

LUMEN JURIS

www.lumenjuris.com.br

EDITORES

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Freitas Câmara
Amilton Bueno de Carvalho
Augusto Zimmermann
Eugênio Rosa
Fauzi Hassan Choukr
Frlly Nascimento Filho
Flávia Lages de Castro
Flávio Alves Martins
Francisco de Assis M. Tavares
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
J. M. Leoni Lopes de Oliveira
Lefácio Jansen
Manoel Messias Peixinho
Marcos Juruena Villela Souto
Paulo de Bessa Antunes
Salo de Carvalho

CONSELHO CONSULTIVO

Ávaro Mayrink da Costa
Antonio Carlos Martins Soares
Aurélio Wander Bastos
Cinthia Robert
Elida Séguin
Gisele Citradino
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
José dos Santos Carvalho Filho
José Fernando de Castro Farias
José Ribas Vieira
Marcello Ciotola
Marcellus Polastri Lima
Omar Gama Ben Kaus
Sergio Demoro Hamilton

Rio de Janeiro

Av. Londres, 491 – Bonsucesso
Rio de Janeiro – RJ – CEP 21041-030
C.N.E.J.: 31.661.374/0001-81
Inscr. Est.: 77.297.936
TEL.: (21) 3868-5531 / 2564-6319
Email: lumenjuris@msm.com.br /
Home Page: www.lumenjuris.com.br

Rio Grande do Sul

Rua Cap. João de Oliveira Lima, 160
Santo Antonio da Patrulha – Pitanguinhas
CEP 95500-000
Telefone: (51) 662-7147

São Paulo

Rua Primeiro de Janeiro, 159
Vila Clementino – São Paulo, SP
CEP 04044-060
Telefone: (11) 5908-0240

Brasília

SHC/Sul C L 402 – Bloco B – Lj 35
Asa Sul – Brasília – DF
CEP 70236-520
Telefone (61) 3225-8569

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid
Professor no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS
Pesquisador do CNPq

Advogado

www.aurylopes.com.br

INTRODUÇÃO CRÍTICA AO PROCESSO PENAL

(Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)

3ª edição

Revista, Atualizada e Ampliada

Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
Setembro de 2005

Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico.³⁷⁶ Crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.

c) Insuficiência do Conceito de "Sistema Misto": a Gestão da Prova e os Poderes Instrutórios do Juiz

Com o fracasso da inquisição e a gradual adoção do modelo acusatório, o Estado seguia mantendo a titularidade absoluta do poder de pensar e não podia abandonar em mãos de particulares esse poder e a função de persecução. Logo, era imprescindível dividir o processo em fases e encomendar as atividades de acusar e julgar a órgãos e pessoas distintas. Nesse novo modelo, a acusação continua como monopólio estatal, mas realizada através de um terceiro distinto do juiz.

Aqui nasce o Ministério Público. Por isso, existe um nexo entre sistema inquisitivo e Ministério Público, como aponta CARNELUTTI,³⁷⁷ pois essa necessidade de dividir a atividade estatal exige, naturalmente, duas partes. Quando não existem, devem ser fabricadas, e o Ministério Público é uma parte fabricada. Surge da necessidade do sistema acusatório e garante a imparcialidade do juiz. Eis aqui um outro erro histórico: a pretendida imparcialidade³⁷⁸ do MP.

É lugar-comum na doutrina processual penal a classificação de "sistema misto", com a afirmação de que os sistemas puros seriam

376 GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal*, p. 29.

377 "Mettete il Pubblico Ministero al suo Posto". In *Rivista di Diritto Processuale*, vol. VIII, parte I, 1953, pp. 18 e ss. Também em espanhol – "Poner en su Puesto al Ministerio Público". In: *Questiones sobre el Proceso Penal*, pp. 209 e seguintes.

