inadequação – da teoria geral do processo civil ao processo penal – seja o princípio do *favor rei*, que nada mais é do que a quebra do princípio da igualdade entre as partes, concedendo-se mais e melhores armas exclusivamente ao réu, sob o argumento da preservação de seu *status libertatis*. Ou seja, o sujeito passivo da relação processual penal é brindado com mais e melhores armas, se comparadas àquelas entregues ao seu oponente, simplesmente pelo fato de ser réu. Que o digam o uso de prova ilícita somente a favor do réu, os embargos infringentes e a proibição de revisão *pro societate*.

Avançando, não nos olvidemos que estamos a tratar de um *instituto processual* – qual seja, a imparcialidade judicial – e seus limites, que, pela sua própria natureza, deve merecer igual tratamento tanto no processo civil, como no processo penal. Do contrário, chegaremos às esdrúxulas situações práticas decorrentes da teria da gestão da prova, quais sejam: a) o juiz civilista não ser influenciável pela estrutura do Estado, pois esse é um problema que só atinge o juiz criminalista; b) o juiz criminalista não poder produzir prova de ofício, sob pena de ver sua imparcialidade perdida; c) o juiz civilista poder produzir prova de ofício, e sequer ver sua imparcialidade questionada; e d) não ser possível fazer comparativos entre os processos civil e penal, pois, do contrário, estar-se-ia tentando impor uma teoria geral do processo civil ao processo penal. Em suma, o processo civil só serve como parâmetro quando interessa; quando não interessa (ao autorizar a atividade probatória *ex officio judicis*), aí ele deve ser excluído da comparação com o processo criminal. Assim é fácil ...

Por fim, é verdade que a *superestrutura estatal* está ausente no processo civil, tal como se faz presente no processo penal, como noticiam Carvalho e Depaoli? Absolutamente, não. Basta lembrar das ações civis públicas, ajuizadas pelo mesmo Ministério Público que é titular da ação penal pública, mas que, no cível, tem o inquérito civil

¹⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Néson de Miranda. Efetividade do Processo e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais. Ob. cit., p. 140.

para substituir o inquérito policial. Por qual motivo, em demandas patrocinadas por ele, o juiz estaria isento no cível, mas maculado no crime? Nenhum!

Em termos concretos – o que muito sentimos falta nas argumentações que até aqui nos deparamos a favor da teoria da gestão da prova –, o dia-a-dia forense nos apresenta diversas situações que bem demonstram a fragilidade dessa teoria. Lembremos, a título de exemplo, daquelas comarcas onde há somente um único magistrado, e nela inserimos a ocorrência de um fato até corriqueiro: uma pequena empresa pratica um crime ambiental.

Se tal crime for de menor potencial ofensivo, o Ministério Público, por força do artigo 27 da Lei nº. 9.605/98, somente poderá propor a transação penal se previamente houver ocorrido a composição dos danos. Se essa composição não ocorreu – ou porque o autor do fato não se dispôs a aceitá-la, ou porque era caso de sua “comprovada impossibilidade”, como refere aquele mesmo dispositivo legal –, o acusador público tem o dever de oferecer a ação penal condenatória. Por outro lado, se o crime não for de menor potencial ofensivo, de imediato o Ministério Público terá esse mesmo dever. Seja como for, em ambos os casos o processo criminal tramitará paralelamente ao processo civil, pois o ressarcimento dos danos não foi alcançado anteriormente. E, aí, cria-se a contradição.

Em uma comarca de juiz único, a se consolidar o antes referido precedente do Superior Tribunal de Justiça – e, via de consequência, dominar as instâncias superiores –, teremos dois conceitos de imparcialidade a pautar o comportamento processual a ser seguido por esse julgador. No processo civil, ele poderá, *sponte sua*, até mesmo ir ao local dos fatos para ver a extensão dos danos ambientais e melhor se convencer, sem que isso importe em alguém *grudar-lhe* a pecha de inquisidor; no processo penal, ele deve somente escutar e ler o que for trazido aos autos exclusivamente pelas partes, sob pena de ser-lhe jogada na cara a perda de seu atributo mais preciso, que é a imparcialidade judicial.

É a isso que leva a adoção da teoria da gestão da prova, ao entender a imparcialidade do juiz criminal de forma distinta daquela do juiz civilista.

