

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 183 • edição especial  
Julho/setembro 2009

## **Reforma do Código de Processo Penal**

**Organizador: Fabiano Augusto Martins Silveira**

# Sistema acusatório

Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

## Sumário

1. Os dois sistemas processuais penais. 2. Por que todos os sistemas processuais são “mistos”? 3. O sistema processual penal atual: a inquisição do CPP de 41. 4. O sistema processual penal no Projeto 156/09-PLS. 5. O lugar constitucionalmente demarcado das partes e o projeto 156/09-PLS.

### 1. Os dois sistemas processuais penais

Todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos. Isto significa que não há mais *sistemas puros*, ou seja, na forma como foram concebidos.

Há de se entender, porém, o que se quer dizer com tal assertiva, tão difundida quanto mal-entendida.

A compreensão da questão passa por uma dúplica análise: em primeiro lugar, da própria noção de sistema e, depois, da possibilidade ou impossibilidade de se ter sistemas mistos.

Ora, tem-se presente que os sistemas – ditos puros – nasceram, na forma como os conhecemos, no início do século XIII, embora outros tenham existido, inclusive com tais nomes, antes, por exemplo, entre os romanos. Esses, porém, só para alusões secundárias têm alguma importância naquilo que aqui interessa, ou seja, a investigação dos modelos atuais, precisos e datados, inclusive para não se permitir uma maior confusão.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho é Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR); Mestre (UFPR); Doutor (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Coordenador do Núcleo de Direito e Psicanálise do PPGD-UFPR. Advogado. Procurador do Estado do Paraná. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pelo Paraná. Membro da Comissão Externa de Juristas do Senado Federal que elaborou o anteprojeto de CPP, hoje Projeto nº 156/2009-PLS.

Os dois sistemas dos quais se fala (inquisitório e acusatório) vieram a lume, como se sabe, por *razões políticas*. Outras, de ordem teológica, econômica, filosófica e jurídica (entre tantas), foram altamente relevantes mas, decididamente, secundárias ou, pelo menos, sempre estiveram subordinadas àquelas políticas.

O Sistema Inquisitório aparece no âmbito da Igreja Católica e tem seu marco histórico (1215) em face do IV Concílio de Latrão.

Em síntese, poder-se-ia dizer que desde o século anterior (século XII), mais particularmente em seu final, a Igreja Católica se debatia com um fenômeno social interessante: pensavam alguns estar em risco o seu domínio sobre o mundo conhecido, do qual era detentora da grande parte. Sua doutrina – era visível – já não encontrava ressonância plena e, portanto, havia discórdia em alguns pontos capitais. Pensava-se que isso era fruto de “doutrinas heréticas” e, portanto, de postulados contrários àquelas pregados desde Roma. Sabia-se, por sua parte, isso só ser possível em razão de outros fundamentos epistêmicos e, assim, não era tarefa fácil, nem banal, o seu combate.

Algumas medidas já haviam sido tomadas: Inocêncio III, o papa de então, havia baixado uma Bula (*Vergentis in senium*), em 1199, equiparando o crime de heresia ao de lesa majestade, historicamente o mais grave dos crimes. Ela, como tal, produziu poucos efeitos, porque eventual punição ainda estava afeta aos leigos que, ademais, começavam a avolumar poder em face do crescimento das nascentes cidades medievais, construídas não pela decadência dos feudos, mas, sobretudo, em função da necessidade dos senhores das caravanas melhor conduzirem e distribuírem suas mercadorias, fato determinante não só da criação dos entrepostos comerciais, mas, principalmente, para serem eles regidos por uma outra mentalidade, ligada ao comércio e, portanto, muito diferente daquilo que se tinha nos feudos.

Os entrepostos comerciais foram transformados em burgos, vilas. E tinha outra

perspectiva a vida que ali se levava: cria-se um novo sistema de trocas e já não mais cada um respondia pela sua própria sobrevivência, mas dependia dos outros, o que se vê pelas chamadas Corporações de Ofício, cada uma produzindo um tipo (ou tipos) de bens.

Era natural que se não pensasse nos burgos como se pensava nos feudos; e se vivesse de outro modo, embora, no início, tenha sido muito difícil, não raro mais que antes (nos feudos), porque o regime das relações pessoais era, em grande parte, pior que aquele dos escravos.

À Igreja Católica (ou parte dela) importava, porém, não o fato de haver diferença entre o burgo e o feudo, mas, sim, naquele que não mais tinha um domínio pleno, agora eclipsado por aquele dos “burgueses”, senhores das caravanas, do comércio e do grosso do dinheiro. E, sem volta, pelo menos aparente. Aqui, então, o dilema: o que fazer em relação a tal ponto?

Por evidente – e como não se duvida –, o movimento migratório na direção dos burgos foi acompanhado (como não poderia deixar de ser) pela Igreja Católica. Sua presença nos burgos (desde o início), principalmente nos séculos X e XI, não foi suficiente para aplacar o móvel do crescimento, ou seja, o *desejo*, mola mestra da propulsão de qualquer sociedade.

O problema, assim, estava em como não perder para essa nova mentalidade, dado ser complicado – e sempre foi – lutar contra o *desejo*.