378 São múltiplas as críticas à artificial construção jurídica da imparcialidade do promotor no processo penal. O crítico mais incansável foi, sem dúvida, o mestre CARNELUTTI, que em diversas oportunidades pôs em relevo a impossibilidade de *la cuadratura del círculo*: *¿No es como reducir un círculo a un cuadrado, construir una parte imparcial? El ministerio público es un juez que se hace parte. Por eso, en vez de ser una parte que sube, es un juez que baja*. Em outra passagem, CARNELUTTI (*Lecciones sobre el Proceso Penal*, v. 2, p. 99) explica que não se pode ocultar que, se o promotor exerce verdadeiramente a função de acusador, quer que ele seja um órgão imparcial não representa no problema mais que uma *inútil e hasta molesta duplicidad*. Para J. GOLDSCHMIDT (*Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal*, p. 29), o problema de exigir imparcialidade de uma parte acusadora significa cair em *el mismo error psicológico que ha desacreditado al proceso inquisitivo*, qual seja, o de crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como acusar e defender. Não há que confundir imparcialidade com estrita observância da legalidade e da objetividade.

modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter "misto".

Historicamente, o primeiro ordenamento jurídico que adotou esse sistema misto foi o francês, no *Code d'Instruction Criminale* de 1808, pois foi pioneiro na cisão das fases de investigação e juízo. Posteriormente, difundiu-se por todo o mundo e na atualidade é o mais utilizado.

Nessa linha, o critério definidor de um sistema ou outro seria a "separação das funções de acusar e julgar", presente apenas no modelo acusatório.

Para GIMENO SENDRA,³⁷⁹ o simples fato de estar o processo dividido em duas fases (pré-processual e processual em sentido próprio ou estrito) e que se encomende cada uma a um juiz distinto (juiz que instrui não julga) bastaria para afirmar que o processo está regido pelo sistema acusatório. No mesmo sentido, ARMENTA DEJUSO entende que em determinado sentido bastaria afirmar-se que o processo acusatório se caracteriza pelo fato de ser imprescindível uma acusação levada a cabo por um órgão ou agente distinto do julgador (*he procedat iudex ex officio*).

A classificação de sistema misto peca por insuficiência em dois aspectos:

Considerando que os sistemas realmente puros são tipos históricos, sem correspondência com os atuais, a classificação de "sistema misto" não enfrenta o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante.

A separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, por si só, é insuficiente para sua caracterização.

Vejam os agora essas questões.

a) A Falácia do Sistema Bifásico

Sobre a falácia do sistema bifásico do Código Napoleônico de 1808, com a fase pré-processual inquisitória e a fase processual (supos-

379 *Derecho Procesal Penal*, p. 83. Inobstante, em sua obra anterior *Fundamentos del Derecho Procesal*, p. 189, considera como insuficiente essa afirmação, que imputa a um grupo de autores alemães (Schmidt e Roxin).

380 "Principio Acusatorio: realidad y utilización." In: *RDP*, nº 2, 1996, p. 272.

tamente) acusatória, ensina JACINTO COUTINHO:³⁸¹ "É isso que Jean-Jacques-Régis de Cambacérés faz passar no Código napoleônico, de 17.11.1808. Segundo HÉLIE (Traité, I, 178, § 539), é *"la loi procédure criminelle la moins imparfaite"* du mond. Enfim, monstro de duas cabeças; acabando por valer mais a prova secreta que a do contraditório, numa verdadeira fraude. Afinal, o que poderia restar de segurança é o livre convencimento, ou seja, retórica e contra-ataques; basta inunizar a decisão com um belo discurso. Em suma: serviu a Napoleão um tirano; serve a qualquer senhor; não serve à democracia".

É necessário ler com muita atenção para compreender o alcance desse fenômeno, pois ele reflete exatamente o que temos no sistema brasileiro. O monstro de duas cabeças (inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com "ares" de acusatório [outro engodo, ensinará JACINTO à continuação]) é a nossa realidade diária, nos foros e tribunais do país inteiro.

No mesmo sentido, FERRAJOLI³⁸² diz que o Código Napoleônico de 1808 deu vida a um *"monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, que fue el llamado proceso mixto"*.

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para inunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

Ademais, mesmo que não faça menção expressa a algum elemento do inquérito, quem garante que a decisão não foi tomada com base nele? A eleição (culpado ou inocente) é o ponto nevralgico do ato decisório e pode ser feita com base nos elementos do inquérito policial e disfarçada com um bom discurso.

381 Correspondência eletrônica particular de maio/2003, cujos ensinamentos de Jacinto Coutinho foram por nós utilizados na Palestra "Reformas Penais: Juizado de Instrução Criminal", proferida no dia 30 de maio de 2003, no Auditório Externo do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília.

382 *Derecho y Razón*, p. 566.

Ora, ou alguém imagina que Napoleão aceitaria o tal sistema bifásico se não tivesse certeza de que era apenas um "mudar para continuar tudo igual"?

Como "bom" tirano, jamais concordaria com uma mudança dessa natureza se não tivesse certeza de que continuaria com o controle total, através da fase inquisitória, de todo o processo.

Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão³⁸³ física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na "prova" inquisitorial, disfarçada no discurso do "cotejando", "corrobora", ... e outras fórmulas que mascararam a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição.

Isso porque, como concluiu JACINTO COUTINHO:³⁸⁴ *il sistema inquisitorio non può convivere con il sistema accusatorio, non solo perché la 'contaminatio' è irragionevole sul piano logico, ma anche perché la pratica sconsiglia una commissione del genere. Ou seja, uma mistura de tal natureza (inquisitório e acusatório) é irracional, e a prática desaconselha tal mescla.*

Cumprir, por fim, refletir sobre a última frase de JACINTO: (se tal sistema) serviu a Napoleão, um tirano; serve a qualquer senhor; (obviamente) não serve à democracia.

E basta.

b) A Insuficiência da Separação (Inicial) das Atividades de Acusar e Julgar

Apontada pela doutrina como fator crucial na distinção dos sistemas, a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar é uma importante característica do sistema acusatório, mas não é a única e tampouco pode, por si só, ser um critério determinante, quando não

383 Explicamos isso no livro *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal* a partir do sistema italiano. Contudo, recorda-nos JACINTO COUTINHO que o antigo Código do Distrito Federal (Decreto nº 16.751, de 31.12.1924), art. 243: "Os autos de inquirição apensos aos de investigação, nos termos dos arts. 241 e 242, servirão, apenas, de esclarecimento ao Ministério Público, não se juntarão ao processo, quer em original, quer por certidão, e serão entregues, após a denúncia, pelo representante do Ministério Público ao cartório do juízo, em invólucro lacrado e rubricado, a fim de serem arquivados à sua disposição."

384 Conclusão nº 3 de sua Tese Doutoral, conforme correspondência eletrônica de maio/2003.

vier aliada a outras (como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades, etc.).

Dada a sua complexidade, como conjunto de atos concatenados, o processo é formado por toda uma cadeia de circunstâncias que se inter-relacionam e influem no resultado final. Basta analisar o sistema inquisitório, para ver que ao lado da acumulação de funções (investigar, acusar e julgar) existe toda uma gama de princípios que juntos compõem e dão conteúdo ao todo. Especial atenção merece o contraditório, pois existe uma acertada tendência de considerá-lo fundamental para a própria existência do processo enquanto estrutura dialética.

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assumira um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício determine uma prisão preventiva (art. 311), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127), ouça testemunhas além das indicadas (art. 209), proceda ao reintervogatório do réu a qualquer tempo (art. 196), determine diligências de ofício (art. 156), reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art. 385), condene ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385),³⁸⁵ altere a classificação jurídica do fato (art. 383), condene por ato diverso daquele constante na acusação (no *caput* do art. 384),³⁸⁶ admita o chamado recurso *ex officio* (art. 574, I e II, do CPP), etc.

Fica evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O juiz deve manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo.

Como explica J. GOLDSCHMIDT,³⁸⁷ no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes. O procedimento penal se converte deste modo em um

litígio e o exame do processado não tem outro significado que o de outorgar audiência. Parte do enfoque de que a melhor forma de averiguar a verdade e realizar-se a justiça é deixar a invocação jurisdicional e a coleta do material probatório àqueles que perseguem interesses opostos e suscitam opiniões divergentes. Deve-se descarregar o juiz de atividades inerentes às partes, para assegurar sua imparcialidade. Com isso, também se manifesta respeito pela integridade do processado como cidadão.

Para além disso, recordemos que o processo tem como finalidade (além do explicado no Capítulo I) buscar a reconstrução de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo, fato histórico), de modo que a "gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador",³⁸⁸ como explicaremos à continuação.

c) Identificação do Núcleo Fundante: a Gestão da Prova

Ainda que todos os sistemas sejam mistos, não existe um princípio fundante misto. O misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo.

Então, no que se refere aos sistemas, o ponto nevrálgico é a identificação de seu núcleo, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório e não os elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação de atividades, etc.).

Como afirmamos anteriormente, o processo tem como finalidade (além do explicado no Capítulo I) buscar a reconstrução de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo, fato histórico), de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores, conforme ensina JACINTO COUTINHO:

— Princípio dispositivo:³⁸⁹ funda o sistema acusatório; a gestão da prova está nas mãos das partes (juiz espectador).

³⁸⁵ Sobre esse tema, veja-se nosso artigo "(Re)Discutindo o objeto do Processo Penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt", publicado na Revista do IBCCrim n.º 39. Também na *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n.º 6.

³⁸⁶ Sobre o tema: GIACOMELLI, Neru José. "Princípio da Provocação e os artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal". In: *Estudos de Direito Processual Penal*.

³⁸⁷ *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, pp. 69 e ss.

³⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro". In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n.º 01, 2001, p. 28.

³⁸⁹ Sempre recordando que o processo penal tem suas *categorias jurídicas próprias*, para evitar perigosas e muitas vezes errôneas analogias com o processo civil, que foram e são feitas até hoje. Com uma justicada preocupação, J. GOLDSCHMIDT (*Problemas Jurídicos*

- Princípio inquisitivo: a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz ator [inquisidor]); por isso, ele funda um sistema inquisitório.

Daí estar com plena razão JACINTO COUTINH³⁹⁰ quando explica que *não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Para o autor, os sistemas, assim como os paradigmas e os tipos ideais, não podem ser mistos; eles são informados por um princípio unificador. Logo, na essência, o sistema é sempre puro. E explica, à continuação, que o fato de ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.*

Isso não significa que, ao lado desse núcleo inquisitivo (derivado do princípio inquisitivo, onde a gestão da prova está nas mãos do juiz), não possam orbitar características que geralmente circundam o núcleo dispositivo, que informa o sistema acusatório. Em outras palavras, o fato de um determinado processo consagrar a separação (inicial) de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado, etc. não lhe isenta de ser inquisitório. É o caso do sistema brasileiro, claramente inquisitório na sua essência, ainda que com

cos y Políticos del Proceso Penal, pp. 28 e ss) destaca que a construção do modelo acusatório no processo penal deve ser distinta daquela aplicável ao processo civil (um conceito distinta do princípio dispositivo), pois a situação jurídica da parte ativa é completamente diferente que a do autor (processo civil). O Ministério Público não faz valer no processo penal um direito próprio e pede a sua adjudicação (como o autor no processo civil), senão que afirma o nascimento de um direito judicial de penar e exige o exercício deste direito, que ao mesmo tempo representa um dever para o Estado (titular do direito de penar e que realiza seu direito no processo não como parte, mas como juiz). Para compreender esse pensamento é imprescindível partir da premissa de que o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória (*ius ut procedatur*). A título de ilustração, uma má interpretação do que seja o modelo acusatório, e uma errada analogia com o processo civil, leva alguns sistemas (como o espanhol) a permitir que a acusação peça uma determinada quantidade de pena – “x” anos – e mais errado ainda é afirmar que a chamada “justiça negociada” (*plea negotiation*) é uma manifestação do modelo acusatório, quando na verdade se trata de uma degeneração completa do processo penal e uma distorcida visão do que seja um processo de partes, o sistema acusatório ou mesmo o verdadeiro objeto do processo penal.

³⁹⁰ Em diversos trabalhos, mas especialmente no artigo “Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro”. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Nota Dez Editora, nº 01, 2001.

alguns “acessórios” que normalmente ajudam a vestir o sistema acusatório (mas que por si só não o transformam em acusatório).

