

Assunto Especial - Doutrina

Aplicação da Lei Penal

Breve Análise Acerca dos Sistemas Processuais Penais: em Busca de um Sistema Democrático

GIOVANA PALMIERI BUONICORE

Advogada, Mestranda em Ciência Criminais pela PUCRS.

LIZIANE DOS SANTOS

Advogada, Especialista em Direito e Processo Penal, Mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS.

RESUMO: *O presente artigo objetiva fazer uma breve análise acerca dos sistemas acusatório e inquisitório, a fim de trazer subsídios para poder-se entender o sistema que cerca o ordenamento jurídico brasileiro, bem como demonstrar a necessidade de se alcançar um sistema democrático que siga as regras do jogo. Além disso, pretende-se, por meio da apresentação de casos internacionais, demonstrar como seguir essas regras diante de um caso prático, a fim de problematizar a importância sobre a aplicação destes exemplos no ordenamento pátrio com o objetivo de cumprimento às garantias constitucionais e, conseqüentemente, obediência às regras que norteiam o sistema democrático de direito.*

PALAVRAS-CHAVE: *Sistema inquisitório; sistema acusatório; sistema democrático.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo objetiva apresentar uma análise dos sistemas processuais penais por meio de uma abordagem contemporânea. Para tal objetivo, serão exploradas as características que cercam o sistema inquisitório e acusatório, bem como os traços históricos e os princípios que os fundamentam. Além disso, serão demonstradas as características do sistema que norteia o ordenamento pátrio e qual a forma de buscar um sistema democrático que siga as regras do jogo.

Em um segundo momento, serão elencados casos na esfera internacional que buscam seguir as regras apresentadas anteriormente, a fim de ensejar mudanças no ordenamento jurídico brasileiro.

Porém, não se trata de esgotar uma temática já debatida comumente nos meios acadêmicos, mas, sim, inovar a respeito do assunto, procurando explanar, além da adoção dos sistemas, e suas características, um novo perfil que mais se amolda ao Estado Democrático de Direito.

SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório pode ser observado a partir da ótica de Ada Grinover, que assinala que no modelo egípcio, na antiguidade, encontramos o embrião do procedimento inquisitório, uma vez que a persecução penal correspondia a uma forma de Governo absoluta de domínio e inspiração sacerdotal ¹.

Salienta-se, a partir dos ensinamentos de Aury Lopes ², que até o século XII, o sistema acusatório era o predominante, de modo que não existia processo sem um acusador legítimo e idôneo. Porém, ocorreram transformações ao longo do século XII, até o século XIV, que ensejaram a substituição do sistema acusatório pelo inquisitório.

Essa substituição se deve, ainda segundo Aury Lopes ³, basicamente, aos defeitos da inatividade das partes, o que levou à conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, o que comprometeria o combate à delinquência.

Os poderes conferidos ao Magistrado, que inicialmente, segundo Aury Lopes ⁴, eram referentes à possibilidade de, junto ao acusatório, existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito, foram se expandindo, e este sistema que foi inicialmente adotado pela igreja foi sendo incorporado por outros legisladores e em outros delitos.

Refere o autor que, nesse sistema, o "juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório. É da essência do sistema inquisitório um 'desamor' total pelo contraditório" ⁵.

O Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício foi instituído no transcurso do século XII para poder reprimir as heresias, de modo que a inquisição nasce como instituição oficial e permanente, se consolidando em 1.231, por bula do Papa Gregório IX. O Cristianismo se torna tolerado em Roma, e no ano de 380 galga o posto de religião oficial. Daí por diante, sucessivos imperadores se ocupam do assunto, passando a punir com extremo rigor o paganismo, as heresias e os judeus ⁶.

A inquisição torna-se bem retratada por meio da obra *O manual do inquisidor*, cuja primeira edição impressa é datada de 1578, mas que dois séculos antes já era celebrado. Fruto do trabalho de Frei Nicolau Emérico (1320-1399), traz em seu bojo artigos escritos que demonstram e retratam uma época em que se vivia com muita intolerância e crueldade.

No capítulo destinado "Sobre o Processo do Santo Ofício em Geral", havia três maneiras de se iniciar o processo em matéria de heresia ^Z: a acusação, a denúncia e a inquisição.