Por trás de tudo estava (já haviam diagnosticado) Aristóteles e um outro modo de se pensar a vida. Basta ver o que se passou com os Cátaros. Católicos como todos os demais, essa gente não tinha, aparentemente, nenhum motivo para ter contra si uma Cruzada ordenada por Inocêncio III, a qual se converteu em uma guerra sem tamanho. Como pano de fundo estava – sabe-se bem – o pensamento de Aristóteles, presumivelmente incorporado a partir do contato mediterrâneo com os comerciantes

do norte da África e do Oriente Médio. Já não era, contudo, uma Cruzada contra os “bárbaros incrédulos”, como se havia passado (com tal desculpa) antes. Era contra “iguais na fé”, por certo que determinada por outras razões filosóficas e econômicas. Para tanto, basta ver o que fizeram a Carcassone, Toulouse e outras cidades arrasadas e saqueadas.

Outro forte sintoma da fragilidade do domínio do pensamento da Igreja Católica se deu com a criação das Universidades, quase todas produzidas como *Studium Urbis*, justo para preparar as pessoas para a nova realidade social dos burgos.

O dilema, assim, não era simples, há de se reconhecer. E se sabia das *causas* no âmbito da Igreja Católica, onde nunca se desconheceu Aristóteles, mas, por conveniência, adotou-se o pensamento de Platão (a verdade em um mundo hipostasiado), dado ser ajustado como uma luva aos seus interesses desde a conversão de Constantino. Por sinal, Aristóteles, na sua maior extensão, só toca o mundo cristão verdadeiramente com o gênio de São Tomás de Aquino, mas no século XIV.

No início do século XIII, então, presente o problema, Inocêncio III reúne a cúpula da Igreja Católica em São João de Latrão e, ali, em 1215, decide-se (faz-se uma opção) pela força. É o nascimento de um novo modelo processual, ao qual não interessava aquele que estava em vigor, ou seja, os chamados Juízos de Deus, adotado (ou domesticado?) dos invasores “bárbaros” vindos do norte para demolir o império romano.

No IV Concílio de Latrão decide-se, entre outras coisas, pela confissão pessoal obrigatória, pelo menos uma vez ao ano; e ela é o marco histórico do novo sistema. A partir daí a noção de Bulgaro (*actus trium personarum: iudiciis, actori et rei*) tende a desaparecer, pelo menos em processo penal.

Tudo se consolida com uma Bula de Gregório IX (*Ex Excomuniamus*), de 1231, donde se delineia o arcabouço técnico; e com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV,

em 1252, estendida ao mundo em 1254, pela qual abriu-se o espaço definitivo para os métodos utilizados na Inquisição, de modo que *Inquisitor e Socius* se absolvessem mutuamente por eventuais demasias, entre elas na tortura. A Igreja Católica tocava à barbárie que tanto havia criticado no início do catolicismo romano, quando os católicos foram perserguidos, torturados e mortos.

Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um *pecador*, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele *objeto de investigação*. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou, e a confissão virou regina *probationum*.

Se o inquirido resistisse, mercedamente poderia ser absolvido; e de alguns se tem notícia. Era algo um tanto difícil, usando-se – como se usava – os métodos de perquirição. A verdade estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição, mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus.

Modelo hipócrita, dado a decisão estar preordenada. Com o resultado antecipado (pelo menos ao raciocínio mais hábil), o resto eram os modos de se confirmar aquilo que a razão já havia projetado.

Como modelo, a analítica de Aristóteles, pela lógica dedutiva. Com o domínio pleno das premissas, o inquisidor conduz o resultado para onde quiser.

O modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica. Em um tempo extremamente místico, não poderia ser diferente. Resistiu – e resiste – como o mais apurado sistema jurídico do qual se tem conheci-

mento, tendo persistido por tanto tempo justo por sua simplicidade, isto é, porque usa o próprio modelo de pensamento (por excelência) da civilização ocidental.

Ao permitir – sobremaneira – que se manipule as premissas (jurídicas e fáticas), interessa e sempre interessou aos regimes de força, às ditaduras, aos senhores do poder. Podendo-se orientar o êxito, faz-se o que quiser. É o reino do *solipsismo*, por excelência. Daí ter durado por tanto tempo; e seguir intacto, em muitos pontos, ainda que os novos tempos, pela realidade, duramente o tenham atingido, mormente por lhe desmascarar o falso discurso.

Ora, ele interessa a quem não é atingido por seus tentáculos ou, pelo menos, pensa-se inatingível, desde que as bases estão lançadas *ex ante*: o alvo são os outros!

Não é de estranhar que ele confirme a alusão dos penalistas de se tratar o Direito Penal de uma *luta de classes*, dos que têm contra os que não têm. Muito menos, por outro lado, desafia a inteligência (pelo menos em relação ao sistema adotado) o resultado, no Brasil, de um mundo de pobres presos, quase a integralidade dos quatrocentos e vinte mil ora indicados nos dados oficiais, em visível afronta ao princípio da isonomia constitucional. Afinal, a prisão, numa ordem constitucional e democrática, é para culpados – e de preferência condenados –, sejam pobres ou ricos. Tem-se, porém, uma opção preferencial pelos pobres e, por certo, pode-se desconfiar dos motivos, mas não se pode ter dúvida de que o sistema processual penal adotado, aquele do Sistema Inquisitório, é um dos responsáveis.

Doutra parte, o *Sistema Acusatório* nasce na Inglaterra após a invasão normanda levada a efeito por Guilherme, o Conquistador. Na realidade, a construção do novo sistema processual se dá sob o reinado de Henrique II, talvez o mais importante dos reis ingleses para o Direito.