4 UM RESULTADO PREOCUPANTE

Em benefício da verdade, não há como negar que a motivação do presente estudo está calcado na surpreendente adesão, por parte de uma das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, da teoria da gestão da prova, e sua utilização como razão de decidir em um caso em que, contraditoriamente, nada tinha que ver com a fase probatória do processo criminal objeto de sua intenção. Mais que isso, enquanto referida teoria estava circunscrita às esferas jurisdicionais estaduais ou regionais, grandes preocupações não nos traziam, visto que os órgãos jurisdicionais aderentes notoriamente são conhecidos como difusores de uma visão neoliberal do direito penal e processual penal, ou deitam suas raízes no já referido e ultrapassado direito alternativo.

Acrescentamos, até, que o que realmente nos incentivou a fazer esse verdadeiro processo de depuração não foi somente a aportação da teoria da gestão da prova a um Tribunal Superior, mas a forma como isso se deu. A impressão que tivemos foi que, mesmo que o fato objeto do julgado dissesse respeito à impossibilidade de um juiz acumular as funções de investigador e julgador, aparentemente houve uma necessidade latente de estampar no acórdão – e em sua própria ementa – a referência à teoria da gestão da prova, como se ali houvesse surgido a oportunidade perfeita para sua divulgação judicial em âmbito nacional. Em síntese, a partir de sua publicação, corre-se o risco de que os postulados de tal teoria se tornem ainda mais *verdadeiros*, e essa reprodução acrítica atinja os magistrados de todo o país, como já vem acontecendo em alguns de seus próprios setores, e de forma disseminada em nossa doutrina.

Feita – e aceita – a provocação vinda do Superior Tribunal de Justiça, o que se viu, até aqui, foi que a teoria da gestão da prova desembarcou no Brasil em 1993, mesmo ano em que foi soterrada por ninguém menos que a Corte Constitucional italiana, berço daquela teoria. De lá para cá, houve uma reprodução em massa de seus postulados em âmbito nacional, como se verdadeiro *mantra* fosse, primeiro obtendo sustentação junto a meios acadêmicos bem identificados; depois, contando com a adesão acrítica de setores do Poder Judiciário; em sequência, foi utilizada a superestrutura de institutos nacionais para uma ampla divulgação em todo o território nacional; e, formado o *caldo de cultura*, abriu-se um perigoso precedente junto a uma de nossas Cortes Superiores.

Em relação ao conteúdo e argumentos utilizados para sua sustentação, absolutamente nenhum deles se sustentou. Lembremos que a carência de embasamento no direito comparado é preocupante, pois no Brasil nada se diz quanto ao fato de essa teoria haver sido rechaçada em seu próprio país de origem, e por ninguém menos que a Corte de Cassação e a Corte Constitucional italianas. Em igual caminho vai seu descompasso histórico, havendo, até mesmo, textos dos sistemas acusatório e inquisitivo que refutam os postulados da teoria da gestão da prova.

Em relação à base filosófica, Kant não dá suporte à forma como a teoria da gestão da prova encara a formação dos sistemas processuais penais proposta por ela própria, pois o tal *princípio unificador* não se constitui no único elemento necessário para a identificação e configuração de um sistema como sendo A, B ou C. A outra conclusão não se chega ao se averiguar a base doutrinária de que tal teoria se utiliza, visto que nenhum dos autores – por ela mesma invocados – dão respaldo às suas conclusões; ao contrário, Cordero e Carnelutti são frontalmente avessos às proposições da teoria da gestão da prova, enquanto Pisapia não erige a atividade probatória *ex officio judicis* como o elemento definidor do sistema inquisitivo, e diferenciador em relação ao sistema acusatório.

