

Processo Civil e Processo Penal: Mão e Contramão? (*)

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (**)

1. Ao longo dos anos, variando com o tempo e o lugar, o processo civil e o processo penal caminharam juntos e caminharam separados; enquanto caminhavam separados, ora trilharam itinerários paralelos, ora itinerários – em maior ou menor medida – convergentes ou divergentes. Não é nem poderia ser nosso propósito recapitular na íntegra a história desses vaivéns. Aqui nos vamos cingir a registrar algumas observações relativas aos traços mais visíveis com que o movimento de um e de outro processo vem modelando o panorama legislativo e doutrinário deste último século, ou século e meio.

Voltemos primeiro os olhos para uma época em que ainda tinha fundas raízes na mentalidade dominante a concepção do processo como mero reboque daquilo a que longa e persistente tradição costumava aplicar a denominação de “direito”, *tout court*. Simplificando um pouco as coisas, diríamos que se via no processo civil simples apêndice do direito civil, e no processo penal simples apêndice do direito penal. Consideremos, ademais, a atmosfera em que se banhava o direito civil, ao sopro de impetuosos ventos filosóficos, políticos e econômicos. Conforme bem se sabe, ela o impregnava todo de um individualismo aderente ao dogma da autonomia da vontade e submisso ao princípio da disponibilidade dos direitos subjetivos. Era natural que uma visão assim condicionada localizasse esse ambiente no antípoda daquele outro em que se manifestavam os fenômenos da criminalidade e da respectiva repressão pelo Estado *juge et gendarme*. Nem podia surpreender, por conseguinte, que pouco se enxergasse de comum entre o processo civil e o processo penal.

2. Quais eram, com efeito, as características principais do processo civil, tal qual prevalecia, quase incontrastado, no continente europeu e nas regiões dele tributárias? Uma expressão corriqueira em certa literatura pode servir de divisa à constelação de idéias que o iluminava: o processo civil era “coisa das partes”. Queria isso dizer, em apertada síntese, que aos liti-

(*) Artigo destinado ao volume de estudos em memória de ADOLFO GELSI BIDART, a ser publicado no Uruguai.

gantes, e só a eles, competia não só a iniciativa de provocar o funcionamento da máquina judiciária, mas também a marcação do ritmo em que ele havia de mover-se, a determinação das matérias de que devia ocupar-se o órgão julgador, a escolha dos meios de que este poderia utilizar-se para resolver a contenda. Ao juiz reservava-se o papel de árbitro adstrito à mais rigorosa neutralidade – entendida semelhante expressão não como simples abstenção de favorecer indevidamente uma das partes, senão como atitude de passividade no desenvolvimento do pleito e de indiferença pelo respectivo desfecho.

No quadro pintado alguém poderá achar grosso demais este ou aquele traço; ora, é decerto acadêmica a hipótese de que se tenha visto reproduzir com exatidão, na vida real, qualquer dos modelos abstratos, forçosamente simplificados, de que se vale o jurista, neste campo como em tantos outros, por amor à comodidade da exposição; porém o relevo nela dado ao comum, ou ao essencial, não condena a pintura por falsa. Inegável é que o processo civil se desenvolvia sob o signo privatístico – padrão cultural de que ainda se descobrem resíduos na linguagem jurídica de hoje: na França, por exemplo, até os nossos dias, usa-se batizar de *droit judiciaire privé*⁽¹⁾ o ramo do direito que trata da matéria.

3. Diversamente se passavam as coisas na esfera do processo penal. Neste, o de que se cuidava em substância era de uma atividade destinada a fazer efetivas as sanções cominadas na lei para quem praticasse ato previsto como crime. A necessidade do processo decorria do princípio consoante o qual ninguém podia ser submetido a uma sanção penal sem prévio julgamento (*Nulla poena sine iudicio*). Titular do *ius puniendi*, o Estado tinha de ser aí o protagonista; ou, mais exatamente, tomava a seu cargo as duas funções principais: a de acusar e a de julgar. Em princípio, cada uma dessas funções se devia atribuir a um órgão: a de acusar, ao Ministério Público; a de julgar, ao juiz. Nem sempre, contudo, a separação foi rigorosa: não poucos ordenamentos misturaram e até confundiram, ao menos parcialmente, o exercício de uma e de outra função.

Não foi por acaso que se discutiu com calor, sobretudo na doutrina alemã e na italiana, se no processo penal existiam realmente partes e, no caso afirmativo, a quem se deveria reconhecer tal posição. Borbotaram teses para todos os gostos: houve quem sustentasse que se estava diante de um processo sem partes, quem cogitasse de um processo com “parte única”, e – subdividindo esta corrente – quem negasse a qualidade de parte ora ao acusador (normalmente, o Ministério Público), ora ao acusado, visto antes como “meio

(1) Assim se intitulam, na moderna literatura francesa, obras importantes como o manual de HÉRON, Paris, 1991, e a vasta exposição sistemática de SOLUS e PERROT, Paris, t. I, 1961; t. II, 1973; t. III, 1991.

de prova", isto é, como *objeto*, do que como *sujeito* do processo. O debate, que avançou bastante pelo século atual,⁽²⁾ não pode aqui ser descrito em minúcias, e muito menos analisado em profundidade.⁽³⁾ É provável que em boa medida as divergências brotassem da diversidade dos entendimentos atribuídos à palavra "parte";⁽⁴⁾ e algumas se prendem de maneira específica à relutância em aceitar que conceitos do processo civil sejam trasladados tais quais para o processo penal.⁽⁵⁾ Seja como for, o só fato de ter grassado a discussão bastaria para dar uma idéia expressiva da distância que mediava entre as imagens de um e de outro.