Plantageneta, Henrique II governou de 1154 a 1189. Ajudou a implantar o sistema feudal na Grã Bretanha porque interessava

aos normandos a centralização do poder. Assim, colocando-se no lugar de senhor de todos os feudos, transformou os suseranos em grandes vassalos. Sua luta foi destinada à unificação da Grã Bretanha, o que conseguiu a partir de 1171, quando avança sobre a Irlanda.

Para manter o controle integral e desestabilizar o poder dos suseranos/grandes vassalos, Henrique II, seguindo um modelo visivelmente romano, impõe uma lei do exército, pela qual impede a manutenção e criação de exércitos feudais em troca de proteção que a todos daria desde Westminster. Eis o lugar da força, enfim concentrada em suas mãos.

Por outro lado, no campo jurídico, esforça-se para acabar com os Juízos de Deus, presentes também na ilha desde a invasão dos nórdicos. E isso faz concentrando na jurisdição de Westminster as decisões; e para todos. O problema é que alguns resistiram, como seria natural. Foi o que se passou com o bispo de Canterbury, Thomas Becket, morto por sicários do rei.

Assim, todos os que se sentissem prejudicados poderiam reclamar ao rei e o faziam por meio de petições. Essas, em regra, eram recebidas e decididas pelo Lord Chanceler e, em nome do rei, emitiam-se ordens escritas (*writ*) aos representantes reais (locais), ditos *sheriff*, a fim de que esse ordenasse que o indicado desse satisfação ao queixoso ou, se fosse o caso, comparecesse para dar explicações.

Tal modo de agir (*forms of action*) logo abarrotou a jurisdição real e, mesmo que o tribunal tivesse sido decomposto (dividiu-se o chamado *Curia regia* em três tribunais), a situação não encontrava solução.

Foi daí que Henrique II deu, quem sabe, o grande passo à construção de um modelo singular. Por um novo *writ*, dito *novel disseisin*, instituiu para Clarendon, em 1166, um *Trial by Jury*. Por ele, um *Grand Jury*, composto por 23 cidadãos (*boni homines*) *indictment* um acusado e, se admitida a acusação, seria ele julgado por um *Petty*

*Jury*, composto por 12 membros. Nele, o *Jury* dizia o direito material, ao passo que as regras processuais eram ditadas pelo rei. O representante real, porém, não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa. Para tanto, a regra era a liberdade, sendo certo que o acusado era responsável pelas explicações que deveria dar. Por sinal, não se produziam provas no início: o *Jury* era a prova. Elas só vieram – como regra – nos séculos XV e XVI, como *evidence*, quando já não se tinha mais conhecimento dos fatos e, portanto, era necessário reconstituir o crime e seus pormenores.

O julgamento, nesta dimensão, dava-se, normalmente, em locais públicos e, do ponto de vista político, foi uma opção e manobra genial de Henrique II. Afinal, se o povo condenasse, era a resposta do rei; se o povo absolvesse, era a resposta do rei e, assim, estava ele sempre do lado aparentemente correto. Não é de estranhar aparecerem aforismos como *The king can do no wrong*.

Deste modo, as regras de processo (ou do como se deveria proceder) eram gerais e geravam um sistema comum (*Common Law*), ao passo que o direito material era local e expresso muito mais (como sempre foi) pelos costumes que pelas leis. Eis por que, no *Common Law*, *remedies precede rights*. De qualquer maneira – perceba-se –, em sendo um sistema, trata-se d'O *Common Law* e não d'A *Common Law*.

Ao que por ora interessa, vê-se que, nele, a disputa entre acusação e defesa aparentemente tendia – e tende – a ser leal e indicava uma paridade de condições entre os contendores.

O vital, porém, era que os juízes decidiam com base naquilo que sabiam (como não poderia deixar de ser), mas, depois, com base naquilo que as partes aportavam ao processo, o qual se mostrava como um jogo dialético entre os argumentos delas, em geral travado em local público. Tal sis-

tema é o que se convencionou chamar, mais tarde, na forma como se conhece hoje, de *Sistema Acusatório* e, a partir desse padrão, domina boa parte dos sistemas processuais penais do mundo.

Como se pode notar, a construção dos sistemas processuais puros se deu por opções políticas historicamente demarcadas, embora tivessem variados os motivos que levaram a tanto.

## 2. Por que todos os sistemas processuais penais são “mistos”?

Um sistema processual penal misto, ao contrário do que comumente pensam alguns, não é a simples somatória de elementos dos dois sistemas puros.

E isso porque epistemologicamente não se sustentaria uma somatória do gênero, por um lado, mas, por outro (e quiçá mais relevante), porque o própria noção de sistema não comporta algo do gênero.

Ora, como precitado, o nascimento dos sistemas processuais penais puros não se deu em função de bases filosóficas ou, pelo menos, não foram elas as forças motrizes das suas constituições, e sim opções políticas, tanto na Igreja Católica (quando do nascimento do *Sistema Inquisitório*, embora nela se soubesse da questão ligada ao pensamento aristotélico) quanto na Grã Bretanha de Henrique II, onde nasce, como hoje estruturado, o *Sistema Acusatório*, quando, por certo, sequer se cogitou sobre o assunto, dado estar a atenção quase que integralmente voltada para outros pontos, todos políticos.

Do ponto de vista filosófico, então, a preocupação com os modelos processuais penais só aparece mais tarde e, como não poderia deixar de ser, em face do momento histórico, sempre vinculada à chamada Filosofia da Consciência.

Tendo por referência o pensamento cartesiano, *objeto* e *método* sempre foram os núcleos da base filosófica de descoberta da verdade. Assim se pensava o mundo e da mesma forma se passava, então, com o

Direito e seus ramos. Com o Direito Processual Penal não seria diferente.