Por outro lado, em termos práticos, a teoria da gestão da prova cria dois critérios distintos para se auferir a imparcialidade do julgador cível e do julgador criminal: enquanto no primeiro nada se diz quanto à perda de sua imparcialidade, caso venha a produzir prova de ofício; no segundo, é-lhe grudada a pecha de ser parcial e tendencioso contra o réu, pois a única prova que poderá produzir – dizem – será contra o sujeito passivo da relação processual. Mais que isso, determina a estruturação de um processo penal frágil, cujo acusador público não possuirá qualquer grau de controle sobre sua atuação judicial, visto que nem o juiz, nem o Chefe da instituição do acusador público poderão, de imediato, suprir as omissões – voluntárias, ou não – de sua atuação. Teremos, conseqüentemente, uma ação penal pública ainda regida pelo princípio da obrigatoriedade, mas nada impedindo que seu titular simplesmente a abandone, desobrigando-se do ônus probatório que lhe atinge. Em suma, ir-se-á em caminho diametralmente oposto ao indicado pelas Cortes Superiores italianas, trazendo para o Brasil os mesmos erros e conseqüências por elas apontados e exaustivamente aqui repetidos.

O que se fez nesse estudo foi, nada mais, nada menos, do que comprovar que a teoria da gestão da prova, seja sob o ângulo que for, não encontra um só argumento – por ela mesmo invocado – que a sustente. Ou seja, os ataques feitos ao juiz brasileiro e ao próprio Código de Processo Penal foram mais que neutralizados. Em realidade, usamos seus próprios argumentos para desacreditá-la, o que, em muito, nos faz lembrar de uma estória narrada por Plutarco, ao referir que um determinado personagem histórico, “arrancando a lança do próprio corpo, com essa mesma arma atingiu aquele que a arremessara e matou-o”¹⁴¹. E o resultado é óbvio: como já advertiu Descartes, “a destruição dos alicerces provoca inevitavelmente o desmoronamento de todo o edifício”¹⁴².

E nem se diga que o presente texto se traduz em alguma novidade no meio acadêmico. Em realidade, os postulados da teoria da gestão da prova vêm, por nós, sendo enfrentados e desconstituídos desde 2008, mas nenhuma resposta contrária às nossas assertivas surgiu nesses mais de dois anos de exposição de seus equívocos. Manuais e cursos são renovados em suas edições, mas nenhuma palavra é referida, em especial, quanto ao fato de Franco Cordero ser favorável à atividade probatória *ex officio judicis*. Mostras de que nossas posições são de conhecimento de seus defensores há à saciedade, mas nenhuma linha é escrita para contrapô-las ou concordar com elas¹⁴³.

É por essa soma de fatores que, sinceramente, esperamos que nossas Cortes Superiores reflitam melhor quando da adoção dessa ou daquela teoria que esteja em voga no país, deixando claro que o preparo de nossos máximos julgadores se manifesta não só quando da aceitação de boas ideias, senão também quando do rechaço a tudo que não se sustente¹⁴⁴. Darão, assim, plena razão a ninguém menos que Rui Barbosa, quando alertou que o pior juiz não é o que erra, senão aquele que não se corrige¹⁴⁵.

¹⁴¹ PLUTARCO. Sobre a Demora da Justiça Divina. In: *Sobre a Tagarelice e outros Textos*. Trad. por Mariana Echalar. São Paulo: Landy, 2008, p. 47.

¹⁴² DESCARTES, René. Meditações. Primeira Meditação. In: *Descartes – Vida e Obra*. Coleção Os Pensadores. Trad. de Enrico Conversieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p.250.

¹⁴³ Outra vez buscando apoio na literatura clássica, poderíamos invocar a lembrança de Eurípedes, quando, em 428 a.C. na obra *Hipólito*, disse “Vamos, por que te calas? Não devias calar, ..., mas censurares-me, se falo mal; concordares comigo, se pronuncio palavras acertadas” (EURÍPEDES. *Hipólito*. 295-300. Trad. por Bernardina de Souza Oliveira. Brasília: UnB, 1997, p. 32). Ou, então, a lembrança de Marco Aurélio, quando, em tom provocativo, diz “Se alguém me mostrar e me provar que estou errado em pensamento ou conduta, de bom grado mudarei. Pois eu busco a verdade, que nunca prejudicou a ninguém. O que prejudica é persistir no erro e na ignorância” (MARCO AURÉLIO. *Meditações*. Livro VI. 21. Ob. cit., p. 59).

