



Civitas - Revista de Ciências Sociais

ISSN: 1519-6089

civitas@pucrs.br

Pontifícia Universidade Católica do Rio
Grande do Sul
Brasil

Khaled Jr., Salah Hassan

O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?

Civitas - Revista de Ciências Sociais, vol. 10, núm. 2, mayo-agosto, 2010, pp. 293-308

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Porto Alegre, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74221650008>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal

Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

O Sistema Processual Penal brasileiro

Acusatório, misto ou inquisitório?

The Brazilian criminal procedural system

Accusatory, mixed or inquisitorial?

*Salah Hassan Khaled Jr.**

Resumo: Este artigo discute a questão dos sistemas processuais penais e da investigação preliminar no sistema processual penal brasileiro a partir das contribuições das ciências sociais e da parcela mais progressista da doutrina processual penal em relação ao tema. A intenção é agregar a abordagem de Michel Misse e Roberto Kant de Lima a uma discussão que costuma ter caráter estritamente dogmático, enriquecendo-a desde outras perspectivas de interpretação. No que se refere aos processualistas, são empregados no presente artigo Aury Lopes Jr., Salo de Carvalho e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. A metodologia utilizada foi a de análise e cruzamento da literatura pertinente ao problema em questão, chegando-se à conclusão de que o sistema brasileiro acaba conformando na realidade concreta um sistema inquisitório, através da deformação a que são submetidas na prática as previsões legais.

Palavras-chave: processo penal, inquérito policial, verdade real, sistema acusatório, sistema inquisitório

Abstract: This article discusses the criminal procedural system and the preliminary investigation in the Brazilian criminal justice system, utilizing the contributions from the social sciences and the more progressive doctrine of the criminal procedure in relation to the subject. The intention is to add the approach of Michel Misse and Roberto Kant de Lima to a discussion that usually is strictly dogmatic, enriching it with other perspectives of interpretation. Regarding the criminal procedure, the authors employed in this article are Aury Lopes Jr., Salo de Carvalho and Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. The methodology employed was the analysis of literature relevant to the problem at hand. The conclusion is that the Brazilian system is in reality an inquisitorial system, as the legal provisions are, in practice, suffering from deformation.

Keywords: criminal process; preliminary investigation; inquisitorial system

* Professor assistente da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doutorando em Ciências Criminais PUCRS. <prof_salah@terra.com.br>.

Civitas	Porto Alegre	v. 10	n. 2	p. 293-308	maio-ago. 2010
---------	--------------	-------	------	------------	----------------

Introdução

Uma vez que o artigo em questão ataca o problema da caracterização do sistema processual brasileiro, é importante definir – ao menos de forma introdutória – o que caracteriza os diferentes sistemas processuais penais, a partir de seus traços inquisitórios e acusatórios. Em um sistema acusatório o processo é público, o juiz é um árbitro imparcial e a gestão da prova se encontra nas mãos das partes. A investigação sigilosa e a quebra de imparcialidade do juiz (que assume a dupla função de acusar e julgar) é o que caracteriza, sobretudo, o sistema inquisitório. Um sistema acusatório é tendentemente democrático, enquanto um sistema inquisitório é dado a práticas punitivas autoritárias.

O sistema processual penal brasileiro tem uma fase preliminar – o inquérito policial – de caráter inquisitório e uma fase processual acusatória, ou pelo menos, proposta como acusatória, pois comporta dispositivos de caráter inquisitorial que comprometem a posição de imparcialidade do juiz. Tal sistema é referido por boa parte dos processualistas – os mais conservadores – como sendo misto, mas predominantemente acusatório. No entanto, na prática a introdução da categoria “misto” efetivamente borra algo que deveria ser nítido, ou seja, desfigura o sistema acusatório mas dá a ilusão de que ele se encontra em vigor.

A questão da verdade também é um elemento central na definição dos sistemas processuais penais como acusatórios ou inquisitórios. De acordo com Garapon e Papapoulos, os sistemas processuais se caracterizam por um determinado modo de produção da verdade (Garapon e Papapoulos, 2008, p. 12). Kant de Lima, de forma semelhante, apontou a existência de diferentes sistemas de produção de verdades jurídicas (Kant de Lima, 1989). Portanto, a definição de um sistema como acusatório ou inquisitório também passa pelos procedimentos empregados para obtenção de “verdades”. A chamada busca da “verdade real” é, por exemplo, uma categoria chave para mensurar o funcionamento da dinâmica processual arbitrária do sistema brasileiro.

Será a partir dos pontos acima relacionados que a questão será aqui enfrentada, tomando em conta as características do sistema acusatório e do sistema inquisitório, assim como a estrutura inquisitória da chamada investigação preliminar, a partir do problema colocado pela forma com que a dita verdade jurídica é produzida. Essa apreciação levará em conta os mecanismos de produção da verdade adotados pelos sistemas clássicos e o formato de produção do saber no sistema brasileiro contemporâneo.