Enquadrado como uma *estrutura complexa* por definição, o processo (e a teoria toda que lhe sustentava) não poderia ser pensado hilemorficamente, mesmo porque integrado por elementos que, por si sós, eram de uma complexidade intolerável à redução à unidade, necessidade inafastável no modelo aristotélico. Bom exemplo era – e segue sendo – a audiência.

Eis por que, dentre outros motivos, com o tempo passou a ser pensado, o processo, pela matriz sistêmica, agora vista no modelo kantiano. Ora, como se sabe, foi Kant que concebeu, na sua Arquitetônica da Razão Pura (na sua obra Crítica da Razão Pura), a *possibilidade de se encontrar a verdade em estruturas complexas* e assim o fez imaginando a possibilidade de se conhecer os *conjuntos* (*sýstema*, do grego). Para ele, sistema era o conjunto de elementos colocados em relação sob um ideia única. Ela, por sua vez, seria determinada pela *finalidade* do conjunto e estaria colocada como princípio de ligação entre os elementos integrantes, logo funcionaria como um *princípio unificador*, reitor da conexão e, como tal, dado *a priori*. Foi assim que se pode pensar em sistemas nos mais variados campos, algo que vai do sistema solar ao sistema de governo, ou seja, matéria aparentemente de conhecimento corriqueiro no cotidiano. Em todos, porém, há um *princípio unificador*.

Por este viés, não é difícil compreender que todas as ciências e teorias se fundam em *princípios unificadores*, ali colocados como a *representação da coisa*, da Verdade que, se existir, não pode ser dita, justo por faltar linguagem para tanto. Tal *princípio unificador*, reitor, fundante, que se coloca no lugar da Verdade que se não pode dizer, é um mito, ou seja, a verdade (com minúscula) que é dita, como linguagem, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito. É o *significante* primeiro.

Os sistemas processuais penais, por tal vereda, vão pensados assim e, por isso, relacionados ao fim último do processo

(*dicere ius ou iuris dictio*), expressão do *sentire* (sentença) do órgão jurisdicional. Para *decidir/sentenciar*, todavia, precisa-se de *conhecimento* e, para tanto, faz-se mister, como se sabe, da *prova: tudo aquilo que é produzido (introduzido) no processo com o objetivo de tornar conhecido fatos, pessoas ou coisas*. Neste momento, ganha grande significado o conceito de processo aventado por Canuto Mendes de Almeida, isto é, algo como a *reconstituição histórica de um fato pretérito que é o crime*.

Não se trata do crime – tenha-se bem presente – já existente (pelo menos aparentemente), mas da sua *reconstituição*, algo que se faz pela *linguagem*, como não se pode negar. Eis, então, a razão pela qual a linguagem é tão importante no espaço do Direito Processual Penal. Afinal, consumado o crime (teoricamente falando, obviamente), daí por diante tudo já é matéria processual e, assim, caminha-se nos labirintos da linguagem. Salvo as raríssimas exceções dadas pelos chamados *atos reais* (embora até eles sejam discutíveis enquanto tal), vistos na visão de Goldschmidt, tudo o mais é pura linguagem. Não é de estranhar, não obstante: a investigação preliminar é sempre linguagem; a denúncia é, no que mais interessa (a imputação), linguagem; a prova, mormente aquela quantitativamente mais significativa, a testemunhal, é pura linguagem; as razões e alegações das partes são pura linguagem; as decisões, máxime as sentenças, da mesma forma, são linguagem; e assim por diante. Está-se, portanto, no reino da linguagem.

Sem embargo disso, não são poucos os que sustentam a necessidade – e por que não a concreta possibilidade? – de se entender e discutir tudo a partir da “descoberta da Verdade”, por evidente que ignorando os giros produzidos pela linguagem. Para tanto se passar – como parece elementar – há, sem dúvida, uma *crença na real possibilidade de se obter a Verdade pelo conhecimento do objeto* e, assim, aposta-se nos postulados da Filosofia da Consciência como o genial

caminho de descoberta. O *sujeito* dá conta do *objeto* porque, antes de tudo, crê no *método* do qual dispõe: a lógica dedutiva! Não é de estranhar que tudo seja pensado por *silogismos*.

No processo penal o *sujeito* deve *conhecer* e, assim, ter acesso – e por ele domínio – ao fato criminoso (*objeto demarcado pelo caso penal que dele resulta com a aparente – ou concreta – consumação do crime*), o que se dá pela *reconstituição* precitada, ou seja, pelo *método* adotado.

O problema é que é o *fim do sistema* – como referido –, que ressignifica o *princípio unificador* e ele, como é elementar, ganha um colorido diferente nos *dois sistemas conhecidos*: o *princípio unificador será inquisitivo se o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório*. Como *ideia única*, não comporta divisão e, deste modo, não se pode ter um *princípio misto* e, de consequência, um *sistema misto*.

Ora, se todos os sistemas processuais penais da atualidade são *mistos* e, desde a noção de *sistema* não se pode ter um *sistema misto*, parece óbvio que se trata de um problema meramente conceitual, e não fático.

Desde uma visão mais adequada, os *sistemas são mistos* não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo *sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório*, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, em sendo *regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório*, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano.

Neste passo, porém, ainda não se tem uma diferença concreta entre os *sistemas mistos*, como se pode perceber. E ela (a diferença) não se dá em razão do arcabouço filosófico colocado à disposição, muito menos pelas regras jurídicas que podem reger a matéria. Na realidade – e em com-

patibilidade com o que se pode ler dos fundamentos históricos dos dois sistemas – a *opção*, no caso, é *política*, seja por um ou por outro sistema.