O processo era intentado por acusação quando um delator se oferecia para provar aquilo que se afirmava, submetendo-se à pena de talião quando tal não conseguia provar; contudo, essa forma de conduzir o processo era usada raramente.

A forma mais usada para formar um processo era por meio do método pela denúncia, onde se denunciava alguém como culpado de heresia, sem aceitar ser parte, mas simples fato de não incorrer na excomunhão que atinge todos aqueles que não denunciam ou por zelo a fé. Ainda neste método, mesmo que a acusação intentada fosse completamente desprovida de verdade, o inquisidor não era obrigado a apagá-la de seu livro, pois que aquilo que não se descobre em certa altura poderia vir a descobrir-se em outra.

A última maneira de se iniciar um processo em matéria de heresia era por meio da via da inquisição, a qual se empregava quando não havia denunciador nem acusador. A inquisição poderia ser feita através de duas espécies: a) geral: chamada "a busca de heréticos", prescrita pelo Concílio de Tolosa, a qual consistia na busca de hereges que porventura poderiam estar escondidos em todas as casas, quartos, celeiros, etc.; b) a segunda espécie de inquisição ocorria quando houvesse qualquer rumor público de que alguma pessoa dissesse ou fizesse qualquer coisa contra a fé. Logo, o processo pelo método de inquisição era baseado em rumores públicos e contava com a presença de duas testemunhas.

Na inquisição, arrancar a verdade do acusado era ponto a ser buscado a qualquer custo; para tanto, utilizavam-se métodos de purgação canônica, abjuração, penas pecuniárias, multas, confiscação de bens privação de cargo ou emprego, prisão perpétua e até mesmo o método da tortura como meio para alcançar tal propósito. Na inquisição, na dúvida, se condena.

No Manual do Inquisidor, o acusado de heresias já parte da premissa de que é culpado, o que vai totalmente de encontro a qualquer possibilidade de defesa. Desse modo, tudo no processo é feito para que o acusado confesse que é culpado, com a ideia ainda de se fazer isso pela busca da verdade.

O próprio inquisidor é quem define a defesa do acusado. Além disso, "o advogado presta-lhe os seus serviços, com a licença e sob a autoridade do inquisidor, não sem primeiramente jurar de que deixará a causa logo que fique provado ser o seu cliente culpado de heresia. É este o louvável costume de todas as inquisições" ⁸.

Outra obra que remonta ao período inquisitório é *O martelo das feiticeiras*⁹, que traz em seu bojo a história de quatro séculos de perseguição às bruxas e aos heréticos, planejada pelas classes dominantes com intuito de chegar a centralização e ao poder.

No período que vai do fim do século XIV até meados do século XVIII, aconteceu o fenômeno generalizado em toda a Europa: "A repressão sistemática do feminismo", foram quatro séculos de caça às bruxas.

Até meados da Idade Média, a transgressão da fé era também uma transgressão política, mais, ainda, a transgressão sexual que vagava solta entre as massas populares. Desta forma, os inquisidores ligaram a transgressão sexual à transgressão da fé, punindo as mulheres.

Neste período houveram milhares de execuções onde usualmente as mulheres eram queimadas vivas na fogueira. Segundo Marilyn French ¹⁰, o número de mulheres queimadas vivas por toda a Europa chegou a cem mil ¹¹. A extensão de caça às bruxas foi espantosa!

A religião católica, e mais tarde a protestante, contribuíram de maneira decisiva para a centralização de poder e o fizeram por meio dos Tribunais de Inquisições, que varreram a Europa de norte a sul, leste e oeste, torturando e assassinando em massa aqueles que eram julgados heréticos ou bruxos ¹².

Desta forma, o sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical, o que era um duelo franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. Confundem-se as atividades do juiz e acusador e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto de investigação ¹³.

[42 RDP Nº 77 - Dez-Jan/2013 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA](#)

Verifica-se que a estrutura de um processo inquisitório permeia desde a antiguidade, até hoje, o processo penal, de forma que as suas características tornam-se evidentes, à luz de um processo penal democrático.