4. Que nesse ínterim o mundo experimentou mudanças radicais é afirmação que faria boa figura numa enciclopédia de lugares-comuns. Mas talvez não peque tão gravemente pelo excesso de obviedade a consideração do modo como evoluíram as idéias no particular terreno que estamos aqui pisando.

Alguns tópicos desde logo se impõem à atenção dos estudiosos. Para começar pelo processo civil, não seria razoável deixar de levar em conta, entre outras coisas, que: (a) em numerosos ordenamentos, a matéria de que nele se cuida, longe de restringir-se ao direito civil, ou (em termos mais gerais) ao direito privado, abrange conflitos de interesses cuja composição se faz à luz de normas de direito público (constitucional, administrativo, tributário, internacional) – área onde a regra é a da *indisponibilidade* das relações jurídicas; (b) no próprio direito civil, não foram poucas as concessões que precisou fa-

(2) Na tradução espanhola dos *Principi di diritto processuale penale* de FLORIAN, publicada em Barcelona em 1934, sob o título *Elementos de derecho procesal penal*, com prólogo do autor redigido especialmente para tal publicação e datado de 1933 (págs. 5/6), ainda se lê, no presente do indicativo: "En torno a la cuestión sobre la existencia de partes en el proceso penal se discute vivamente y lo mismo, cuando la respuesta es afirmativa, sobre qué sujetos procesales poseen aquella calidad" (pág. 90). Entretanto, o *codice di procedura penale* de 1930 já tomara posição na matéria, incluindo no Título III do Livro I (sob a rubrica "Delle parti"), quer as disposições atinentes ao M.P. (arts. 73 e segs.), quer as relativas ao *imputato* (arts. 78 e segs.).

(3) Para uma ampla exposição, vide GUARNERI, *Las partes en el proceso penal*, trad. esp., Puebla (Mexico), s/d, págs. 20 e segs., esp. 23 e segs. Claro resumo em VIADA – ARAGONESES, *Curso de Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Madri, 1974, vol. I, págs. 118 e segs.

(4) Entre nós, ressalta ao propósito essa equivocidade HÉLIO TORNAGHÍ, *Instituições de processo penal*, 2ª vol., 2ª ed., S. Paulo, 1977, pág. 414.

(5) Assim FLORIAN, ob. cit. (nota 2), pág. 91, que contrapunha ao antagonismo a seu ver característico das posições das partes no processo civil a eventual inexistência dele no penal, "como cuando el M.P. concluye pidiendo la absolución del procesado". Até hoje, há na Itália quem só reconheça ao M.P. a condição de parte na atividade posterior às "indagini preliminari", não porém nestas, porque aí também compete ao órgão proceder a "accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini" (*codice di procedura penale* de 1988, art. 358): nesse sentido CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, 2ª ed., Turim, 1991, pág. 304; *aliter* PISAPIA, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Pádua, 1989, pág. 20. Na Alemanha já se invocou a possibilidade de manifestar-se o M.P. a favor do réu, e até recorrer em benefício deste, para impugnar pura e simplesmente o uso da palavra *partei* no processo penal: assim KERN – ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 13ª ed., Munique, 1975, pág. 77 (vide também pág. 41).

zer o princípio da autonomia da vontade (o chamado “dirigismo contratual” é somente um exemplo entre tantos), nem os recuos a que se viu sujeito o território ocupado pelos direitos disponíveis; (c) de qualquer sorte, ainda onde prevaleça a disponibilidade, uma coisa é reconhecê-la à *relação jurídica litigiosa*, outra, bem diversa, é estendê-la à *atividade do mecanismo estatal* a que porventura recorram os interessados para pedir-lhe que resolva o litígio; ⁽⁶⁾ (d) o desfecho de um pleito civil pode afetar, e com frequência afeta, na vida da sociedade, zonas mais extensas do que aquela em que trafegam os interesses pessoais dos litigantes.

Não era preciso chegar aos extremos a que chegaram os ordenamentos ditos socialistas para fazer sair da sombra em que jazia o elemento publicístico do processo civil. Mesmo em ambientes culturais que se mantiveram fiéis à distinção entre o público e o privado, uma progressiva mudança de enfoque, na ciência e na legislação, viria a redesenhar em pontos importantes o perfil tradicional do processo civil.