Ora, faz-se uma *opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz* (como no Sistema Inquisitório), *seja às partes*, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (*eis por que todos os sistemas são mistos*) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos *sistemas puros*. Daí que a *gestão da prova* caracteriza, sobremaneira, o *princípio unificador* e, assim, o *sistema adotado*.

Isso, embora não seja por nada complicado, tem sido difícil – muito difícil – fazer entender a alguns que primam pela leitura óbvia da vida como linearidade, como se fossem imagens de um espelho e, assim, seguem insistindo, *contra a Constituição*, em manter o *Sistema Inquisitório* que se retira, antes de tudo, do CPP, em permanente conflito com o modelo constitucional que reclama um *devido processo legal* e, assim, incompatível com *aquele no qual o juiz é o senhor do processo, o senhor das provas* e, sobretudo – como sempre se passou no *Sistema Inquisitório* – *pode decidir antes* (naturalmente raciocinando, por primário e em geral bem intencionado) *e depois sair à cata da prova que justifique a decisão antes tomada*.

Nos labirintos do sistema processual penal brasileiro habita Inocêncio III; e não são poucos os que gozam o lugar de um Torquemada. Nunca se terá *democracia processual* desse modo, por evidente, mesmo se se pensar tão só nos grandes magistrados. Um sistema desse porte, em que se controlam as premissas, não só não é alheio ao *solipsismo* como lhe incentiva. E o pior é que a *Constituição da República* não se faz viva.

### 3. O sistema processual penal atual: a inquisição do CPP de 41

O sistema processual penal brasileiro atual, assentado no CPP de 41 (cópia do



*Codice Rocco*, da Itália, de 1930, o fascista Vincenzo Manzini na dianteira), tem por base – e sempre teve – a estrutura *inquisitorial*.

Por trás de todos estava o *Code Napoléon*, de 17.11.1808 (em vigor desde 01.01.1811), pilotado por Jean-Jacques-Regis de Cambacérès, homem de habilidades políticas conhecidas mas, sobretudo, conhecedor das maneiras de como dobrar o Imperador. Foi dele (depois arqui-chanceler do Império) a ideia de mesclar a investigação preliminar colhida nos mecanimos inquisitoriais das *Ordonnance Criminelle* de 1760, de Luís XIV, com uma fase processual no melhor estilo do Júri inglês, então adotado pelos franceses, *mutatis mutandis*, por um Decreto de 16-29.09.1791 e combatido desde a adoção. Salvava-se, retoricamente, pela fase processual, a *democracia dos julgamentos*, dando-lhes uma aparência acusatória e, assim, um espetáculo com partes, acusação e defesa, debates orais e, de certa forma, tão só a intervenção do juiz para o controle da sessão. Tudo era, contudo, só retórica de um chamado *processo misto*.

No fundo, toda a prova produzida na primeira fase da persecução, em regra por um *juiz instrutor*, na investigação preliminar puramente inquisitorial, era usada na fase processual, por exemplo por sua leitura no chamado *Jugement*. A sessão vivava, como era sintomático, teatro, não raro pantomima; puro embuste; e os discursos, pomposos e longos, inflação fonética. As cartas do jogo já estavam marcadas e para desdizer isso era preciso desacreditar na figura democrática do *juiz instrutor*, tão inquisidor quanto qualquer outro que, na história, ocupou aquele *lugar*. O mister não era – e segue não sendo – singelo. Querendo-se ou não a figura do juiz sempre foi e continuará sendo muito próxima àquela do pai, inclusive pelas funções que ambos exercem. Natural, então, que se não tenha muito ânimo para dele discordar, mormente quando vai coadjuvado pela acusação ou pela defesa, tomando-se em

consideração poder pender para qualquer dos lados embora, como regra, tenda a prestigiar a acusação.

O dito *processo misto*, com o hábito do qual Napoleão tocou o mundo a partir da Europa continental mostrou-se, desde sempre, uma fraude à democracia processual. No fundo, o *sistema* napoleônico nada mais era – e é, para quem o adota – um *Sistema Misto*, ou seja, um *Sistema Inquisitorial* mesclado com elementos provenientes do Sistema Acusatório, sobretudo partes, acusação separada formalmente do órgão julgador e debates orais.

Por ele – e para ficar em poucos exemplos –, nazistas, fascistas, soviéticos e todos os regimes totalitários chamaram de “democráticos” seus sistemas processuais penais, em geral tratando-os como “Sistemas Acusatórios”. Cambacérès segue, desde o inferno, gozando a dor da injustiça que se perpetua pelo mundo, sempre em nome da Verdade, das boas intenções dos inquisidores (basta estar naquele *lugar* para ser um deles) e do chamado “*Sistema Misto*” (Inquisitorial agregado com elementos outros), apresentado como “Sistema Acusatório” em razão da fase processual comportar órgão de acusação diferente aparentemente daquele julgador, debates orais e, sobretudo, partes. Tais elementos, como se sabe, são deveras importantes para ajudar a se caracterizar um *sistema processual*, mas sem dúvida (assim como outros), secundários. O processo regido pelas precitadas *Ordonnance Criminelle* de Luís XIV tinha todos eles e foi, quem sabe, o maior monumento inquisitorial laico da história da humanidade.