¹⁴⁴ A fragilidade dos postulados da teoria da gestão da prova é tão patente que, até mesmo conhecidos autores de outros ramos do Direito, que não o direito processual penal, mostraram-se contrárias a ela, ainda que sem a ela diretamente se referir. É o caso de Streck, quando, em comentário sobre o projeto 156, de 2009, do Senado Federal (novo Código de Processo Penal), foi enfático ao afirmar que “... tenho dificuldades em enxergar, no juiz, um *outsider* deste processo (principalmente num Estado Democrático de Direito, no qual, mesmo em sede penal, não se divisa uma relação de oposição entre Estado e cidadão). O que devemos fazer é construir as condições de possibilidade

CONCLUSÃO

Mais que uma conclusão, creio que aqui se fazem necessários alguns esclarecimentos.

De início, bem sabemos que, em razão da forma como a teoria da gestão da prova vem sendo encarada e difundida no Brasil, não se pode negar o desconforto que a presente contraposição aos seus termos irá trazer a quem dela vem se dedicando ferrenhamente a expandi-la nos meios acadêmico e judicial. Contudo, é bom que se diga: não somos avessos à figura do juiz inerte do sistema acusatório; o problema está no argumento.

Que essa teoria é artificial do início ao fim, não se tem a menor dúvida, mas o problema mais grave reside no fato ser rechaçada por ninguém menos que Franco Cordero, que é utilizado como base doutrinária para sua sustentação no Brasil. Além disso, há um silêncio sepulcral em relação aos sistemas acusatório da Alemanha, Portugal e Itália, autorizadores da atividade probatória *ex officio judicis*. Em especial neste país, onde seus Tribunais Superiores trataram de afastar, de uma vez por todas, o princípio dispositivo na composição obrigatória do sistema acusatório.

Em sequência, se é possível uma coabitação entre o sistema acusatório e a atividade probatória *ex officio judicis*, o que devemos exigir de nosso legislador é que estipule algumas garantias para que as partes tenham a exata noção dos limites e consequências dessa atividade. Como exemplo, poderíamos citar a delimitação do momento processual em que essa atividade poderia ser exercida, bem como, a obrigatoriedade de seus resultados serem compartilhados entre as partes, tal como o estipula o Código de Processo Penal português. Ainda, que a existência dessa prova seja de conhecimento, por parte do magistrado, somente a partir de informações contidas nos próprios autos, ao invés de a ele aportar seus conhecimentos extra-autos, como seria, *i.e.*, a determinação da oitiva de uma testemunha que acusação e defesa nunca ouviram falar.

para um efetivo controle das decisões judiciais. (...) De mais a mais, não tenho receio em afirmar que a almejada imparcialidade judicial é bem mais garantida com o contraditório efetivo e com fundamentação exaustiva do que com um afastamento (na verdade, indiferença) processual do juiz em relação à conduta dos demais sujeitos processuais" (STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de Processo Penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, nº 183, edição especial, jul./set. 2009, p. 131).

¹⁴⁵ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Ed. Papagaio, 2003, p. 48.

Em outros termos, não estamos propondo que o legislador brasileiro adote a figura do juiz ativo – até mesmo porque já a adotou –, mas que se ocupe em melhor regulamentá-la, a fim de evitar toda essa confusão que hoje coloca o direito processual penal vários degraus abaixo do direito processual civil, e para que certos participantes *do jogo processual* parem de buscar argumentos voltados mais a atrapalhar do que ajudar no progresso daquele ramo do direito. Do contrário, seguiremos encontrando, lado a lado em prateleiras de livrarias especializadas, a doutrina científica e a doutrina *advocatória* (por nós já chamada de *doutrina de resultado*), sendo que esta última inegavelmente nos remete a uma imaginária mesa de bar, em um daqueles saraus (pseudo)filosóficos, marcados entre um café passado e uma ideologia requentada, onde três conhecidas figuras de nossa história, ao encerrar um intrigante debate sobre a teoria da gestão da prova, travariam a seguinte conversação:

Franco Cordero: – Como é que, no Brasil, falam que eu sou a favor do juiz inerte?

Joseph Goebbels: – Cordero, em nosso mundo, o que vale é a repetição ...

Franco Cordero: – Mas eu não disse nada disso! Não fui eu!

Albert Einstein: – Não se preocupe, meu caro Franco, pois, não só na física, tudo é relativo ...

Este é o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 14 de setembro de 2010.

MAURO FONSECA ANDRADE

Promotor de Justiça/RS

Assessor Criminal Especial/AMPRGS

Doutor em Direito Processual Penal