Em uma leitura compatível com a contemporaneidade sobre os poderes instrutórios do juiz, verifica-se que quanto a gestão de provas continua a configurar o sistema inquisitório no processo penal, tendo em vista o art. 156 do CPP, onde o juiz poderá produzir prova de ofício; neste caso, investiga, o que acaba com a estética de uma imparcialidade.

Como outros exemplos que corroboram o assunto, tem-se os arts. 242 e 311, ambos do CPP, onde, no primeiro, o juiz pode determinar uma busca e apreensão de ofício e, no segundo, pode determinar, também de ofício uma prisão preventiva.

Coutinho sustenta a tese que vivemos hoje com um sistema que mascara a realidade, eis que a condenação está calcada nos autos de investigação, naquilo feito na pura inquisição. Por isso, propõe como alternativa a exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, para que assim as pessoas não sejam mais condenadas com base na prova inquisitorial ¹⁴.

O sistema inquisitorial se manteve até os séculos XVII e XVIII. Como nos ensina Prado, com o Iluminismo iniciou-se o período moderno de administração da justiça, reduzindo e amenizando as características inquisitoriais dos procedimentos penais ¹⁵.

SISTEMA ACUSATÓRIO

A origem do sistema acusatório, segundo Aury Lopes, "remonta ao Direito grego, onde se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador" ¹⁶.

Conforme o autor ¹⁷, nos chama a atenção para o fato de que surge no Direito romano da Alta República duas formas do processo penal: *cognitio* e *accusatio*. A *cognitio* era encomendada aos Magistrados. Outorgava os maiores poderes ao Magistrado que esclareceria os fatos da forma que entendesse melhor. Porém, nos últimos anos da República, como nos ensina Aury Lopes ¹⁸, esse procedimento passou a ser considerado insuficiente escasso de garantias, especialmente no que toca às mulheres e aos que não eram cidadãos. Salienta-se que os cidadãos, caso condenados, poderiam se valer de um recurso de anulação.

A *accusatio*, acusação, era assumida espontaneamente por um cidadão do povo, tendo surgido no último ano da República. Desse modo, a persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado.

Porém, Aury Lopes ¹⁹ salienta que na época do Império o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para abarcar a necessidade de repressão aos delitos, de modo que os juízes começaram a proceder de ofício. O processo canônico que antes era marcado pelo acusatório também contribuiu para delinear o modelo inquisitório.

A partir dos séculos XVII e XVIII, após um difícil período de instauração do sistema inquisitório, este passa a ser reduzido e o sistema acusatório ganha forças.

Por sistema acusatório compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, qual seja, aquele que herda o nome de acusatório ²⁰. O marco político inquestionável foi a Revolução Francesa de 1789, que trouxe consigo as ideias humanitárias.

Salo de Carvalho menciona as características marcantes do modelo processual acusatório:

A característica principal do modelo acusatório é a concepção do juiz como sujeito passivo tanto no que concerne à iniciativa da ação quanto à gestão da prova, estando rigidamente separados das partes, principalmente do órgão acusador. Neste juízo oral e público, a decisão cabe ao juiz segundo seu livre convencimento, sendo impossível, pois, qualquer manifestação para instauração do processo e investigação *ex officio*. A separação entre o juiz e a acusação é o mais importante de todos os elementos do modelo acusatório. ²¹

Prado refere que a construção teórica do princípio acusatório há de consumir-se mediante oposição ao princípio inquisitivo. São antagônicas as funções que os sujeitos exercem nos dois modelos. Ao aludirmos o princípio acusatório, falamos de um processo de partes, quer do ponto de vista estático (por intermédio da análise das funções significativamente designadas aos três principais sujeitos), quer do ponto de vista dinâmico (pela observação do modo como se relacionam juridicamente autor, réu e seu defensor e juiz no exercício das mencionadas funções) ²². Além disso, deduzida a acusação, o Magistrado se libera da vinculação às iniciativas do autor, de modo a impulsionar a persecução penal oficialmente que ocorrera, conforme os princípios do contraditório, com paridade de armas, oralidade e publicidade.

44 RDP Nº 77 - Dez-Jan/2013 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA

Por isso a importância de adoção de papéis separados é primordial para que consigamos chegar em um devido processo legal, com todas as suas garantias que o Estado Democrático de Direito oferece. O estabelecimento da instituição do Ministério Público que possui uma pretensão acusatória, bem como o estabelecimento da defesa e do juiz com papéis bem determinados e distintos, contribui para uma possível igualdade entre as partes no decorrer do processo.

Para se esperar do processo jurídico um efeito legitimador, é necessário esclarecer o conceito de "adoção de papéis implícitos" (em resumo: adoção de papéis). No processo jurídico, todos os participantes tem de propor aos outros papéis, permanentemente em alternância, confirmar-lhes os seus papéis e apoiá-los na interpretação. Ao juiz corresponde, sobretudo, procurar que, mesmo no caso de uma comunicação penosa e pungente, todos os participantes possuam um espaço garantido de ação, que não os desvie ou irrite, mas, antes, lhe proporcione com tranquilidade uma boa execução ²³.

Poder-se-ia até mesmo dizer que no sistema acusatório o acusado passa a ser tratado não mais como objeto de investigação, mas sim como sujeito de direito, eis que o sistema traz uma série de garantias ao acusado, antes não previstas, tais como: contraditório, ampla defesa e princípio da inocência.

Frederico Marques e Pimenta Bueno corroboram tal entendimento:

O sistema acusatório transformou a fisionomia da persecução penal, visto que situou o réu e acusado, nessa atividade estatal, como sujeito de direitos, e não apenas como objeto de investigações. Processualizou-se a *persecutio criminis*, como atrás afirmamos, sem que o interesse público da punição do culpado ficasse diminuído ou debilitado. O juiz deixou de encarnar a função repressiva do Estado contra o infrator da lei penal, para permanecer imparcial e sereno, como órgão exclusivo da aplicação do Direito Penal objetivo, ou seja, da jurisdição penal propriamente dita. ²⁴

Por fim, muitas são as características do sistema acusatório, sendo a primordial delas a figura do juiz equidistante das partes, o que possibilita um julgamento com paridade entre elas.

Cabe destacar, a partir dos ensinamentos de Aury Lopes, que a principal crítica que se fez e se faz até os dias de hoje em relação ao sistema acusatório, que foi anteriormente exposto, é quanto à inércia do juiz, pois

este deve resignar com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro. ²⁵

Porém, como será trazido adiante, muitos erros ainda perfazem a realidade do sistema processual vigente, de modo que o sistema processual penal, a partir da separação de funções e a partir de um processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividades das partes, poderá criar as condições necessárias de imparcialidade. Problemática e hipóteses que serão trabalhadas em um próximo ponto.

SISTEMA MISTO

Antes de adentrar especificamente no sistema misto, insta salientar que os sistemas acusatório e inquisitório, anteriormente elencados, devem ser analisados por meio dos princípios que os regem, para, dessa forma, entender o código de processo penal e os próprios sistemas em si.

Para Coutinho, os princípios inquisitivo e dispositivo regem os sistemas penais inquisitório e acusatório, alegando que a "diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério da gestão de provas" ²⁶. De modo que, "se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão de prova, na forma pela qual é realizada, identifica o princípio unificador" ²⁷.

Nessa senda, Coutinho salienta que, no sistema inquisitório, o princípio que o rege é o inquisitivo, sendo a sua principal característica a "extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão de prova" ²⁸, de modo que nesse caso o acusado é, ainda segundo Coutinho, "mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor" ²⁹.

O sistema inquisitório possui, portanto, a principal característica de ter na mão do Magistrado a gestão da prova.

Por sua vez, no sistema acusatório, segundo Coutinho,

o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão de prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto. ³⁰

O autor conclui, então, acerca da temática ora apresentada, que

o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão de provas está primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil. No entanto, como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual se têm, todos como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há - e nem pode haver - um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que 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. É o caso, por exemplo, de o processo comportar a existência de partes, o que para muitos, entre nós, faz o sistema tornar-se acusatório. ³¹

Aury Lopes ³² salienta que, com o fracasso do sistema inquisitório e com a gradual transformação para o sistema acusatório, o Estado mantinha o poder absoluto de aplicação de penas, não podendo abandonar em mãos de particulares este poder, bem como a função de persecução, se fazendo necessário, portanto, uma divisão do processo em fases e dividir as atividades de acusar e julgar em mãos distintas. Neste modelo, a acusação continua com o monopólio estatal, mas realizada por meio de um terceiro distinto do juiz.

O Código de Processo Penal é inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 1941, na época do Estado-Novo (1937-1945), dentro de um regime interno ditatorial; desta forma, não é difícil de observar que o Código de Processo Penal reservou uma série de artigos legitimando a conduta ativa de um juiz.

A começar pela exposição de motivos do CPP, que autoriza a utilizar o princípio do *in dubio pro reo* de forma restrita, bem como prevê a possibilidade de o juiz ordenar a realização de provas para dirimir ponto relevante.

Segundo Aury Lopes ³³, o primeiro ordenamento jurídico que adotou este sistema misto foi o francês, em 1808, uma vez que foi o primeiro a separar a fase de investigação da de juízo.

Em uma obra ³⁴ que versa especificamente sobre o Código napoleônico, é exposto que, sob o ponto de vista puramente processual, a criação do Código de 1808 tinha o objetivo de eliminar os problemas que, ao longo da história, foram verificados no sistema acusatório e inquisitório, buscando-se adotar os aspectos positivos, determinando que o processo penal fosse dividido em duas partes. A primeira, seguindo o ideal inquisitivo, era destinada à busca de elementos para a formulação da acusação pelo Ministério Público, sendo realizada de forma escrita e em segredo. Por sua vez, a segunda parte seguia o ideal acusatório, se destinando à comprovação ou refutação dos termos contidos na ação penal, sendo realizado de forma pública e oral, passando a ser conhecido como misto.

No que toca ao ponto de vista histórico, essa obra ³⁵ nos chama a atenção para o fato de este novo Código ter passado a ser conhecido como civilizatório, na medida em que foi utilizado por diversos países da Europa como forma apta para substituir o já saturado sistema inquisitivo.

Muitas críticas ocorreram e ocorrem quanto a este Código napoleônico. Há alguns autores que digam que essa codificação não servia à democracia, uma vez que surgiu enquanto Napoleão Bonaparte era o imperador da França. Outros falam que esse modelo bifásico era, na verdade, um monstro de duas cabeças, porém naquele momento histórico, como nos demonstra essa obra especializada sobre o tema ³⁶, o Código foi a forma de conjugar dois mundos opostos: a ideologia inquisitiva arraigada no sistema judicial francês, e a esperança, construída ao longo da Revolução francesa, de um modelo de processo penal mais humano.

O sistema bifásico do Código napoleônico é, segundo Aury Lopes, uma fraude, uma vez que a prova é colhida no inquérito, que é inquisitório, sendo trazida na íntegra para dentro do processo. De modo que "o processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase" ³⁷. O juiz já estaria direcionado a julgar de determinada maneira.

Desta forma, pode-se concluir preliminarmente, portanto, que não há um sistema completamente inquisitório ou acusatório, devendo ser melhorado o sistema que possuímos para proteger cada vez mais as garantias constitucionais e afastar cada vez mais os traços inquisitórios que desacelerem este processo e distancie o ordenamento pátrio de um sistema mais justo, na busca de resolução de conflitos, tendo em vista que a busca por verdades, que pode ser apenas mais um instrumento inquisitório na mão daqueles que detêm o poder.

EM BUSCA DE UM SISTEMA QUE RESPEITE AS REGRAS DO JOGO: O SISTEMA DEMOCRÁTICO

Chega-se à conclusão da necessidade de adoção de um processo penal de argumentos demonstráveis, refutáveis empiricamente, de anulações de decisionismos ³⁸ e, ainda, de um processo enquanto situação jurídica, dinâmico, que proporciona expectativas, perspectivas, chances e cargas. A este processo agregou-se o caráter democrático ³⁹. Bobbio faz uma análise sobre a democracia e verifica que o seu futuro está, justamente, na defesa das regras do jogo:

O discurso sobre as regras do jogo é extremamente importante, e não pode ser eliminado se não se deseja cair diante de um problema mal posto e, nesta medida, insolúvel. E isto ao menos por duas razões. Antes de mais nada, porque o que distingue um sistema democrático dos sistemas não democráticos é um conjunto de regras do jogo. Mais precisamente, o que distingue um sistema democrático não é apenas o fato de possuir as suas regras do jogo (todo o sistema as tem, mais ou menos claras, mais ou menos complexas), mas sobretudo o fato de que estas regras, amadurecidas ao longo dos séculos de prova e contraprovas, são muito mais elaboradas que as regras de outros sistemas e, encontram-se hoje, quase por toda a parte, constitucionalizadas na Itália. Já tive a oportunidade de dizer, e não me canso de repetir, que quem não se deu conta de que por sistema democrático entende-se hoje preliminarmente um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal, mas não é a única, não compreendeu nada e continua a não compreender nada a respeito da democracia. ⁴⁰

O processo penal democrático respeita as regras do jogo. Evidente que quando se está a falar de regras do jogo, discorre-se não sobre um apanhado de regras quaisquer lançadas em um código que está a exigir da doutrina uma manual de entendimento. Fala-se de regras claras, objetivas dentro de um contexto científico-social, demonstráveis, refutáveis, enfim, que autorizem a instalação de uma discussão.

Cunha Martins, no mesmo sentido, aponta para a democraticidade como critério preponderante do processo penal. Para o autor, "dizer democrático é dizer contrário do inquisitivo, é dizer o contrário do misto e é dizer mais do que acusatório" ⁴¹. Sobre a evolução de um processo acusatório para o democrático, consigna:

Inquisitivo, o sistema não pode legalmente ser; misto também não se vê como (porque se é misto haverá uma parte, pelo menos, que fere a legalidade); acusatório, pode ser, porque se trata de um modelo abarcável pelo arco da legitimidade. Mas só o poderá ser a condição: a de que esse modelo acusatório se demonstre capaz de protagonizar essa adequação. Mais do que acusatório, o modelo tem que ser democrático. A opção por um modelo do tipo acusatório não é senão a via escolhida para assegurar algo de mais fundamental que ele próprio: a sua bandeira é a democracia e ele é o modo instrumental de garantir. ⁴²

Para uma melhor análise do que seria respeitar as regras do jogo, cabe salientar que, como nos ensina Aury Lopes, "foi Goldschmidt quem evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual" ⁴³. James Goldschmidt é o primeiro a falar em situação jurídica e não mais em relação jurídica, como proposto por Bülow.

A segurança jurídica nunca vai existir totalmente e não é nisso que devem ser fundados os alicerces de um direito penal democrático que siga as regras do jogo, pois, como expõe Aury Lopes,

essa dinâmica do *estado de guerra* é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e a segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza. O processo é uma complexa situação jurídica. ⁴⁴

A partir dos ensinamentos de que a segurança jurídica não existe, seguir as regras do jogo é estar de acordo com as garantias constitucionais, é respeitá-las e fazer valê-las, independentemente de qual parte desse jogo se está olhando.

Nessa senda, Aury Lopes salienta, então,

que a luta passa a ser pelo respeito às regras do devido processo e, obviamente, antes disso, por regras que realmente estejam conforme os valores constitucionais. A assunção desses fatores é fundamental para compreender a importância do estrito cumprimento das regras do jogo, ou seja, das regras do *due process of law*. ⁴⁵

De modo que, segundo o autor,

trata-se de lutar por um sistema de garantias mínimas. Não é querer resgatar a ilusão de segurança, mas sim assumir os riscos e definir uma pauta mínima de garantias formais das quais não podemos abrir mão. Trata-se de reconstruir a noção de segurança (garantia) a partir da assunção do risco, ou seja, perceber que a garantia somente se constitui a partir da assunção da *falta de*. ⁴⁶

Ante o exposto, clarifica-se a real necessidade de se buscar essas garantias constitucionais no dia a dia. Desde a busca teórica por aprimoramentos processuais, quanto a aplicação desses aprimoramentos na prática processual. Por mais brilhante que sejam os ensinamentos trazidos, só serão completos quando se puder, em casos práticos, torná-los de fato reais.

O grande desafio é ao comprovar e saber da necessidade de aplicação do processo penal a partir de garantias constitucionais, seguindo, de fato, as regras do jogo, fazendo valer estas regras. Os casos que serão analisados posteriormente são exemplos da possibilidade disso. Porém deve-se lutar em aplicar as regras do jogo não apenas em âmbito internacional, mas conseguir usá-lo de exemplo no dia a dia processual em nosso ordenamento jurídico e em nossos Tribunais. O desafio é, portanto, mais do que seguir as regras do jogo, mas conseguir aplicar as regras - certas - nos casos concretos.

CASO CASTILLO-ALGAR X ESPANHA E CASO 145/88 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ESPANHA

Embora se defenda que o nosso atual sistema é o misto, ainda não escapamos das exortações inquisitórias que permeiam nosso processo penal.

A regra da prevenção no Brasil, especificamente pelo Código de Processo Penal, está delimitada no art. 83 do CPP, que prevê:

Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c). ⁴⁷

Logo, a natureza da prevenção pode ser definida como um critério residual de determinação da competência, ou seja, subsidiário, remanescente, ao qual se recorre diante da impossibilidade de identificar o juízo competente apenas pela incidência das regras de delimitação da *potestad* jurisdicional em razão do local do crime e da residência ou domicílio do réu, bem como das hipóteses de modificação da competência por conexão ou continência ⁴⁸.

Assim, quando não for possível utilizar critérios preestabelecidos no Código de Processo Penal (lugar da infração, art. 70, § 3º, do CPP) para estabelecer a competência do juiz, deve-se aplicar o critério da prevenção.

Com efeito, o ponto nevrálgico da questão é saber se o critério da prevenção é o mais adequado, ou, melhor, se coaduna com o princípio da imparcialidade ⁴⁹ como um elemento essencial da função jurisdicional.

No sistema acusatório, como já vimos, a figura do acusador e do julgador deve ser feita por pessoas distintas; neste diapasão, como admitir a fixação da competência pela prevenção, se pela prevenção o juiz atua no processo desde o início, na posição de investigador e depois, posteriormente, cumprida a fase de diligências, atuará novamente no feito para decidir. Não cabe ao juiz exercer funções antagônicas: investigar, produzir provas, acusar e decidir.

Obviamente que o primeiro juízo sobre o fato irá orientar todas as próximas decisões do juiz no decorrer do processo penal. Irá se contradizer se, em um primeiro ato, ordenar a prisão preventiva de um acusado e, posteriormente, em um segundo ato, vier a absolver o acusado. No processo há uma lógica de regras a serem cumpridas.

Vários são os exemplos que corroboram a violação ao princípio da imparcialidade. O juiz, ao produzir prova de ofício (art. 156 do CPP), está investigando, logo, quebra com a estética da imparcialidade.

O art. 385 do CPP noz remete a outro exemplo infundado, eis que o juiz pede para avançar no processo, pede a condenação do acusado mesmo quando o Ministério Público pede sua absolvição, tal exemplo viola o princípio da correlação e da imparcialidade.

Sobre a garantia da imparcialidade, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem se manifestado, que, diante da prática de determinados atos jurisdicionais, é a mera possibilidade de contaminação subjetiva do juiz, observada de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, que o torna impedido de participar do julgamento do feito ⁵⁰.

Ou seja, o juiz que participou dos atos de investigação não poderá participar do julgamento do acusado. Inúmeros casos serviram de paradigma para novas decisões, em alguns (Obersclick vs. Áustria), o TEDH considerou ter sido violado o direito do acusado de ser julgado por um Tribunal imparcial, na medida em que os Magistrados da Corte de Apelação já tinham proferido uma decisão em fase anterior do processo. Em outras decisões (Heinrich Pfeifer vs. Margit Plankl), manifestou o TEDH violação ao art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que prevê:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

[52](#) RDP Nº 77 - Dez-Jan/2013 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA

Já no caso *Castillo Algar vs. Espanha*, o réu obteve condenação de três meses e um dia de prisão; porém, o TEDH em entendimento contrário, ou seja, favorável ao réu, entendeu ter sido violado o direito a um julgamento imparcial, eis que a Corte Militar (que o condenou originariamente) afirmou existirem indícios suficientes de que o acusado havia praticado o delito narrado na denúncia, e, ainda, um dos membros que julgou primeiramente, participou também do segundo julgamento [51](#).