No Brasil, tal modelo foi adotado quase que com a mesma conformação, isto é, aquela copiada do código italiano de 1930. Interessava ao ditador de plantão, ainda mais porque, em face dos jogos de poder do Império, acabou-se por adotar, em 1871 (Lei nº 2.033, de 20.09.1871), no lugar do chamado *Juizado de Instrução*, o *Inquérito Policial*. No fundo, não há diferença excep-

cional entre eles dado se tratar, sempre, de mecanismo inquisitorial (onde reside o problema): qualquer um que estiver naquele *lugar* – repita-se – tenderá a fazer o papel de inquisidor, exerça a função que exercer. Por sinal, o mister já esteve em mãos aos bispos e tudo deu no que deu, como se sabe. O diverso, sem dúvida, entre lá e cá, é que nos modelos europeus continentais, quase sempre variações do modelo primeiro do *Code Napoléon*, o *Juizado de Instrução* permitiu, quando do avanço democrático do século passado, adaptações tanto necessárias quanto interessantes, a ponto de se poder seguidamente colocar em causa o próprio sistema, como sucedeu na Itália do pós-guerra. Aqui, porém, isso não é possível (em função do status constitucional da investigação preliminar realizada pela Polícia Judiciária) e uma evolução deve ser pensada desde outra perspectiva.

O certo, não obstante, é que o CPP configura um *Sistema Misto* e, deste modo, mantém na base o *Sistema Inquisitorial* e a ele agrega elementos típicos da estrutura do Sistema Acusatório.

Pesa, nele, em todos os quadrantes, a *sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação*. Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despreciando o órgão acusatório.

O *sério problema que surge – com certo ar de naturalidade – é que esse mesmo órgão jurisdicional que investiga e produz provas vai, depois, julgar, ou seja, acertar o caso penal*. Isso, por si só, faz pensar na falta de imparcialidade (tomada como equidistância das partes e seus pedidos) e, por suposto, no vilipêndio daquilo que é, para alguns, quase sacro na Constituição: o *lugar* que a nação delega a quem é investido do poder jurisdicional, mormente para decidir, por ela, contramajoritariamente.

O CPP – e o sistema como um todo – como poucos outros instrumentos legais, oferece condições quase ilimitadas para o agir jurisdicional nesse âmbito (de busca e produção da prova), em qualquer das fases processuais, agora ainda mais ressaltado pelas regras do art. 156 (CPP), com redação da Lei nº 11.690, de 09.06.08, comprovação inequívoca de ser o sistema, na base, inquisitorial:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Com tamanha liberdade probatória, o juiz, no sistema processual penal brasileiro – e basta apontar em tal direção – pode fazer quase tudo o que pretender. Isso se dará, no mais das vezes, dentro daquilo que Franco Cordero chamou de *lógica deforme*:

“La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi ao lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente a garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili; usadoli orienta l’esito dove vuole. Nelle cause milanesi de

peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient' affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquenti: l'inquisito risponde docilmente; l'inquisitore gli scova in testa i fantasmi che vi há proiettato."<sup>1</sup>

Aqui, quem sabe, o grande motivo por que a opção política deve ser pelo Sistema Acusatório. Afinal, o "primado das hipóteses sobre os fatos" não é algo excepcional no Sistema Inquisitório, e sim mecanismo compatível como o simples modo de pensar (por sinal, da civilização ocidental toda), logo, tende a atingir qualquer um; e não porque são juízes, mas porque são humanos.

Ora, navegando com o pensamento para o futuro e para o passado, tende-se a acreditar nas imagens produzidas pela razão. É certo, não obstante, que tal crença não é definitiva e, assim, poder-se-ia dizer que admite prova em contrário, ou seja, pode-se voltar atrás da posição anteriormente tomada, mesmo porque, se assim não fosse, a imagem assumida se converteria em real e se estaria diante de uma psicose típica, a paranóia. Sem se poder descartar tal hipótese, a regra é que assim não seja e, por isso, Cordero, como se vê, fala em "quadros

mentais paranóicos". Em suma, *tendem a prevalecer as hipóteses assumidas sobre os fatos e, com liberdade, o juiz orienta o êxito para onde quiser*. Duvidoso, desde sempre, é o acerto da decisão tomada pelas aparências. Esse lugar, sem embargo de iludir a muitos é, na análise estupenda de Lacan, por excelência, o lugar do engodo, da fraude, do engano; como não poderia deixar de ser.

A única esperança, diante de tal quadro, é o juiz desconfiar, sempre e sempre, das suas próprias aparências/imagens e, de consequência, das suas decisões, colocando-as à prova até quando não mais for possível, em face do rito e o momento determinado para a sentença porque, teoricamente, nela, poderia encerrar sua atividade judicante no caso concreto. Estar-se-ia, por elementar, no oposto da lógica deformada e, por certo, seria o ideal. Trata-se, como se pode perceber, de tarefa impossível, ou quase. Seria como pedir ao humano que deixasse de pensar ou, por outro lado, que resistisse sempre às pulsões inconscientes. Em realidade, não é possível nem uma nem outra, e, se assim é, a solução – no plano da normalidade – está em outro lugar.

#### 4. O sistema processual penal no Projeto 156/09-PLS

A Comissão que elaborou o anteprojeto de lei de reforma global do CPP, agora convertido no Projeto nº 156/09-PLS, ao meditar sobre a questão – e como não poderia deixar de ser diante das regras constitucionais – optou pela adoção da base do Sistema Acusatório e, assim, estabeleceu-se um câmbio epistemológico sem precedentes no país: se aprovado o precitado projeto se terá um Sistema Misto e, deste modo, à base do Sistema Acusatório se agregará elementos provenientes (em menor escala) do Sistema Inquisitório. Mas o sistema de regência será o acusatório; e isso abre novas e melhores perspectivas para a democracia processual.