5. O processo penal, por seu turno, não passou incólume pelas vicissitudes dos tempos modernos. Experiências trágicas ensinaram a que catástrofes podia conduzir a exacerbação da tendência a dar ênfase unilateral aos interesses do Estado e a minimizar a posição do réu. A lembrança viva de recentes abominações marcou as reconstruções normativas que sobrevieram à derrocada de regimes autoritários: em boa parte da Europa, depois da Segunda Guerra Mundial; em vários países da América Latina, ao longo das últimas décadas do século. Assumiu dimensões inéditas a preocupação com as garantias da defesa. A isso veio somar-se, em época mais próxima, forte e generalizada inclinação a reputar errônea (e sobretudo irrealística) a insistência numa política criminal assente sobre a premissa de que o poder público não pode deixar de levar até o derradeiro impulso, sob quaisquer circunstâncias, a persecução de todo aquele a quem se atribua a prática de infração penal. Ganhou corpo o pensamento de que, ao menos em hipóteses de pequena gravidade, melhor seria favorecer uma solução consensual, capaz – além de tudo – de abreviar os processos, atenuar a sobrecarga de trabalho dos órgãos judiciais e até impedir, em certa medida, o contínuo agravamento do sério problema da superlotação carcerária.

Não parece correto desprezar, como fator dessa evolução, o influxo de idéias e práticas do mundo de *common law*, sobretudo dos Estados Unidos. As razões de tal influência – ou, mais exatamente, do grau que ela alcançou – são fáceis de compreender por quem tenha em vista a contemporânea impregnação de toda a cultura universal por valores e padrões característicos

⁽⁶⁾ É de justiça assinalar a contribuição decisiva que deu na Itália a essa distinção fundamental CARNACINI, no clássico ensaio – ainda hoje atual por mais de um aspecto – *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Redenti*, Milão, 1951, vol. II, págs. 693 e segs.

da civilização norte-americana. A propósito: há veementes indícios de que, em determinados casos, tem sido indireta a recepção do modelo na América Latina: dir-se-ia que certas radiações nos atingem depois de refletidas no espelho continental europeu, em particular no direito italiano, mais conhecido entre nós.⁽⁷⁾

6. Para não alongar mais os prolegômenos, vamos logo a um tema específico que habitualmente ocupava lugar central em qualquer confronto entre os dois tipos de processos: o tema da verdade. Deixaremos aqui de lado as teorias cépticas que negam a possibilidade, ou a relevância, da correspondência entre os resultados a que pode aspirar a instrução probatória e a realidade dos fatos. Ao menos em sua versão mais radical, tal maneira de pensar logicamente conduz à total desvalorização da prova no processo e autoriza a conclusão de que, sendo inúteis quaisquer esforços para reconstituir os acontecimentos, é absurdo desperdiçar nessa vã empresa tempo, dinheiro e energias: mais vale decidir nos dados a sorte do pleito.

Semelhante posição repugna ao senso comum e vai ao arrepio da experiência universal. A generalidade dos seres humanos atribui à venda posta sobre os olhos da Justiça a função de evitar discriminações em que ela correria o risco de incidir se fixasse a vista em características pessoais dos litigantes, por hipótese não relacionadas com a causa *sub iudice*: a situação econômica, os atributos físicos, as convicções políticas ou religiosas... Jamais se terá pensado em ver naquele símbolo a sugestão de que a Justiça deve golpear às cegas, sem preocupação alguma com o que realmente possa ter acontecido, as pessoas sujeitas a seu julgamento. Crença desse jaez não se compadeceria

⁽⁷⁾ Não é de agora que a Itália – aparentemente mais que qualquer outro país europeu – vem dando sinais de propensão a avizinhar-se, no particular, da órbita anglo-saxônica. Já há mais de vinte anos se assinalava o fenômeno: “*Sia pure in forma non sempre dichiarata, il processo di “common law” viene, da varie parti, continuamente proposto come modello anche in Italia, in particolare oggi che la riforma del codice di procedura penale assume speciale attualità*” (SCAPARONE, “Common law” e processo penale, Milão, 1974, pág. 153). Não faltará quem descubra nessa passagem rasgos proféticos à vista de alguns textos do código de 1988. Conforme bem se compreende, as apreciações variam. PISAPIA, ob. cit. (nota 5), págs. 14/5, embora admita que se diz “*cosa esatta*” quando se faz derivar de modelo comum (o chamado acusatório) a inspiração do novo processo penal italiano e a do anglo-saxônico, assevera que a opção “*si riallaccia alla migliore dottrina italiana e, storicamente, alla genuina tradizione romanistica*” (vide, porém, na pág. 61, com particular referência ao instituto da “*applicazione della pena su richiesta delle parti*”, o reconhecimento do parentesco entre ele e o *plea bargain*). Por sua vez, falando da lei de 1987 que delegara ao governo o poder de decretar o novo código, AMODIO, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, no vol. *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, ed. Amodio e Cherif Bassiouni, pág. VII, imputava a uma “*anticultura della comparazione*” a difusão do “*stereotipo del “processo all'americana” come meta obbligatoria nella riforma della giustizia penale*”. Seja como for, basta folhear o próprio volume para perceber quanta atenção se dedicou, na reforma, às peculiaridades do processo penal norte-americano.

com aquela mínima confiança popular na legitimidade das instituições, indispensável para manter de pé uma sociedade. Ainda que nos obstinemos em recusar todos os argumentos racionais que infirmam a tese, teremos de reconhecer, quando nada em perspectiva prática, que sobre ela, na vida social e particularmente no campo jurídico, nenhuma construção sólida se pode levantar.