Neste sentido, outro exemplo a ser trazido está no art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica que também traz preocupações sobre a garantia de um julgamento independente e imparcial. Dispõe o artigo:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza

Ainda nesta esteira, oportuno referir o Caso 145/88 do Tribunal Constitucional da Espanha, que, sob influência do TEDH, declarou nesta sentença que a investigação prévia ao julgamento no processo desenhado pela Lei Orgânica nº 10/1980 [52](#) não apenas não salvaguarda, mas também contraria aquele princípio (de que o juiz que investiga não pode julgar), e a necessária imparcialidade constitucionalmente exigida desde 1978 [53](#).

E assim concluiu o Tribunal Constitucional espanhol:

O fato de ter o Magistrado feito qualquer intervenção durante a investigação de uma causa criminal [...] pode provocar no seu ânimo, por mais bem intencionado que esteja, preconceitos e impressões favoráveis ou contrárias ao acusado que o influenciem na hora de sentenciar. E essa possível contaminação reveste-se de relevância em face da aparência de que o julgador não enfrenta o caso com plena imparcialidade. [54](#)

Diante de tudo isso, é necessário que o Brasil comece a adotar os exemplos aqui trazidos pelo TEDH e pelo Tribunal Constitucional da Espanha, com o objetivo de se colocar em posição alheia às partes do processo, ou seja, se colocar na posição "terzietà" [55](#), onde, desta forma, não será apenas um justiceiro social, mas corresponderá às expectativas jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo penal, como demonstrado no decorrer do presente artigo, passou por inúmeras transformações no que toca aos sistemas inquisitório e acusatório. Ao longo dos séculos foram observados avanços e retrocessos quanto ao grau de acusatoriedade nos ordenamentos jurídicos.

Além dos avanços históricos que foram demonstrados, algumas discussões acerca dos sistemas que regem o processo penal brasileiro foram chamadas para o debate de forma crítica, buscando-se ao menos hipóteses de como transformar o processo penal brasileiro em um ordenamento que está de acordo com um Estado Democrático de Direito.

A busca por este Estado Democrático e por um processo que siga as regras do jogo foi exposta de modo a tentar fomentar os debates acerca dessa temática, entendendo o que significa seguir as regras do jogo e a maneira de fazê-lo.

Além disso, parar elucidar essa busca pelo cumprimento de regras do jogo e de um sistema que cumpra as garantias constitucionais, foram trazidos casos na esfera internacional, a fim de tentar mostrar a importância não apenas de efetivar tais garantias na teoria mas também na prática.

Desse modo, clarifica-se a importância da temática abordada no presente artigo e conclui-se que os debates acerca dos sistemas inquisitório e acusatório devem romper o cenário teórico e acadêmico e estar cada vez mais presente na prática forense, pois talvez esta seja a única maneira real de efetivar as garantias processuais constitucionais.

Não se pode pensar o direito como fato isolado, sozinho, pois ele faz parte de um sistema que está sempre em constante mudança, eis que na contemporaneidade tudo se comunica. Quando da promulgação da CF/1988, na ocasião houve diversos choques e conflitos entre algumas leis já promulgadas e a Carta Magna que acabava de entrar em vigor.

Assim sendo, não se trata de pensar em um sistema ideal como um sistema inerte, que não avança, que não modifica, mas, sobretudo, pensar em um Estado Democrático de Direito sempre de um determinado momento histórico, interdisciplinar e intersistêmico.

Trabalhar com a ideia de um sistema misto ou acusatório foi suficiente em um determinado momento histórico, o que não significa dizer que temos que aceitar que esses sejam nossos sistemas atuais e ideais no atual Estado Democrático de Direito, o qual nos encontramos hoje. A dinâmica faz parte do sistema.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca (Org.). *Código de instrução criminal francês de 1808*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, a. 1, n. 1, 2001.
- EMERICO, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Trad. Manoel João Gomes. Edições Afrodite.
- GIACOMOLLI, Nereu; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da Ajuris*, n. 102, 2006.
- GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. 2. ed., 1484.
- LOPES, Aury Jr. *Introdução crítica ao processo penal*. Fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2009.
- _____. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES, Aury Jr.; ALFLEN, Pablo Rodrigues da Silva. Breves apontamentos *in memoriam* a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como "situação jurídica". In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Universidade de Brasília, 1980.
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal*. Da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MARQUES, Frederico; BUENO, Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- _____. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