1 Breve história e análise dos sistemas processuais penais

Antes que a análise possa se deslocar para os problemas atinentes ao sistema processual brasileiro e sua investigação preliminar, é necessária uma apreciação da trajetória histórica dos modelos processuais penais contemporâneos, para que seja compreendido o sentido dos termos acusatório, inquisitório e misto.

O sistema inquisitório remonta à Inquisição, como a própria nomenclatura claramente indica. Curiosamente, a Inquisição não tinha relação direta com a criminalidade – portanto com a defesa ou retribuição perante o dano ao patrimônio, ou à vida –, mas sim ao desvio em relação aos dogmas estabelecidos pela Igreja, que se viam ameaçados pela proliferação das novas crenças heréticas, no contexto da Reforma religiosa do século XVI. O aparato de repressão inquisitorial apresentava características muito específicas e tinha como fundamentação uma série de verdades absolutas, que giravam em torno do arcabouço ideológico oferecido pelo dogmatismo religioso da época. Sem dúvida, tratava-se de um campo de saber de envergadura considerável, o que pode ser percebido pela existência de um conjunto de técnicas para atingir os fins a que se propunha, reunidas no Manual dos Inquisidores, de Eymerich. Um saber que, como Carvalho afirma, “não é ingênuo nem aparente, mas real e coeso, fundado em pressupostos lógicos e coerentes, nos quais grande parte dos modelos jurídicos autoritários contemporâneos, alguns ainda em vigor, busca(ram) inspiração” (Carvalho, 2003, p. 6).

O juiz inquisidor atuava como parte, investigava, dirigia, acusava e julgava. Convidava o acusado a declarar a verdade sob pena de coação. Tamanha era a característica persecutória do sistema, que sequer havia constatação de inocência na sentença que eximia o réu, mas um mero reconhecimento de insuficiência de provas para sua condenação. A confissão era entendida como a prova máxima e não havia qualquer limitação quanto aos meios utilizados para extrai-la, visto que eram justificados pela sagrada missão de obtenção da verdade. O modelo processual da Inquisição dispensava a cognição e critérios objetivos, gerando uma subjetivação do processo que, de fato, o afastava da comprovação de fatos históricos, supostamente o objetivo por trás da ambição de verdade que o movia (Lopes Jr., 2005, p. 162). É nesse sentido que Carvalho constata que as regras do direito canônico impunham instrumentos de gerenciamento, produção e valoração da prova que apenas ratificavam as hipóteses acordadas. É por isso que o autor diz que “o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz” (Carvalho, 2003, p. 21-22). Constituiu-se assim uma “verdade”

que reproduzia as convicções pessoais do inquisidor, o qual extraía através da força a confirmação pelo réu da hipótese que ele, o juiz, havia fabricado. Bastava um mero rumor para dar início à investigação, sendo que a prisão era regra, pois assim o inquisidor tinha o acusado a seu dispor, para torturá-lo e obter a confissão. As características do sistema conformavam uma objetificação de corpos: para o inquisidor, era necessário dispor do corpo do herege. Esse corpo era esquadrinhado, decomposto analiticamente e recomposto como objeto de um saber possível, de acordo com a conformação dogmática de um conjunto de verdades e procedimentos preestabelecidos.

Com o advento da modernidade e o surgimento da codificação, acreditava-se que o sistema inquisitório seria finalmente superado por um modelo acusatório. A partir de Locke e Voltaire constitui-se gradualmente a idéia de tolerância, que seria depois transposta para o direito penal iluminista por Beccaria e Verri. Do repúdio às arbitrariedades do período absolutista, foram colocados os fundamentos do direito penal moderno, cuja característica era de uma intervenção limitada e restrita, bem como de tutela de liberdades individuais diante de um Estado propenso a violar tais liberdades. Como afirma Carvalho, “com a laicização do Estado e do direito, o crime não corresponde mais à violação do divino, mas à livre e consciente transgressão da norma jurídica promulgada pelo Estado, submetendo o infrator à penalidade retributiva decorrente do inadimplemento [...]” (Carvalho, 2003, p.43). Portanto, havia um significado humanitário no paradigma, sendo empreendida uma racionalização do poder punitivo, buscando garantir o indivíduo contra toda a intervenção autoritária. Como destaca Kant de Lima, “para a consecução deste objetivo é necessário que o Legislativo anteveja os ‘casos’ que os juízes vão julgar, para fazer leis que a eles se ajustem e impedir ao máximo o arbítrio das decisões judiciais, sempre possível nos casos ‘não previstos na lei’” (Kant de Lima, 1989, p. 69).