De resto, não há notícia de ordenamento, antigo ou moderno, em que os pronunciamentos judiciais fiquem pura e simplesmente dispensados de qualquer ligação com os fatos a que dizem respeito e não pressuponham meio algum de formar no espírito do julgador uma representação, mais ou menos fiel, explícita ou implícita, desses fatos. Até nas ordálias ou “juízos de Deus”, a circunstância de sucumbir o acusado na prova a que se submetia era olhada como sinal certo de sua culpa – e com base nisso é que se lhe infligia a pena. Temos o direito de tachar de grotesco o modo que se entendia idôneo à descoberta da verdade, mas seríamos injustos se acusássemos de cepticismo gnoseológico a mentalidade da época.

Guardemos, então, a idéia de que, nos julgamentos judiciais, os órgãos incumbidos de decidir não estão simplesmente delirando, ou comprazendo-se num jogo de faz-de-conta, quando supõem que o material probatório colhido lhes dá algum acesso à verdade. A uma verdade, apressemo-nos a ajuntar, certamente imperfeita, limitada, aproximativa, tosca se quiserem, mas verdade em todo o caso – algo, enfim, suscetível de ministrar à decisão base menos assustadora que a mera tentativa de adivinhação ou o ostensivo exercício do arbítrio.

7. Pois bem: doutrina muito difundida costumava estabelecer, ao propósito, diferença importante entre o processo civil e o penal. Dizia-se que aquele podia contentar-se com a chamada “verdade formal”, ao passo que este devia buscar sempre a “verdade material” ou “real”.⁽⁸⁾ Para pôr em realce a distinção, argumentava-se que, no processo civil, fenômenos como o da preclusão, o das presunções legais e o da inadmissibilidade de tal ou qual

⁽⁸⁾ O asserto era moeda corrente na doutrina peninsular de meados do século: *vide*, entre outros, VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, 4ª ed., Milão, 1950, pág. 16; DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, 3ª ed., Nápoles, 1952, pág. 173; BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, 3ª ed., Milão, 1965, pág. 152. E ecoa ainda na mais moderna produção científica brasileira: lê-se, com efeito, em obra merecidamente prestigiosa de exposição sistemática do nosso ordenamento processual penal, que, “vigorando no Processo Penal o princípio da verdade real, é natural que não deva, em princípio, haver qualquer limitação à prova, sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa atuação da lei”; o autor, em seguida, cita DELLEPIANE para afirmar que “a atitude do Juiz no-cível (...) é, em certo modo, passiva, e a prova reveste, então, o caráter de uma confrontação” (TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 3º vol., 12ª ed., 1990, pág. 207). No Uruguai, JAIME GREIF, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Montevideu, 1997, pág. 118, aponta como tradicional a contraposição, embora assinale que nos tempos modernos ela “*tiende a reducirse y aun a anularse*”.

prova nesta ou naquela matéria são capazes de barrar o caminho para a apuração completa dos fatos, compelindo o juiz a sentenciar com apoio em elementos que não refletiriam senão “uma parte” da verdade. No processo penal, ao contrário, a pesquisa haveria de ser tão ampla e desembaraçada quanto possível; daí, por exemplo, a existência de regras como a do art. 155 do Código de Processo Penal brasileiro: “No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil”.⁽⁹⁾ Não faltava quem, para justificar a desigualdade, invocasse uma suposta diferença de gravidade nas conseqüências de eventual condenação do réu, passível num caso de prejuízos exclusivamente patrimoniais, noutro da privação da liberdade.

Consoante se demonstrou mil vezes, a tese, posta nesses termos, era insustentável, e o argumento invocado pouco valia. Basta lembrar que nem todas as condenações criminais se traduzem na imposição de pena privativa da liberdade – e nas hipóteses de multa é igualmente o patrimônio do condenado que sofre. Por outro lado, podem ser gravíssimos para a pessoa do réu, e às vezes não só para ela, os corolários não-patrimoniais de uma condenação civil, digamos no âmbito do direito de família: pense-se, *v.g.*, na sentença que destitui alguém do pátrio poder. Bem vistas as coisas, em *qualquer* processo constitui pressuposto de boa decisão, em linha de princípio, o melhor conhecimento possível dos fatos relevantes, embora razões de política legislativa nos imponham, aqui e ali, a renúncia ao integral esgotamento das fontes de informação.

Dito isso, não estamos impedidos de reconhecer que, de fato, tradicionalmente, legisladores e juristas pareciam supor que, em regra, convinha dar à averiguação dos fatos dimensão mais larga no processo penal que no civil. Deixando de lado as inadequadas e despistadoras expressões que certa sublitteratura cunhou para designar o fenômeno, diríamos que se tendia a exigir algo mais do juiz penal que do civil, no momento de sentenciar, quanto à convicção de estar fundado na realidade.⁽¹⁰⁾ A sentença que se tinha em mente era, por excelência, a condenatória: parecia inconcebível que alguém

⁽⁹⁾ Não é só a doutrina que, no Brasil, costuma ceder com facilidade à tentação de “italianizar-se”: o legislador também. O art. 155 do atual código pátrio nada mais é que a tradução quase literal do art. 308 do estatuto peninsular de 1930: “*Le limitazioni che le leggi civili stabiliscono relativamente alla prova (c.c. 2697 s; c.p.c. 115 s.) non si osservano nel procedimento penale, eccettuate quelle che riguardano lo stato delle persone*”. Cf., agora, o art. 193 do código em vigor.