Depois de mais de oitocentos anos de domínio inquisitorial chega-se à conclu-

<sup>1</sup> CORDERO, Franco. *Guida allá procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 51-52. "A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamemo-os 'primado das hipóteses sobre os fatos': quem investiga segue uma delas, às vezes com os olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula, cautelarmente, a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção da 'sua' hipótese. Sabemos com quais meios persuasivos conte [alguns irresistíveis: por exemplo, a tortura do sono, calorosamente recomendada pelo pio penalista Ippolito Marsili]; usando-a orienta o êxito para onde quer. Nos processos milaneses sobre a peste manufacturada, junho-julho de 1630, vemos como juízes por nada desonestos, antes inclinados a um incomum garantismo, fabriquem delito e delinquentes: o inquirido responde docilmente; o inquisidor lhe retira da cabeça os fantasmas que lhe há projetado."

são óbvia que o problema é ele: o *Sistema Inquisitório*; e que não vale o investimento na certeza de que os homens vencerão a batalha contra sua consciência e inconsciência. O Direito, por certo, como sempre demonstrado, tem um papel vital na sociedade mas não o condão de lhe ditar, com proeminência, os passos.

Neste caso, a opção pela base do *Sistema Acusatório* é uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não mais faz sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição.

Desde este ponto de vista, o princípio republicano, o princípio da isonomia, o princípio do devido processo legal e o princípio da fundamentação de todas as decisões (dentre outros) formam um quadro onde não há espaço para o predomínio da base do *Sistema Inquisitório*. Eis por que a opção da supracitada Comissão foi, com precisão, pelo *Sistema Acusatório*.

No Projeto nº 156/09-PLS aparece a matéria, antes de tudo, na regra do art. 4º:

“Art. 4º - O processo terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

O texto merece alguma reflexão, sem embargo da sua precisão linguística, mesmo porque, em tal matéria (e em tantas outras), nada se concluiu sem discordância.

Neste aspecto, o anteprojeto – hoje Projeto nº 156/09-PLS – foi um exemplo de democracia e contou com o comando do Ministro Hamilton Carvalhido (o Coordenador da Comissão), sem o qual, por certo, não teria vindo à lume. Da mesma forma, foi imprescindível o esforço do Relator, Prof. Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, autor, inclusive, de grande parte da Exposição de Motivos. Decisivo, não obstante, foi a tolerância e compreensão de todos os membros. Com diferenças tão marcantes, nada

teria andado e muito menos o resultado teria ocorrido se não fosse o ambiente de respeito mútuo e amizade. Em definitivo, a democracia só se perfaz onde houver respeito pela diferença.

Isso, de qualquer forma, não retirou acirradas disputas por pontos capitais e, dentre eles, este referente ao sistema processual a ser adotado. A resistência, tenaz e acompanhada de um discurso inteligente, fez presente um lugar comum naqueles que apostam nas possibilidades de câmbio do *Sistema Inquisitório*. Para eles, pode-se mudar sem mudar a estrutura, o que do ponto de vista epistemológico, como antes anotado, não parece ser possível.

Por elementar, não se precisa saber muito de Bachelard para se ter presente que a evolução científica se dá a partir de rompimentos epistemológicos – daí o corte de que ele falava –, justo para se negar um passado de erros. Esses, sabem todos, traduzem-se nas “verdades” que se carrega, as quais precisam ser abandonadas para se poder evoluir cientificamente. Afinal, como disse Warat em certa passagem, *as verdades consolidadas nos escravizam àquilo que é eternamente ontem*.

Trata-se de uma escravidão, sem dúvida, mas arregimenta para o vivente um gozo tranquilizador, aquele mesmo que lhe dá a sensação de *segurança*. Romper, desta maneira, é superar a *disputa entre a razão e o desejo*, sendo certo que dele não se tem domínio algum.

Falou mais forte, no caso concreto, a exigência – que a Comissão se impôs – de elaborar um anteprojeto que estivesse em plena compatibilidade com a Constituição da República, motivo pelo qual, daqui por diante, será difícil sair de tal via, em consonância com os ditamos regentes da vida atual.

Eis, então, por que a opção foi pelo texto do art. 4º precitado. *Nele*, resta patente que a *gestão da prova escapa do comando direto do juiz* e, assim, passa ele a ter, em sua plenitude (ou quase), a função que a Constituição lhe

reserva: *garante de ordem constitucional e, por isso, do cidadão.*

Procura-se acabar, deste modo e de vez, com a *sobreposição de funções* entre o órgão jurisdicional e aquele acusador. Daí a criação de um *Juiz das Garantias* para a Investigação Preliminar, na qual não atua senão para controlar eventual invasão indevida na esfera dos direitos e garantias individuais: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário...” (art. 15). Não tem competência, assim, para sair à cata da prova que, em tal momento, não lhe interessa eis que buscada para propiciar ao Ministério Público exercer a ação penal e obter, se for o caso, a tutela jurisdicional para o processamento do caso penal.

Na fase processual da persecução, por seu turno, o juiz do processo (e não mais aquele Juiz das Garantias) terá uma participação decisiva, mas não em matéria probatória. À acusação cabe provar os fatos imputados (como deve ser, de fato), sem a intervenção direta do magistrado, a não ser para sanar dúvida pontual em algumas hipóteses, por exemplo complementando com perguntas as inquirições das testemunhas. Daí o veto à iniciativa do juiz no sentido da “substituição da atuação probatória do órgão da acusação”.