A importância das inovações jurídicas trazidas no contexto da modernidade não deve ser subestimada: Michel Misse considera que a socialização da acusação social foi um dos mecanismos fundamentais que permitiram, no Ocidente, o desenvolvimento de dispositivos de neutralização e domínio da acusação que possibilitaram a concentração dos meios da administração legítima da violência no Estado. A partir daí foram definidos os cursos de ação criminalizáveis, passando tais dispositivos a filtrar as acusações através de complexos processos de incriminação (Misse, 2007, p. 13). Segundo Misse, a incriminação distingue-se da pura e simples acusação pelo fato de que ela retoma a letra fria da lei, faz a mediação de volta da norma à lei, ainda que sob a égide da norma. Cabe à lei “trabalhar” a ambivalência (e os possíveis

interesses) da acusação e do acusado, assim como de todo o investimento de poder que carregam, isto é, cabe à lei oferecer legitimidade a um processo que, de outro modo, padeceria de neutralidade. A exigência de neutralidade no processo de incriminação associou-se, na modernidade, segundo o argumento de Weber, ao desenvolvimento de um direito racional e a centralização no Estado das atribuições da administração da justiça. Sendo assim, a incriminação deverá seguir um percurso racional-legal que, beneficiando-se da informação acusatorial a neutralize em seguida, através de procedimentos impessoais, de modo a construir, por meio de provas e testemunhos, a “verdade” da acusação (Misse, 2007, p. 17).

Portanto, com o desenvolvimento de um modelo-racional legal, a verdade passaria a ser construída em um procedimento racionalizado e ritualizado, com conformação de garantia contra o autoritarismo. Certamente que mesmo limitada pela lógica da modernidade, a crença na razão importava em um avanço face ao sistema inquisitório. O problema é que a própria crença na razão se tornaria justificativa para a não realização do modelo e para sua desfiguração, a partir do surgimento de um novo tipo de dogmatismo: a cientificidade oitocentista.

Além disso, deve ser destacado que apesar de ter sido utilizado para impulsionar a ascensão da elite burguesa ao topo da hierarquia social, esse corpo de saber ilustrado logo perdeu boa parte de seu caráter humanista, já que esgotada sua utilidade para o novo grupo dirigente. Cumpre lembrar que não basta observar apenas a coerência interna de um discurso, mas sim os efeitos por ele produzidos no campo das práticas. Houve decididamente uma desfiguração do modelo na transposição da teoria para a prática. Essa distorção não foi fruto do acaso: sua ocorrência se deu de acordo com o que era ou não conveniente para a nova configuração de poder que então se estabelecia. É nesse sentido que a modernidade é decididamente ambígua. O mundo moderno é um mundo de paradoxos. Ou seja, em termos de processo penal e práticas punitivas, a ruptura entre antigos e modernos não foi tão significativa como deveria ter sido.

Inicialmente o caráter humanista das reformas penais foi suprimido em nome de uma cientificidade que propunha a neutralidade absoluta e, posteriormente, por uma guinada ideológica que retomou grande parte dos males da inquisição, ainda que sob outros pressupostos: a criminologia positivista. Portanto, o que surgiu como direito de resistência ao autoritarismo estatal acabou por ser transposto para uma lógica de conformação da nascente ordem burguesa, descaracterizando em grande margem o projeto reformador ilustrado, em prol do nascimento da sociedade disciplinar. Como indica Misse,

o que define crime, no âmbito do Estado, não é apenas a letra da lei, mas sua realização legal, que depende de toda uma processualística racional-legal de interpretação oficial do evento (Misse, 2007, p. 19). Essa processualística foi concebida com caráter de garantia. No entanto, esse caráter logo foi comprometido no momento de transposição concreta para uma prática: o sistema implantado logo assumiu características inquisitórias.

Esse argumento é facilmente demonstrável, pois o *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808 operou uma cisão entre investigação e juízo, deixando a investigação inteiramente em âmbito inquisitório. Percebe-se claramente que o poder não podia abrir mão do controle sobre a produção do saber. Novamente reinava a ausência de contraditório, uma vez que o sistema delegava inteiramente à investigação pré-processual o estabelecimento da “verdade histórica” sobre o qual o juiz aplicaria a regra. Pela ausência de freios ao poder, o saber acabava por ser autoritário, pois a suposta verdade histórica era constituída de acordo com a conduta tipificada que a investigação preliminar – inquisitória – pretendia atribuir ao acusado. O caráter de potencial garantia do sistema se perdia por completo.

Não basta apenas definir que somente certas condutas são criminosas, através de processos de criminalização e depois de constatar a ocorrência de tais condutas (criminação) imputá-las arbitrariamente a quem bem entenda o poder estabelecido, desfigurando o aspecto de possível garantia ritualizada através da incriminação. Sem um controle efetivo, que só pode ser proporcionado através da ampla defesa, do contraditório e da separação das funções de acusar e julgar, o saber que resultava de tal modelo restava inteiramente viciado: a dinâmica de funcionamento transformava o que devia ser garantia em um procedimento – ainda que ritualizado – de sujeição criminal. E o que é pior: a sujeição era visível em ambas as etapas do sistema proposto.