⁽¹⁰⁾ Ainda em nossos dias, lê-se em obra de singular importância na literatura argentina que, conquanto as denominações “verdade real” e “verdade formal” não “apunten a conceptos diferentes de lo que se entiende por verdad”, o direito processual penal “objetiva más la averiguación de la verdad que otras regulaciones jurídico-procesales, por la trascendencia que en él tiene el interés público (estatal), el cual desplaza al interés privado por la averiguación de la verdad” (Julio Maier, *Derecho Procesal Penal argentino*, Buenos Aires, 1989, t. 1b, pág. 572; destaque do original).

pudesse ver-se apenado sem a categórica demonstração da culpa. Mas o raciocínio era aplicável, *mutatis mutandis*, à sentença absolutória: ao menos em princípio, com a óbvia ressalva do *in dubio pro reo*, tampouco se enxergaria numa absolvição sem qualquer respaldo na apuração dos fatos o desfecho mais adequado para o processo.

8. A evolução mais recente denota clara mudança de perspectiva. De um lado, acentua-se, no processo civil, a propensão a aprimorar os mecanismos da prova e, com isso, propiciar uma correspondência mais exata entre a fundamentação *in facto* da sentença e a realidade histórica. Pelo menos quatro sinais apontam em tal sentido: (a) o desfavor em que vem caindo o antigo princípio da enumeração *taxativa* das provas utilizáveis, já substituído, em várias legislações, pelo da *atipicidade* dos meios de prova; ⁽¹¹⁾ (b) o incremento dos poderes instrutórios exercitáveis de ofício pelo órgão judicial; ⁽¹²⁾ (c) a progressiva redução, quando não o abandono, das restrições impostas pelo velho sistema da "prova legal" à valoração dos elementos probatórios pelo juiz; (d) a atribuição aos membros da coletividade em geral do dever de contribuir para a cabal apuração dos fatos. ⁽¹³⁾ À vista desses e de outros fenômenos, pode afirmar-se, em termos intencionalmente esquemáticos, que a ver-

⁽¹¹⁾ V.g., art. 332 do Código de Processo Civil brasileiro: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". Cf., com redação mais sintética e de melhor técnica, o art. 32 da Lei n° 9.099, de 26.9.1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais previstos no art. 98, n° I, da Constituição da República: "Todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes". Cumpre notar que também no processo penal se deparam regras análogas, a excluir a taxatividade das provas expressamente disciplinadas: por exemplo, o art. 189 do código italiano de 1988.

⁽¹²⁾ Vide, entre as legislações processuais da segunda metade deste século: Argentina, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, de 1967, art. 36, n° 2; Colômbia, *Código de Procedimiento Civil*, de 1970, arts. 37, n° 4, e 179; França, *Code de procédure civile*, de 1975, art. 10; Uruguai: *Código General del Proceso*, de 1988, arts. 24.4 e 25.2; Costa Rica, *Código Procesal Civil*, de 1989, arts. 98, n° 4, 316, 1ª parte, 331; Peru, *Código Procesal Civil*, de 1992, art. 194. Quanto ao Brasil, art. 130 do Código de Processo Civil e art. 5° da Lei n° 9.099. Cf. o Código-tipo de Processo Civil para a América Latina, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, arts. 33, 4°, e 34.2.

⁽¹³⁾ É oportuno citar, do Código de Processo Civil brasileiro, os arts. 339 ("Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade") e 341, n° I, ("Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito, informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento"). São disposições de escassa repercussão, até agora, na prática do foro, mas nem por isso menos significativas como sintomas de uma evolução. A primeira, registre-se, tem por antecedente o art. 10 do *Code civil* francês, 1ª alínea, na redação dada pela Lei n° 72-626, de 5.7.1972: "*Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité*". Cf. também o art. 519, n° 1, *princípio*, do Código de Processo Civil português, na redação do Dec.-lei n° 329-A95, de 12.12.1995: "Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade".

dade (imperfeita, limitada, aproximativa, tosca que seja) passou aqui a ser ainda mais importante do que era.