Dúvida maior, porém, veio com a intervenção dele quanto à produção da prova de defesa. Parte da Comissão entendeu que isso não se deveria passar, dentre outros motivos pelo fato de que, ao final, se houver dúvida, deve o réu ser absolvido, em face do *in dubio pro reo*. Ademais, à intervenção probatória do magistrado não se tem, pela lei, qualquer mecanismo de garantia que não atuará ele contra o réu; e sim a seu favor. Mais que jurídica, portanto, a questão se demonstrará ética; e os riscos da sobrevivência inquisitorial serão concretos dado se continuar a depender dos próprios juízes e, assim, da construção de

uma cultura que os coloque, para sempre, no seu devido lugar, algo aparentemente muito difícil no início, enquanto não houver (contra o sistema atual) uma mentalidade constitucional arraigada.

### 5. O lugar constitucionalmente demarcado das partes e o Projeto 156/09-PLS

À guisa de conclusão, parece relevante ressaltar um dos maiores efeitos da adoção, no Projeto nº 156/09-PLS, da base do Sistema Acusatório, ou seja, o lugar das partes no processo, em face das regras constitucionais.

Ninguém desconhece que um processo de cariz acusatório faz sobressair os direitos e garantias individuais e, diante dos casos penais, acaba por salientar a proibição de excesso (art. 5º). Está-se em consonância com a CR/88.

*A cultura acusatória, do seu lado, impõe aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante!* Contra tudo e todos, se constitucional, devem os magistrados assegurar a ordem posta e, de consequência, os cidadãos individualmente tomados. À ordem de prevalência, nesta dimensão, não se tem muito o que discutir, mormente porque não há direito coletivo mais relevante que aqueles fundamentais dos cidadãos.

Deve-se ver com parcimônia, portanto, toda a grande disputa que se levou à ribalta entre os direitos individuais e os coletivos (da sociedade, como um todo), mormente porque em um Estado de democracia tardia, a figura do juiz é imprescindível para o cidadão, com frequência vilipendiado em seus direitos e infinitamente mais fraco, por sinal como projetado pelos *contratualistas*, embora não se possa ingenuamente asseverar sem restrições, em relação a todos, coisa do gênero. A isonomia, porém, não faz distinção entre os cidadãos e isso é imprescindível para se deitar a luz constitucional sobre todos.

Da sua parte, o *Ministério Público* também vai ganhar o lugar que a Constituição lhe assegura, muito mais relevante que aquele do *Sistema Inquisitório*, algumas vezes secundário, outras de coadjuvante, mas também em constante conflito com a CR/88.

A noção do *dominus litis* agora poderá, enfim, calhar-lhe como devido. Afinal, é para ele que se produzem as provas na investigação preliminar e, por isso, ser-lhe primário o *controle externo* dela. Ganha, por outro lado, uma mitigação o *princípio da obrigatoriedade da ação* e, por isso, em muitos casos poderá optar, entre outras coisas, por uma forma peculiar de *bargaining*, embora ainda seja acanhada a proposta do Projeto. Da mesma maneira, embora tenha havido evolução na aplicação do *princípio da disponibilidade do conteúdo do processo*, ela ainda foi tímida: num processo penal de matriz acusatória o MP deve ter a mais ampla liberdade neste sentido porque, valendo quase que tão só a prova da instrução processual (a ressalva são aquelas reais), é mais coerente poder retirar a acusação que ser forçado a levar os pedidos até o final e vê-los improcedentes, com trânsito em julgado material da sentença, logo, sem a menor possibilidade de renovação da ação. Pouco razoável, neste contexto, a manutenção da regra atual do art. 385, no art. 409 do Projeto. Ora, o juiz poder condenar contra o pedido do MP, vertido, no texto, como mera opinião: O juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumen-

to não imputada. Em suma, espaiada pelo Projeto inteiro, vê-se uma grande evolução das atribuições do MP mas, sem dúvida, ainda foi acanhada e fruto de um aparente medo já não mais cabível nos tempos atuais. A maior liberdade sabe-se bem é sempre acompanhada da responsabilidade se, em questão, está a ordem constitucional.

Por fim, a *defesa* ganha mecanismos para se efetivar corretamente. Autodefesa e defesa técnica, como previsões legais, podem não ser nada se as pessoas que as agitam não têm o devido domínio do *lugar* ocupado. Fala forte, neste espaço, a diferença econômica dos réus e a consciência necessária sobre o assunto. Daí ser inarredável a exigência do Estado construir, como é de sua obrigação, em todos os níveis competentes, Defensorias Públicas que respondam, dentro do devido padrão de qualidade exigido, pelas funções que lhes foram atribuídas na Constituição. Assim, sem o correto acesso à Justiça aos menos favorecidos, não haverá, nunca, democracia processual.

Não se trata - há de se entender - de pregar e impor um sistema processual em favor dos criminosos como, sem qualquer procedência, têm pregado os menos avisados, sempre adeptos à força, em geral à Lei e Ordem, desde que seja contra os outros, obviamente. O *Sistema Acusatório* não é e nunca foi sinônimo da *impunidade*, algo, por sinal, por que se reclama tanto do sistema atual. Trata-se isso sim de um sistema que realça o papel das partes a começar por aquele do juiz não só por compatibilizá-los com os ditames constitucionais mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual.