

(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório.

Aury Lopes Jr.

“ O sistema processual penal democrático impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no ‘amor ao contraditório.

”

Historicamente os sistemas se distinguem pela mera separação inicial das funções de acusar e julgar, sendo isso suficiente para o nível de evolução civilizatória atingida¹.

Posteriormente se desvelou a insuficiência de tal concepção, na medida em que o núcleo fundante do processo é a gestão da prova, tudo gira em torno da prova, enquanto instrumento de reconhecimento e captura psíquica do juiz. Superou-se a visão tradicional de que o sistema estava demarcado pela separação inicial das funções, repensando o próprio alcance do ‘ne procedat iudex ex officio’. Ademais, imprescindível afastar o juiz da iniciativa probatória em nome do contraditório e da necessária imparcialidade do julgador.

O problema é que estamos no século XXI e a complexidade das sociedades contemporâneas exige um constante ajuste e adaptação do Direito e do Processo. Esse é um dos maiores erros de algum setor da doutrina, que arraigada em conceitos do século XVIII (e até antes...), não percebe a superação do discurso empregado.

Dessarte, pensamos que é o momento de passar para uma **terceira fase na concepção de sistemas processuais**. No primeiro momento, bastou a mera separação inicial das funções de acusar e julgar para dizer que o sistema era acusatório e, portanto, suficiente.

No segundo, compreendida a superação dessa visão, por ser reducionista e não dar conta do restante da fenomenologia processual, sustentou-se que o núcleo

fundante era a gestão da prova: se nas mãos das partes, o processo era acusatório; se admitida a produção da prova de ofício, o processo seria marcadamente inquisitório.

Mas está na hora de partir para uma terceira fase, inclusive com o abandono dos termos ‘acusatório’ e ‘inquisitório’, pois excessivamente ‘rotulados’, arraigados em visões tradicionais e lutas conceituais infundáveis. Sem falar no eterno problema da “ambição de verdade” (KHALED)² no processo, com a maquiagem conceitual que representou o giro da *verdade real* (absurda) para a *verdade formal* (ilusória). Considerando que ainda (sub)existem autores e atores judiciais que sustentam a mitológica ‘verdade real’ para justificar suas práticas autoritárias, e muitos que acreditam ‘resolver o problema’ partindo para a verdade processual/formal, é bastante complicado fazê-los compreender que o problema está na ‘verdade’ e não no adjetivo que a ela se une (CARNELUTTI). O eterno debate entre ‘verdade possível x verdade inalcançável’ arrasta-se sem solução e nenhum avanço relevante gera para o processo penal. É preciso pensar um processo liberto do peso da ‘verdade’ (como explicaremos ao tratar da prova penal) onde a decisão penal é construída em contraditório, dentro das regras do jogo, demarcada pela prova lícitamente produzida. A ‘verdade’ é contingencial e não fundante. Mas isso é outra grande revolução que se deve operar no senso comum teórico.

Por outro lado, chama a atenção o completo abandono dessa discussão (sistemas processuais) na doutrina estrangeira, pois superadas as premissas que a fundam. Atualmente, debruçam-se os autores noutra problemática: eficácia ou ineficácia do sistema de garantias da Constituição e também das convenções internacionais de direitos humanos.

Não se pode mais ficar debatendo de forma estéril (e as vezes histórica) conceitos e concepções do século XVIII, ou ainda mais remotas, deixando de lado as novas exigências sociais,

processuais e, principalmente, democráticas e constitucionais.

É preciso, como explica CUNHA MARTINS³, **fazer um deslocamento prévio dos pressupostos da discussão**, sob pena de esbarrar no eterno re-dizer da centralidade e escassear as possibilidades de efetiva reconsideração do problema. A nova ordem democrática exige um rompimento, pois cria um verdadeiro obstáculo epistemológico. Daí o valor do **critério de democraticidade** de CUNHA MARTINS⁴, pois **dizer “democrático” é dizer o contrário de “inquisitivo”, é dizer o contrário de “misto” e é dizer mais do que “acusatório”**.

O processo penal de inspiração democrática e constitucional tem apenas um princípio unificador: a **democraticidade**. Um sistema não pode ser inquisitório porque substancialmente inconstitucional (como o são diversos dispositivos do CPP); tampouco pode ser misto, pois admitiríamos que ao menos metade dele é inconstitucional... Pode ser acusatório, por elementar, pois conforme a Constituição. Mas o problema é: isso basta? E, novamente: o que se entende por acusatório? Por isso, mais do que acusatório, deve ser democrático, deve ser um *instrumento de garantia da democracia*.

Partindo da necessidade de termos um **processo penal democrático e constitucional**, precisamos observar se o sistema vigente tem *democraticidade*, se cria as condições necessárias para a efetivação das regras do jogo, especialmente do **contraditório** e, por conseguinte, da ampla defesa e imparcialidade do juiz. Mais do que isso, são garantias processuais umbilicalmente relacionadas, de modo que somente um sistema que assegure pleno contraditório permitirá a ampla defesa e, ambos, asseguram a imparcialidade do julgador.