Já o processo penal, em mais de um aspecto, dá a nítida impressão de caminhar antes no sentido oposto. Duas circunstâncias, pelo menos, justificam semelhante impressão em ordenamentos contemporâneos: a inclinação para restringir, em vez de ampliar, a atuação do juiz no campo da instrução probatória,⁽¹⁴⁾ e a limitação, em regra, das provas suscetíveis de consideração pelo órgão julgador às produzidas na sessão oral de julgamento, com exclusão das colhidas nas fases preliminares do feito.⁽¹⁵⁾ Acrescente-se ao que ficou dito um traço inerente a modalidades de solução consensual do processo-crime, hoje vistas em geral com bons olhos: se, de acordo com a lei, o acusado pode aceitar a inflicção de uma pena, ou até tomar a iniciativa de pleiteá-la,⁽¹⁶⁾ sem averiguação judicial do suposto fato delituoso, nem declaração de culpa,⁽¹⁷⁾ perde relevância a vinculação, anteriormente julgada essencial, entre a

(14) Paradigmático o art. 190, 1ª e 2ª alíneas, do *Codice di procedura penale* italiano: "Art. 190. 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti. 2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio". O Código-modelo de Processo Penal para a América Latina atribui aos tribunais "el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos"; mas em seguida restringe a iniciativa oficial, "durante el juicio", a determinadas oportunidades e condições (art. 147, 1ª e 2ª partes, respectivamente). O ainda recente Código Procesal Penal de Costa Rica reproduz a 1ª parte, sem ajuntar-lhe disposição restritiva.

(15) Vide o art. 526 do *Codice di procedura penale* italiano: "Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento". Na verdade, a proibição não é absoluta: no dizer de CONSO-GREVI, *Prolegomeni a un commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, Pádua, 1990, pág. 387; adotou-se uma "soluzione di compromesso", na medida em que se admite, "il recupero in giudizio di prove appositamente precostituite, perché suscettibili di non essere più utilmente acquisite in dibattimento, ed inoltre degli atti per propria natura irripetibili", ao passo que num sistema "a carattere rigorosamente accusatorio (...) nessuno degli elementi raccolti al di fuori del dibattimento avrebbe potuto considerarsi utilizzabile" (destaques do original).

(16) Assim no direito italiano: *Codice di procedura penale*, art. 444, 1ª alínea. Diversamente no sistema brasileiro dos Juizados Especiais, pelo menos à luz do teor do art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099, que reserva a iniciativa ao Ministério Público; em sede doutrinária, no entanto, já se opinou que "nada impede que a iniciativa da apresentação da proposta seja do próprio atuado, assistido por seu advogado" (ADA PELLEGRINI GRINOVER – ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO – ANTONIO SCARANCA FERNANDES – LUIZ FLÁVIO GOMES, *Juizados Especiais Criminais*. S. Paulo, 1996, pág. 124).

(17) A doutrina enfatiza a inexistência de reconhecimento de culpa no mecanismo da transação penal regulada no art. 76 da Lei nº 9.099; e nega que a aceitação da proposta se assimile ao *guilty plea* resultante do *plea bargaining* norte-americano: vide ADA PELLEGRINI GRINOVER – ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO – ANTONIO SCARANCA FERNANDES – LUIZ FLÁVIO GOMES, ob. cit. (nota 16), págs. 90/1. O ato mais se aproximaria do *nolo contendere plea*, no qual, em essência, "the defendant accepts the penalty without admitting guilt" (DEL CARMEN, *Criminal Procedure*, 3ª ed., Belmont, 1995, pág. 39). Em todo caso, na Itália não se deixa de reconhecer, com grande autoridade, que a aplicação da pena a requerimento das partes "ripropone certamente una versione rimodellata del bargaining nordamericano": AMODIO, *trab. cit.* (nota 7), pág. XLVIII.

apenação e a demonstração da responsabilidade criminal do réu. Tudo isso justifica – sempre em termos esquemáticos (alguns diriam: caricaturais) – o asserto de que, no processo penal, a verdade (imperfeita, limitada, aproximativa, tosca) se está tornando um pouco menos importante do que era. ⁽¹⁸⁾

9. As transformações até agora registradas não podem deixar de repercutir no mecanismo da distribuição, entre juiz e partes, dos poderes atinentes ao desenvolvimento do processo. A concepção tradicional costumava dar maior realce ao papel reservado, no processo civil, às partes e, no penal, ao juiz. Também a esse propósito cunhou-se uma terminologia destinada a assinalar essa diferença de peso: dizia-se que no processo civil predominava o princípio “dispositivo”, no penal o “inquisitivo”. Semelhantes expressões fizeram boa carreira na linguagem doutrinária usual, apesar da grande carga de equivocidade que sempre tiveram – e que subsiste na denominação de “acusatório” dada ao modelo de processo penal habitualmente contraposto ao “inquisitório”. ⁽¹⁹⁾ Compreende-se, em todo caso, a distinção que ela, com palavras infelizes, pretendeu sublinhar entre duas tendências divergentes.

A divergência continua a existir; mas hoje em dia o fluxo e o refluxo da maré dão a impressão de se estarem invertendo. O movimento que apontava num sentido passa a apontar no oposto, e vice-versa. Enquanto o juiz civil assume – quando nada de acordo com os textos legais, nem sempre observados à risca – posição mais destacada, empalidece, em certa medida, a do juiz penal; ⁽²⁰⁾ paralelamente, vêem-se as partes chamadas, no processo penal, a desempenhar papel de maior relevo.

10. Por sua particular importância, convém abrir item especial para salientar mais uma vez a tendência ao esvaziamento das atribuições do juiz penal como agente propulsor da instrução probatória, cuja ativação passa a depender fundamentalmente da iniciativa das partes. É provável que, em países europeus, essa linha evolutiva se explique como reação a eventuais exces-

⁽¹⁸⁾ Defensor ardoroso do modelo acusatório, mas crítico em relação à “*giustizia negoziata*”, dela afirma FERRUA, *Studi sul processo penale*, vol. II, Turim, 1992, pág. 21, que “*parrebbe non tanto aspirare all'accertamento dei fatti quanto rinunciarsi a priori, in nome dell'accordo raggiunto tra le parti sull'applicazione della pena*”; vale dizer que se põe em segundo plano a preocupação com a correspondência entre o julgamento e a realidade histórica – numa palavra, com a verdade.

⁽¹⁹⁾ Vide CONSO-GREVI, ob. cit. (nota 15), pág. 385: “*Per la verità, quando si comincia a lavorare sul concetto di sistema accusatorio, ci si rende subito conto che la sua efficacia definitiva è alquanto labile. (...) Come spesso accade, infatti, quando si passa alle modalità con cui dev'essere concretamente attuato, si scopre che non tutti intendono la stessa cosa parlando di sistema accusatorio*” (destaques do original). FERRUA, ob. cit. (nota 18), pág. 187, não obstante seu entusiasmo pelo modelo, chega a rotular de “*estragada*” (“*logora*”) a palavra “acusatório”...

⁽²⁰⁾ Durante os trabalhos de preparação da reforma penal italiana, assim resumiu AMODIO, trab. cit. (nota 7), pág. XXV, a diretriz fundamental na matéria: “*...si punta da noi verso un modello processuale che attribuisca un ruolo meno attivo al giudice e dia correlativamente maggior spazio alle parti collocandole anzitutto sul piano della parità*” (destaque nosso).

sos de “inquisitorialismo” ocorridos sob o antigo sistema do “juiz de instrução” – jamais adotado, diga-se de passagem, no Brasil.

A moderna literatura italiana dá realce a tal evolução, que, segundo se diz, inverte “la logica inquisitoria ispirata all’idea dell’iniziativa officiosa del giudice” e a relega aos lindes das exceções previstas na lei, consoante princípio “di impronta tipicamente accusatoria”⁽²¹⁾. Não falta quem ainda invoque o argumento inspirado na necessidade de preservar a “neutralidade” do juiz, que seria – assevera-se – posta em xeque, não fossem “rare e ben ridotte” as hipóteses em que se lhe concede iniciativa em matéria de prova.⁽²²⁾

11. Vale a pena aditar uma observação final. No terreno civil tem-se em geral tratado de facultar ao órgão judicial, tão pronta e completamente quanto possível, o acesso aos elementos necessários ou úteis à identificação e ao esclarecimento dos fatos relevantes.⁽²³⁾ É o corolário natural da difundida convicção de que o juiz bem informado goza de melhores condições para dirigir com eficiência o processo, decidir incidentes, resolver questões relativas a provas, e assim por diante. Enquanto isso, no âmbito penal vai ganhando espaço, em certos setores, a opinião segundo a qual o julgador só deve inteirar-se de tais fatos por ocasião da sessão de julgamento, servindo-lhe de fonte exclusiva o que ela traga a lume. Isso seria indispensável, sustenta-se, para assegurar a “equidistância” do juiz:⁽²⁴⁾ o conhecimento prévio de provas e argumentos fatalmente o predisporia a pender cedo demais para uma das versões apresentadas pelas partes, e ele teria dificuldade em manter o espírito inteiramente aberto, naquela sessão, à eventual força persuasiva de argumentos e provas em sentido contrário.

(21) CONSO-GREVI, ob. cit. (nota 15), pág. 165; cf. pág. 167, onde se lê que o poder de intervenção supletiva conferido ao órgão judicial “assume per natura sua un risalto secondario e marginale, tale in ogni caso da non compromettere l’originaria impronta accusatoria della disciplina probatoria” (todos os destaques são do original). Manifestação desse “poder supletivo” contém-se, por exemplo, no art. 507 do código peninsular: “Terminata l’acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l’assunzione di nuovi mezzi di prove”. PISAPIA, ob. cit. (nota 5), pág. 109, enxerga em tal possibilidade “una componente inquisitoria”; já FERRUA, ob. cit. (nota 18), págs. 111/2, tacha de excessiva a jurisprudência que recusa radicalmente ao juiz a iniciativa de “supplire all’inerzia delle parti nella richiesta di ammissioni di prove” – poder cujo exercício se poria “in contrasto con lo spirito informatore del nuovo codice”.

(22) CRISTIANI, ob. cit. (nota 5), pág. 21.

(23) Até no processo inglês, tradicionalmente afeiçoado à diretriz oposta, há sinais claros de uma evolução: vide a respeito JOLOWICZ, *L’amministrazione della giustizia civile: Inghilterra e Galles*, in *La giustizia civile nei paesi comunitari*, ed. Fazzalari, Pádua, 1994, pág. 173; *A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao adversary system?*, trad. de BARBOSA MOREIRA, in *Rev. Forense*, vol. 328, págs. 65/6; ZUCKERMAN, *English Civil Procedure – The Shift away from Party Control and Orality*, in *Zeitschrift für Zivilprozess International*, vol. 1, 1996, pág. 86.

(24) A expressão é de CONSO – GREVI, ob. cit. (nota 15), pág. 387: “il giudice che conosce le prove [antes do dibattimento] vede diminuita la sua equidistanza, poiché tende ad accettare acriticamente i risultati dell’istruttoria”.

Semelhante entendimento, que constitui autêntico lugar-comum na literatura processual anglo-saxônica (civil e penal),⁽²⁵⁾ começa a repercutir em países de linhagem continental européia. Levando o raciocínio às últimas conseqüências, há quem sugira a adoção de mecanismo capaz de garantir o total desconhecimento, por parte dos julgadores, das características do pleito (até do nome do acusado), antes da sessão oral: só assim se conseguiria evitar que o julgamento sofra a influência de prejuízos, inclusive inconscientes.⁽²⁶⁾

12. O presente trabalho não tem outro fim senão o de retratar imagens captadas, conforme de início ficou dito, na observação comparativa das linhas mestras da moderna transformação do processo civil e do processo penal. Nesse retrato algo de subjetivo com certeza haverá, e seria inconcebível que não houvesse. No intuito de imprimir-lhe a maior objetividade possível, esforçamo-nos por documentar as nossas afirmações com abundantes citações de textos legais e doutrinários. Os fatos parecem suficientemente demonstrados, mas é óbvio que sempre se poderá discutir a respectiva interpretação, e por conseguinte pôr em dúvida, ou negar categoricamente, as conclusões que ela autorizaria.

Frise-se que de propósito nos abstivemos de emitir juízos de valor acerca das tendências indicadas na evolução de ambas as espécies de processos. Em anteriores escritos tivemos ocasião de opinar sobre este ou aquele tópico da problemática: num deles, por exemplo, deixamos clara a nossa pouca (ou nenhuma) simpatia pela compulsória redução do papel atribuído ao juiz penal em matéria de iniciativa probatória.⁽²⁷⁾ É notório que, no quotidiano forense, os próprios juízes não raro adotam aí, por motivos fáceis de explicar (embora nem sempre de justificar), um comportamento redutivo, ainda quando a lei aponte noutra direção. Para tal contingência o remédio ao nosso ver apropriado consiste em, assegurando-lhes condições concretas de exercitar *de facto* as atribuições que têm *de iure*, cobrar-lhes de maneira efetiva os resultados. Tudo isso, porém, é assunto estranho ao plano deste ensaio.

Uma razão, entre outras, levou-nos à autolimitação. Feita abstração de determinados princípios fundamentais, de que não se pode abrir mão, julgar boa ou má uma opção de política processual é operação que pressupõe critério essencialmente prático, cujo fundamento há de repousar em elemen-

(25) *Vide*, por exemplo, na recente produção norte-americana, o artigo de MARCUS Dejà Vu *All Over Again? An American reaction to the Woolf Report*, no vol. *Reform of Civil Procedure*, ed. Zuckerman e Cranston, Oxford, 1995, págs. 239/40. Da penetração dessa idéia na Itália dá testemunho o passo citado em a nota anterior.

(26) JULIO MAIER, *El CPP modelo y las nuevas tendencias del proceso penal*, in *Rev. de Processo*, n° 85, págs. 252 e 255.

(27) BARBOSA MOREIRA, *Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal*, comunicação às IX Jornadas Uruguaias de Direito Processual (Rivera, 11-13.4.1997), publicada no volume respectivo, pág. 287, e na *Rev. de Processo*, n° 86, pág. 196.

tos colhidos na realidade dos juízos. É muito interessante debater em termos teóricos a superioridade ou inferioridade de uma diretriz sobre outra; contudo, se não se acompanha do fornecimento de dados concernentes ao modo como esta ou aquela está repercutindo na realidade, o debate não passará de um exercício intelectual, talvez fascinante, mas inconseqüente. Ora, dados do gênero é que nos faltam no momento; e lamentamos expressar a suspeita de que, mesmo com grande esforço, não encontraríamos – no Brasil, pelo menos; nem, provavelmente, noutros países – muita facilidade em obtê-los.

Seja como for, valorações à parte, há algumas razões para pensar que não é de todo arbitrária a impressão de um contraste de sentidos nos itinerários que vão percorrendo, em nossos dias, o processo civil e o penal. Se procurássemos resumir semelhante impressão dizendo que o primeiro tende a *publicizar-se* cada vez mais, enquanto o segundo dá sinais de querer, em certa medida, *privatizar-se*, dificilmente evitaríamos a acusação de exagerar aqui na caricatura. Em qualquer caso, seria grave erro desprezar o sombreado, os entretons, os matizes que caracterizam, em cada ordenamento específico, o jogo dos fenômenos acima sucintamente expostos, e fazem temerárias as generalizações. O receio de ir longe demais sugeriu-nos o ponto de interrogação que encerra o título do trabalho. Fique a resposta a cargo do leitor.

(*) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Presidente do Instituto Ibero-americano de Direito Processual.