A abertura que havia sido proposta ao sistema inquisitório ficava para trás, limitada ao papel. Não é fácil subverter a conexão entre prova, verdade e história que deve se constituir em um limite ao poder, pois de certa forma, ela é evidente. No entanto, essa relação foi artilosamente encoberta. Se no sistema da Inquisição o juiz apenas confirmava uma verdade a que ele mesmo havia dado origem, no sistema bifásico, a “verdade” obtida também não correspondia aos fatos, mas sim, às intenções dos investigadores originais. Como Lopes Jr. afirma, Napoleão “como ‘bom’ tirano jamais concordaria com uma mudança dessa natureza [do inquisitório para o acusatório] se não tivesse certeza que continuaria tendo o controle total, através da fase inquisitória, de todo o processo” (Lopes Jr., 2005, p. 165).

Em suma, enquanto o direito civil moderno foi concebido para proteger os interesses dos proprietários, o direito penal posto em movimento através do processo assumiu conformação de manutenção da ordem a partir da criminalização de condutas que colocavam em risco a própria estrutura social. Como o objetivo por trás do sistema era manter a ordem, foi concedida grande margem de discricionariedade ao arbítrio judicial quanto à confirmação de hipóteses acusatórias. Isso fez com que o a constatação de eventos criminais conduísse a um procedimento eminentemente pragmático de incriminação que consagrava na prática, a sujeição criminal, em franca oposição ao caráter garantista originalmente proposto.

Percebe-se que a verdade como instrumento de resistência face ao poder era tão inconcebível nesse sistema como na Inquisição. A verdade simplesmente não era colocada em questão no processo, não era vista como um ponto de disputa, de tensão; era simplesmente dada pelos desígnios do poder. Por incrível que pareça, apesar da sua precariedade teórica e arbitrariedade política, esse sistema ainda persiste e é defendido com convicção que beira o fanatismo religioso, em plena sociedade atual. O sistema brasileiro é caracterizado por muitos como misto justamente a partir de tais premissas, o que é uma grande ilusão, com reflexos desastrosos para o acusado. Nesse sentido, um dos autores que mais tem se destacado na denúncia da falácia do sistema misto é Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

A partir da noção de princípio unificador, Coutinho sustenta que o dito sistema misto (como é inclusive o suposto caso do sistema brasileiro atual) é um sistema essencialmente inquisitório. Embora em outros casos sistemas mistos possam ser majoritariamente acusatórios, o fato é que qualquer comprometimento na estrutura acusatória do sistema já basta para caracterizá-lo como inquisitório. Inclusive pode ser dito que não há efetivamente nenhum sistema plenamente acusatório em vigor em escala mundial, seja na estrutura da *civil law* (continental) ou na estrutura da *common law* (anglo-americana), como será visto posteriormente. Em suma: a Inquisição ainda vive, ou pelo menos o sistema por ela proposto, considerado por Coutinho como o maior engenho jurídico que o mundo já conheceu (Coutinho, 2001, p. 18).

Tendo ficado claro o sentido que adquiriu a separação do processo em duas etapas, com a adoção de uma fase preliminar inteiramente inquisitória no sistema clássico francês, pergunta-se: qual seria o caso do sistema processual penal brasileiro? Em que espécie de distorção implica a atribuição da investigação preliminar à autoridade policial? Será que representa um caso de comprometimento maior ou menor da estrutura acusatória comprometida no sistema napoleônico? E quanto à fase processual propriamente dita? Que

distorções podem ser percebidas na mesma e de que forma elas comprometem ou não o caráter acusatório do sistema?

2 O sistema processual penal brasileiro e sua caracterização: acusatório, misto ou inquisitório?

Não há dúvida: a discussão sobre o formato e as condições de produção do saber, ou seja, sobre o modo de produção da verdade é, invariavelmente, uma discussão sobre a opção necessária entre um processo penal constitucional de um Estado Democrático de Direito ou um processo penal com viés autoritário e persecutório, herdeiro da Inquisição. A partir desse parâmetro de aferição, fica colocada em questão a caracterização do sistema processual penal brasileiro. Para Kant de Lima, “no Brasil, uma ordem constitucional igualitária é aplicada de maneira hierárquica pelo sistema judicial. Diferentes tratamentos legais são dispensados às mesmas infrações, dependendo da situação social ou profissional do sujeito” (Kant de Lima, 1995, p. 1). Segundo Misse, “o problema é que no Brasil, o Estado nunca conseguiu completamente o monopólio do uso legítimo da violência, nem foi capaz de oferecer igualmente a todos os cidadãos acesso judicial à resolução de conflitos” (Misse, 2008, p. 374). Portanto, mesmo preliminarmente já pode ser percebido que o sistema brasileiro se mostra precário no que se refere à produção de verdades judiciais, na medida em que entram em questão critérios que extrapolam por completo a verificação de responsabilidade jurídica pela prática de um fato típico, antijurídico e culpável, de acordo com os critérios da dogmática penal. Ou seja: há obstáculos nitidamente visíveis à concreta implementação de um modelo racional-legal de produção de “verdades” judiciais.