O **sistema processual penal democrático** impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no ‘amor ao contraditório’. É aquele que, partindo da Constituição, cria as condições de

Aury Lopes Jr.
Doutor em Direito Processual – Univ.
Complutense de Madrid
Professor Titular no Programa de Pós-
Graduação em Ciências Criminais da PUCRS
Advogado.

possibilidade para a máxima eficácia do sistema de garantias fundamentais, estando fundado no contraditório efetivo, para assegurar o tratamento igualitário entre as partes, permitir a ampla defesa, afastar o juiz-ator e o ativismo judicial para garantir a imparcialidade. No modelo fundado na democraticidade, há um fortalecimento do 'indivíduo', um fortalecimento das partes processuais. A decisão, na linha de FAZZALARI, é 'construída em contraditório', não sendo mais a jurisdição o centro da estrutura processual e tampouco o 'poder' jurisdicional se legitima por si só. Recordemos que o conceito de democracia é multifacetário, mas sem dúvida tem com núcleo imantador o fortalecimento do indivíduo em todo feixe de relações que ele mantém com o Estado. Fortalecer o sujeito (de direitos) dentro e fora do processo é uma marca indelével do modelo democrático, que não pactua com a 'coisificação' do ser. É verificar se o processo efetivamente serve de limite ao exercício de poder punitivo. É condicionar o exercício do poder de punir ao estrito respeito das regras do jogo.

Por fim, além da **oxigenação e filtragem constitucional**, é necessário problematizar acerca do **controle de convencionalidade das leis processuais penais**, ou seja, será que o CPP resiste a uma filtragem à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos?

Esses são os desafios do processo penal do século XXI.

Um sistema processual deve dar o máximo de respostas afirmativas à pergunta: o modelo é compatível com o cenário democrático-constitucional vigente? Esse é o ponto nevrálgico da virada paradigmática.

Noutra dimensão, o **sistema processual penal antidemocrático** parte do 'desamor ao contraditório', estabelecendo os contornos de um processo que autoriza o ativismo judicial, com o juiz(ator) buscando a prova de ofício (art. 156), decretando prisões cautelares também de ofício (art. 311), condenando sem pedido (art. 385), rompendo a igualdade de tratamento e de

oportunidades. Em decorrência, também fulmina a garantia da imparcialidade do juiz, pois é flagrante a contaminação. A legitimação da decisão se dá pelo fato de ser um ato de poder e não construída em contraditório (como no modelo anterior). As partes no processo não são os protagonistas, senão que o é o juiz, dono e senhor da "relação jurídica" (BÜLOW). Em última análise, o *desamor ao contraditório* determina a antidemocraticidade de um processo penal.

Nessa linha, o processo penal brasileiro ainda tem um longo caminho a percorrer para ser considerado um sistema processual penal democrático, sendo necessário fazer um deslocamento do foco da discussão tradicional (acusatório x inquisitório) pois não há paz conceitual para uma mudança. Não existe consenso sobre esses conceitos e muitas são as vozes que sustentam ser o processo brasileiro acusatório dando, portanto, um falso ponto final na discussão. Precisamos retomar a partir da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos, para alinhar o Código de Processo Penal na perspectiva de um sistema processual penal democrático.

Notas

¹ Sobre o tema, consulte-se nossa obra "Direito Processual Penal", 10ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2013, p. 105 e ss.

² Conforme SALAH H. KHALED Jr. na obra "Ambição de Verdade no Processo Penal", publicado pela Editora Jus Podium, Salvador, 2009.

³ Conforme explica RUI CUNHA MARTINS na obra "O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons", p.81 e ss.

⁴ O Ponto Cego do Direito, p. 92.

Sobre a Criminologia e o Processo Penal: O Diálogo Esquecido

Adrian Barbosa e Silva

Historicamente concebidas, as ciências criminais, em consonância com a otimização de suas disciplinas penais (direito penal, processo penal, política criminal e criminologia), se desenvolvem segundo uma lógica de interdisciplinaridade e, portanto, de aproximação de saberes, pressuposto elementar do horizonte de projeção (especialização do conhecimento) inerente a cada uma delas que, se analisadas individualmente, evidenciam a incapacidade de plena interpretação e compreensão da realidade do mundo.

Assim, na tentativa de se construir um estatuto epistemológico satisfatório capaz de compreender e lidar com as questões criminais, o processo penal, enquanto saber instrumental do direito penal e, portanto, mecanismo de procedimentalização do *potestas puniendi*, não pode ignorar os aportes advindos da criminologia que, sob o viés empírico, está responsável pela "análise e crítica do exercício do poder punitivo, para explicar sua operatividade social e individual e viabilizar uma redução em seus níveis de produção e reprodução de violência social" (ZAFFARONI *et alii*, 2011, p. 288).

Mas no campo criminológico, antes de tudo, insta especificar de *qual* criminologia se está a falar. Aqui, o local de fala é o da criminologia crítica que, desde as décadas de 60 e 70, através de seus difusores pioneiros (destaque para a Escola de Berkeley), buscou romper com os valores propagados pela Escola Positiva (positivismo criminológico), representada, sobretudo, por Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo. Ao constatar o déficit epistemológico do

“ [...] os recursos da criminologia crítica possibilitam uma autocrítica do processo penal para que, consciente do controle presente em sua instrumentalidade, estabeleça sua constitucionalização, efetivando a tutela do mais débil marginalizado. ”

Adrian Barbosa e Silva
Acadêmico de Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Monitor de Direito Penal e Pesquisador da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA (NPJ/DH-CNPq).
Membro do IBCCrim. Editor do blog de Ciências Criminais & Paz
[www.cienciascriminaispaz.blogspot.com/].