A seleção dos elementos teoricamente essenciais para cada sistema, explica FERRAJOLI,³⁹¹ está inevitavelmente condicionada por juízos de valor, por conta do nexo que sem dúvida cumpre estabelecer entre sistema acusatório e modelo garantista e, por outro lado, entre sistema inquisitório, modelo autoritário e eficácia repressiva.

Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156 do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.

A posição do juiz é o ponto nevrálgico da questão, na medida em que “ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que expert; o rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um emérito,³⁹² versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação.”³⁹³

O tema também está intimamente relacionado com a questão da verdade no processo penal. No sistema inquisitório, nasce a (malcan-gável e mitológica) verdade real, onde o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação, “detentor da verdade de um crime”³⁹⁴ e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extrai-la a qualquer custo. Recordemos que a intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter “absoluto”.

A lógica inquisitorial está centrada na verdade absoluta e, nessa estrutura, a heresia era o maior perigo, pois atacava o núcleo fundante do sistema. Fora dele não havia salvação. Isso autoriza o “combate a

³⁹¹ *Derecho y Razón*, p. 563.

³⁹² Toda tradução encerra inúmeros perigos, por isso, para evitar equívocos, destacamos que a palavra empregada pelo autor foi “leguleyo”, que em espanhol possui um sentido despectivo, de “persona que se ocupa de cuestiones legales sin tener el conocimiento o la especialización suficiente suficientes” (Cf. *Clave – Diccionario de uso del español actual*).

³⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 575.

³⁹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro”. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Nota Dez Editora, nº 01, 2001, p. 28.

qualquer custo" da heresia e do herege, legitimando até mesmo a tortura e a crueldade nela empregadas. A maior crueldade não era a tortura em si, mas o afastamento do caminho para a eternidade.³⁹⁵

A matéria raramente é objeto de análise por nossos tribunais, e, mais raro ainda, é ser devidamente tratada.

Sem embargo, merecem transcrição as acertadas decisões³⁹⁶ abaixo, que bem demonstram a importância da questão:

CORREIÇÃO PARCIAL.

– O órgão acusador – parte que é e poderes que tem – não pode exigir que o Judiciário requirite diligências, quando o próprio Ministério Público pode fazê-lo.

– O mito de que o processo penal mira a "verdade real" está superado. A busca é outra: julgamento justo ao acusado (lições de Adauto Suannes e Luigi Ferrajoli).

– O papel do juiz criminal é de equidistância: a aproximação entre acusador e julgador é própria do medieval inquisitório.

– Correição parcial impropedente.
(Quinta Câmara Criminal do TJRS, Correição Parcial nº 70002028041, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 20/12/2000)

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA GESTÃO. PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. LEGITIMIDADE.

– Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos constitucionais sustentadores do Sistema Processual Penal Acusatório.

– A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da "verdade real", é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa.
– Lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

– Ordem concedida, por unanimidade.
(Quinta Câmara do TJRS, HC 70003938974, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 24/04/2002)

395 BOFF, Leonardo. "Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir." In: *Directório Inquisitório – Manual dos Inquisidores*, pp. 9 e ss.

396 Extradas da obra de AMILTON BUENO DE CARVALHO, *Garantismo Penal Aplicado*, pp. 147-150 e 183-188.

Dessarte, fica fácil perceber que o **processo penal brasileiro é inquisitório, do início ao fim**, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem construtiva.

Sempre se reconheceu o caráter inquisitório da investigação preliminar e da execução penal, encoberto o problema da investigação na fase processual. Mas compreendidos os sistemas e os princípios que os estruturam, a conclusão só pode ser uma, como claramente aponta JACINTO COUTINHO:³⁹⁷ "O sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz".

Compreendida a questão e respeitada a opção "acusatória" feita pela Constituição, são substancialmente inconstitucionais todos os artigos do CPP que atribuem poderes instrutórios e/ou investigatórios ao juiz.

d') O Problema dos Poderes Instrutórios: Juizes-Inquisidores e os Quadros Mentais Paranóicos

Compreendida a necessidade de buscar o núcleo fundante de um sistema a partir da gestão da prova, resta verificar a problemática (e inquisitiva) atribuição de poderes instrutórios/investigatórios ao juiz.

Atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase³⁹⁸ – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Ensina CORDEIRO³⁹⁹ que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao primato dell'ipotesi sui fatti, gerador de quadri mentali paranoídi. Isso significa que opera-se um primado (prevaleência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranóicos.

397 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro". In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Nota Dez Editora, nº 01, 2001, p. 29.

398 A crítica serve tanto para a atribuição de poderes instrutórios na fase processual (como ocorre no art. 156), como também quando ela é feita na fase pré-processual, admitindo que o juiz pratique atos de investigação. Com mais razão, somos completamente contrários aos chamados Juizados de Instrução (sistema de Juiz-Instrutor), conforme exaustivamente explicado na obra *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, e cujas tentativas de inserção no Brasil nos causam profunda preocupação.

399 CORDEIRO, Franco. *Guia alla Procedura Penale*. Torino, Utet, 1986, p. 51.

Na mesma linha, JACINTO COUTINHO⁴⁰⁰ afirma que "abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legítima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro".

É evidente que o recolhimento da prova por parte do juiz antecipa a formação do juízo. Como explica GERALDO PRADO,⁴⁰¹ "a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar". O juiz, ao ter iniciativa probatória, está ciente (prognóstico mais ou menos seguro) de que conseqüências essa prova trará para a definição do fato discutido, pois "quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador".⁴⁰² Mais do que uma "inclinação ou tendência perigosamente comprometedora", trata-se de sepultar definitivamente a imparcialidade do julgador. Nessa matéria, não existe investigador imparcial, seja ele juiz ou promotor.

O modelo acusatório (garantista) traz na sua essência a necessidade de um amplo debate sobre a hipótese acusatória. Para tanto, FERRAJOLI⁴⁰³ define as seguintes garantias secundárias: publicidade, oralidade, legalidade do processo e motivação da decisão judicial. Tais garantias são condições necessárias para que o debate transcorra com transparência e igualdade de oportunidades, ou seja, no ambiente que se espera da estrutura dialética do processo.

Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz,⁴⁰⁴ destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzietà* = alheamento). É um imenso prejuízo gerado pelos diversos pré-juízos que o julgador faz.

Não só diversos modelos contemporâneos demonstram isso (basta estudar as reformas da Alemanha em 1974, Itália e Portugal em 1987/88

e também as mudanças levadas a cabo na Espanha pela LO 7/88, feita às pressas para adequar-se à Sentença do Tribunal Constitucional nº 145/1988), mas também a história do Direito Processual, especialmente o erro iniciado no sistema acusatório romano de atribuir poderes instrutórios ao juiz, que acabou levando ao sistema inquisitório.

Como explicamos anteriormente, a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de *atividade* e o outro, de *inércia*.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, há muito tempo e em diversas oportunidades, tem apontado a violação da garantia do juiz imparcial em situações assim, destacando, ainda, uma especial preocupação com a **aparência de imparcialidade** que o julgador deve transmitir para os submetidos à administração da justiça, pois, ainda que não se produza o pré-juízo, é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento. Isso afeta negativamente a confiança que os Tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos jurisdicionados, especialmente na esfera penal.

Como sintetiza a Exposição de Motivos do Código-Modelo para Ibero-América, e nunca é demais recordar, "o bom inquisidor mata ao bom juiz, ou ao contrário, o bom juiz desterra ao inquisidor".

III. Presunção de Inocência

A presunção de inocência remonta ao Direito Romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpaabilidade e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. No *Directorium Inquisitorium*, EYMERICH orientava que "o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação".

A presunção de inocência e o princípio de jurisdicionalidade foram, como explica FERRAJOLI,⁴⁰⁵ finalmente, consagrados na

400 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro". In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Nota Dez Editora, nº 01, 2001, p. 37.

401 PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*, p. 158.

402 *Ibidem*, *ibidem*.

403 *Derecho y Razón*, p. 606.

404 Sobre o tema, veja-se nosso artigo "Juizes Inquisidores? E parâmetros. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos." In: *Boletim do IBCCrim*, nº 127, junho de 2003, pp. 11-12.

405 *Derecho y Razón*, p. 550.