Apesar de tais considerações, parte significativa dos processualistas penais afirma que no Brasil vigora um sistema misto, predominantemente considerado como acusatório. O nome mais destacado dessa corrente é, provavelmente, Fernando Capez. No entanto, tais processualistas ignoram aspectos de ordem empírica e normativa que desmentem essa caracterização. O formato da investigação preliminar brasileira (assim como as condições em que ela se dá) e alguns dispositivos inquisitoriais de caráter processual mostram o quanto é equivocada essa posição, como bem percebeu Kant de Lima (Kant de Lima, 1989, p. 75). A constatação do autor é, inclusive, compartilhada pela doutrina mais progressista em relação ao tema: o comprometimento do modelo acusatório brasileiro se dá nas duas etapas, ainda que seja mais evidente na fase preliminar.

O fato é que cada etapa tem problemas que lhe são peculiares, mas que desfiguram em maior ou menor grau a estrutura acusatória do procedimento

penal, a ponto de não ser possível caracterizá-lo como acusatório (e muito menos como misto, sistema que sequer existe, como sustenta Coutinho). Nesse sentido, Kant de Lima constatou “a ambiguidade de nosso sistema processual, autodenominado de *misto*, enquanto que as práticas “[...] *propriamente policiais*, são “levadas de mão em mão”, “transacionadas”, constituindo-se em verdadeira *tradição inquisitorial*” (Kant de Lima, 1989, p. 75). Segundo Misse, a fase policial do processo de incriminação ganha autonomia e importância maior de acordo com o grau de exclusão e segregação social (logo de distância social máxima) do acusado. Dependendo de como se estabeleça a relação entre sujeição criminal e distância social, podem se alargar extensões sociais da sujeição criminal para ruas, favelas, bairros ou uma parte inteira da cidade, bem como todos os traços sociais distintivos de classe, gênero, idade e raça. Isso sem falar no estoque de imagens lombrosianas acumuladas pela polícia ao longo dos anos e a abertura de avenidas para diminuir a distância social e permitir a “negociação” (Misse, 2007, p. 23-24).

Tanto Kant de Lima quanto Misse consideram que a inexistência de uma possibilidade de “negociação” no processo penal acaba fazendo com que essa dinâmica seja transferida para a polícia, onde ocorre de forma muito diferenciada de acordo com a condição social do investigado em questão. Sob muitos aspectos, a negociação acaba por assumir caráter de sujeição, especialmente para populações em situação de risco. Kant de Lima procurou analisar a problemática envolvida na negociação nos processos de incriminação a partir de uma comparação entre as tradições jurídicas da *common law* (anglo-americana) e da *civil law* (continental) (Kant de Lima, 1989, p. 76). De forma semelhante, Misse refere que a tradição anglo-saxã estabeleceu dispositivos que permitem que os agentes da incriminação possam negociar as acusações. Uma vez que isso não é possível no sistema brasileiro, a acusação moral não pode ser atenuada legalmente por uma negociação, o que faz com que se transfira para a polícia, ilegalmente, um mercado clandestino que possibilita o desenvolvimento de tais negociações. Cria-se uma dimensão de negociação “moral”, microsocial, do legalismo e das normas sociais gerais (Misse, 2007, p. 18-19).

Na verdade, em ambos os casos (americano e brasileiro) é possível perceber uma abertura para práticas inquisitoriais. Se por um lado a inexistência dessa possibilidade no contexto brasileiro gera distorções na investigação preliminar conduzida pela polícia, por outro lado, no contexto americano os traços inquisitórios podem ser percebidos a partir de um viés distinto daquele a que estamos acostumados no Brasil. Nesse sentido, é forçoso discordar – ao menos parcialmente – de Kant de Lima quando ele diz que “ao contrário do

sistema americano, no qual a acusação tem que provar a culpabilidade do réu, no Brasil é o réu que tem que provar, na prática, sua inocência” (Kant de Lima, 1995, p. 6). A objeção parcial que poderia ser feita a esse comentário está no fato de que o processo acaba sendo destinado a poucos casos no sistema americano, o que subverte sua potencial função de garantia contra a arbitrariedade das práticas punitivas.

No sistema americano a concentração das funções de acusar e julgar vem ocorrendo nas mãos do Ministério Público, em um momento pré-processual, através da profusão cada vez maior de barganhas (o chamado *plea bargaining*) na esfera jurídico-penal. Tais barganhas não fazem parte do processo propriamente dito, motivo pelo qual tem sido inclusive criticadas por parte significativa do judiciário norte-americano. É possível inclusive discutir a própria “verdade” da acusação e não somente a pena, como na transação penal brasileira. Hoje se estima que oitenta a noventa por cento da população carcerária americana advém de condenações “barganhadas” que evidenciam um enorme desequilíbrio de forças entre acusado e acusador, assim como uma alarmante descrença no processo penal, que acaba sendo reservado apenas para os abastados, que não aceitam a oferta da acusação (Garapon e Papapoulos, 2008, p. 57-66).

Diante desse contexto, tomar o sistema penal americano como exemplo pode ser extremamente perigoso, uma vez que a sujeição criminal decorrente dessa abordagem – chamada de econômica – é mais do que evidente. Os processos de incriminação são deixados de lado a partir de uma negociação que configura evidente violência simbólica por parte dos promotores americanos. São rotineiros os casos de aceitação de penas de décadas de duração diante da ameaça de prisão perpétua ou pena de morte caso o acusado opte pelo processo penal. Portanto, parece claro que em ambos os casos etapas consideradas preliminares estão perpassadas por relações de poder que fazem com que os traços inquisitórios acabem sendo predominantes.

Por outro lado, também merece menção o fato de que o sistema de *plea bargaining* americano já obteve alguma recepção (bastante limitada, inclusive na extensão do que se negocia e no que se refere ao próprio cabimento da negociação) no Brasil, ainda que restrita ao âmbito dos juizados especiais criminais. Isso não impede que parte significativa da doutrina seja extremamente crítica dessa inovação, que caracteriza – pelo menos indiretamente – justamente o que Misse chama de sujeição criminal, com a distinção de que não se trata de sujeição à polícia, mas ao órgão do Ministério Público: um acusado com menores condições financeiras é muito mais propenso a aceitar o acordo diante da ameaça que representa a instauração do processo do que um acusado com

condições de contratar uma defesa de primeira linha. Todavia, é importante que tais considerações não levem a uma percepção equivocada: as críticas ao modelo que por vezes é chamado de consensual não significam que o sistema brasileiro regular não tenha falhas, pelo contrário.

É nesse sentido que a afirmação de Kant de Lima de que “no Brasil o réu deve provar na prática, sua inocência” desperta também outras indagações, pois no sistema brasileiro, a previsão constitucional é de um processo acusatório, onde a titularidade da ação penal pertence exclusivamente ao Ministério Público (salvo casos de iniciativa privada); já ao juiz – enquanto juiz natural – cabe o papel de garantidor dos direitos fundamentais do acusado no processo. Como pode haver então, uma distorção tão grande da normatividade no momento de sua vivência concreta? Eis aí a grande questão: como resolver o problema brasileiro, que reside na (in)eficácia e (in)efetividade das previsões constitucionais, que tendem a ser deformadas por um conjunto de práticas conservadoras na fase preliminar e na fase processual propriamente dita? Trata-se de um problema que está claramente para além de qualquer normatividade, uma vez que diz respeito a opções de ordem política e corporativa daqueles que atuam no sistema penal.

Nesse sentido, a apreciação de Kant de Lima não pode ser considerada equivocada. Não é ausente de fundamento a afirmação de que na prática o réu precisa provar sua inocência. O maior problema nesse sentido decorre da insistência na leitura isolada de interpretação constitucional de dispositivos do Código de Processo Penal (datado de 1941, em pleno Estado Novo), que tem nítida característica inquisitorial. Outro grande problema é a consideração dos elementos do inquérito policial para efeito da decisão a ser tomada pelo juiz no processo, como bem observou o próprio Kant de Lima (Kant de Lima, 1989, p. 76). Como assinala Kant de Lima, “A polícia justifica o seu comportamento ‘fora-da-lei’ alegando ter certeza de que possui o conhecimento testemunhal, ‘verdadeiro’ dos fatos: ela estava lá. Alega, também, que em certas ocasiões é necessário ‘tomar a justiça em suas próprias mãos’” (Kant de Lima, 1989, p. 76). Inclusive a própria atitude da autoridade policial com relação aos investigados é forte indicativo da precariedade dos elementos “probatórios” que são recolhidos na etapa preliminar e, logo, da necessidade de sua desconsideração na etapa processual.

Tais constatações reforçam a posição que a doutrina mais progressista vem tendo em relação ao tema. É nesse sentido que Lopes Jr afirma – a partir da distinção entre atos de investigação e atos de prova – a impossibilidade de admitir-se uma verdade que não é processual, visto que é somente no processo que há uma estrutura dialética onde pode haver observância das garantias de

contradição e defesa (Lopes Jr., 2005, p. 257). Todavia, apesar dos comentários de ambos os autores, juízes permanecem tomando decisões com base em subsídios colhidos no inquérito policial. De forma surpreendente, ignora-se a originalidade que deve pautar a etapa processual, permitindo a valoração de elementos originados em uma etapa meramente investigatória, passível de um número muito maior de distorções. Por isso não faz sentido falar em sistema misto ou sistema bifásico. O sistema é acusatório ou inquisitório. Não basta afirmar que é acusatório e permitir a utilização de elementos da fase inquisitória, que contaminam e comprometem a possível estrutura acusatória da segunda etapa. Seguir essa trilha significa perpetuar a ingerência do poder sobre o saber: significa seguir a trilha ditatorial estabelecida por Napoleão em pleno refluxo da Revolução Francesa. Certamente que esse não pode ser considerado um modelo apto para uma sociedade que pretende ser democrática, ainda mais em função da imensa dimensão de sujeição criminal imposta pela polícia e pelo próprio processo às populações em situação de risco.

É por isso que se por um lado aqui é feita uma crítica às apreciações favoráveis do sistema americano, também é importante dizer que o Brasil está quase cem anos atrasado em matéria de investigação preliminar. A atribuição da condução da investigação preliminar à polícia já é letra morta há muito tempo no contexto europeu da tradição continental (*civil law*), onde cabe ao Ministério Público (promotor investigador) a chefia dessa investigação ou até mesmo a um juiz (enquanto juiz instrutor). É evidente que isso não significa que tais sistemas não tenham inconvenientes, mas que eles não são tão agudos como os do sistema brasileiro. Como refere Lopes Jr., a investigação preliminar policial é um sistema arcaico e completamente superado (Lopes Jr., 2008, p. 222). É claro que essa crítica não se restringe somente à titularidade da investigação, que poderia conduzir à mera troca do personagem que veste o traje do inquisidor. O problema de fundo é, acima de tudo, é o próprio caráter inquisitório, ainda que no caso brasileiro a titularidade nas mãos da polícia potencialize os problemas inerentes ao sistema em si mesmo considerado.

Portanto, fica mais do que clara a necessidade de desconsideração dos elementos originados na fase preliminar em âmbito processual: o procedimento de incriminação propriamente dito deve caracterizar-se pela consideração exclusiva dos elementos racionais-legais obtidos a partir de provas e testemunhos passíveis de contradição no interior do processo. Isso significa que o critério de livre convencimento do juiz não pode ser tomado como absoluto. Não se trata apenas de livre convencimento, mas de livre convencimento motivado. O poder de que dispõe o juiz deve ser exercido

dentro de certos limites. Como considera Lopes Jr., “[...] o árbitro (juiz) não é livre para dar razão a quem lhe dê vontade, pois se encontra atrelado à pequena história retratada pela prova contida nos autos. Logo, está obrigado a dar razão àquele que melhor consiga, através da utilização de meios técnicos apropriados, convencê-lo” (Lopes Jr., 2004, p. 161). Quando o poder invade o saber e elimina o contraditório não se obtém qualquer verdade e, muito menos, a chamada “verdade real”. Aliás, neste caso a única verdade é aquela imposta arbitrariamente pelo juiz, configurando a sujeição criminal, como era o caso no sistema bifásico napoleônico.

Daí a necessidade de que o juiz sequer tenha acesso ao inquérito policial, que somente deve ter como finalidade o fornecimento de subsídios para que o órgão acusador (Ministério Público) caso convencido por seus elementos, ofereça a denúncia. A definição do papel do juiz é inclusive, o elemento central para a caracterização do sistema como predominantemente acusatório ou inquisitório. Os dispositivos de caráter inquisitório que Kant de Lima percebeu como presentes na etapa processual são justamente os que comprometem o papel do juiz como um terceiro *supra partes*. A obsessão pela verdade não deve conduzir à assunção de um papel de investigador por parte do juiz. Ele deve dar por conclusa sua ambição de verdade apesar da existência de lacunas, o que deve implicar obrigatoriamente na absolvição do réu, de acordo com o princípio constitucional da presunção de inocência. O que ocorre muitas vezes, no entanto, é o contrário, como percebeu Kant de Lima: não há elementos para fundamentar a condenação e o juiz desvirtua o processo de incriminação ao partir em busca de provas. Alguns dirão que o juiz também pode partir em busca de provas para salvar o réu: essa é uma das muitas ilusões que não podem mais ser sustentadas. Não faz sentido dizer que é necessário procurar elementos para absolver: se há dúvida, a absolvição é uma imposição por força do *in dubio pro reo*.

Por outro lado, muitos – contrariamente a um sistema acusatório – entendem que o juiz pode determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, ou proceder novos interrogatórios e reinquirir testemunhas, pois ele deve decidir, deve perseguir a verdade real. No entanto, se o juiz desloca-se de seu papel de julgador, comporta-se como um juiz inquisidor e abandona seu lugar de árbitro, elemento imprescindível a um processo penal democrático e acusatório. Se não há separação entre as funções de acusar e julgar, o sistema se torna inquisitório. Dessa forma, justapondo “amostras”, algumas utilizadas, outras deixadas de lado, valendo-se de suas impressões, que prefiguram algo que não estava lá, o juiz integra subsídios de acordo com suas predileções e assim, de fato, inventa algo que se apresenta como uma

“verdade real”. Tal “verdade real” não é mais do que a submissão do acusado aos designios do poder.

Como definir o sistema brasileiro, então, se ele permite essa iniciativa ao juiz, a partir de uma leitura isolada do Código de Processo Penal (CPP)? Não há como não concordar – ao menos parcialmente – com a apreciação de Kant de Lima. Como o critério final de definição do sistema – de acordo com Coutinho – é a gestão da prova, o sistema brasileiro acaba sendo maculado por esse caráter inquisitório (Coutinho, 2002, p. 185). O que caracteriza um sistema acusatório é a existência de partes e o arbitramento do juiz, que não deveria ir atrás de provas, o que incumbe às referidas partes. A busca pelo verdadeiro não pode suplantar as garantias do réu, pois essa é a característica do processo penal e dos limites que devem ser impostos a busca que ele procede. Em um Estado Democrático de Direito, uma exigência como a verdade não pode ser absoluta: deve encontrar limites, como a recusa de prova ilegal e a presunção de inocência, por exemplo. Afinal, não se pode supor que o juiz seja alheio a paixões humanas e que ele não tenha uma hipótese que, mesmo inconscientemente, possa tentar provar caso lhe seja atribuída a iniciativa da investigação. Nesses casos, como diz Lopes Jr., “a verdade não é construída pela prova e a instrução, senão que vem dada pelo juiz a partir de sua escolha inicial” (Lopes Jr., 2005, p. 264).

Por outro lado, a distorção a que o sistema acusatório é submetido não se restringe ao protagonismo do juiz. Talvez o maior dos flagelos que o processo penal brasileiro experimenta hoje (e que expressa exatamente o quanto há um comprometimento de sua estrutura democrática e dos princípios da necessidade e proporcionalidade) seja o fenômeno cada vez maior de prisões cautelares, que são o perfeito exemplo de exceção tornada regra. Se o grande problema americano é o das condenações transacionadas ou barganhadas, o grande problema brasileiro é a quantidade de presos provisórios (sem sentença transitada em julgado), em franca violação ao princípio da presunção de inocência. A estatística oficial aponta quarenta por cento de presos provisórios enquanto a extraoficial aponta sessenta por cento, prova de que o inquisitorialismo ainda sobrevive, manifestado na necessidade de ter o corpo do herege à disposição, apesar da previsão constitucional em contrário. Tudo em nome do mito da verdade real, da eficácia das investigações, enfim.

O que poderia ser então um modelo de produção da verdade adequado, que efetivamente atendesse aos postulados de um sistema que possa ser reconhecido como verdadeiramente acusatório? Como refere Lopes Jr., “o objetivo justificador do processo penal é a garantia das liberdades dos cidadãos, através da garantia da verdade, não uma verdade caída dos céus, tampouco uma

tal verdade real, mas sim aquela obtida mediante provas lícitas, refutáveis e no devido processo” (Lopes Jr., 2005, p. 74). Infelizmente, na realidade concreta ainda se vivencia a sujeição outrora imposta pela Inquisição, mas agora velada pela aparente legalidade de um procedimento que na prática permanece se mostrando cada vez mais excludente e arbitrário. A esse modelo é necessário opor uma jurisdição que não tenha apenas ênfase no aspecto de poder, mas que se constitua propriamente em um direito fundamental. Pensar a jurisdição como direito fundamental, como propõe Lopes Jr., “significa descolar da estrutura de pensamento no qual a jurisdição é um poder do Estado e que, portanto, pode pelo Estado ser utilizado e definido segundo suas necessidades” (Lopes Jr., 2008, p. 401).

Considerações finais

O Direito Penal é, por excelência, um meio de controle social formal do qual se vale o Estado para efetivar a função constitucional de garantir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à dignidade, etc. De outro lado, na medida em que a intervenção jurídico-penal implica em restrições a direitos fundamentais (como liberdade e patrimônio) sua aplicação sempre deve ocorrer em conformidade com princípios constitucionais penais e processuais penais que se colocam como limite inegociável à incidência do poder punitivo e que, portanto, devem atingir eficácia para evitar os excessos perniciosos – e ilegais – das práticas punitivas inquisitoriais. É nesse sentido que vem sendo travada luta doutrinária incessante nos últimos anos em busca da afirmação de um direito processual penal pautado pela conformidade constitucional e pela exigência de concretização do sistema acusatório que essa conformidade exige. As mudanças são urgentes e não podem mais esperar. Da forma como está, fica claro que o sistema permanece preso às amarras do inquisitorialismo, como afirmam Coutinho e Kant de Lima, que chegam à conclusões semelhantes a partir de pressupostos teóricos inteiramente distintos. Como refere Lopes Jr., “o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido” (Lopes Jr., 2008, p. 6). Afinal, o sistema penal em um Estado Democrático de Direito deve ser um sistema de garantias, onde a resposta penal somente deve surgir a partir da aplicação de um modelo que exclua a arbitrariedade tanto no momento de elaboração da norma quanto no de sua aplicação.

Sem dúvida, uma jurisdição como direito fundamental e estruturada em torno do sistema acusatório pode dar aos processos de criminalização,

criminação e incriminação outra conotação, para quem sabe ao menos diminuir sensivelmente – a partir de uma perspectiva de redução de danos – a sujeição criminal que tristemente é tão característica dos traços inquisitórios do sistema processual penal brasileiro.

Referências

- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do Juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-americano de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- GARAPON, Antoine; PAPAOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LIMA, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial no Brasil. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.
- LOPES JR., Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das experiências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.
- LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MISSE, Michel. Sobre a construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação. In: MISSE, Michel (org.). *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- MISSE, Michel. Sobre a acumulação da violência no Rio de Janeiro. In: *Civitas*, v. 8, n. 3, set.-dez. 2008.