

SISTEMA PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICO: REFLEXOS DE SUA PROPOSIÇÃO NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

MAURO FONSECA ANDRADE

Doutor em Direito Processual Penal pela
Universidade de Barcelona, Espanha. Professor
Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul. Professor da
Fundação Escola Superior do Ministério Público do
Rio Grande do Sul

Resumo: Recentemente, um setor da doutrina brasileira propôs a refutação da discussão envolvendo os sistemas processuais penais tradicionais, e a incorporação de um novel sistema, que receberia o nome de *sistema processual penal democrático*. Este novel sistema estaria formado pela necessidade de ampla defesa, contraditório, igualdade entre as partes e imparcialidade do juiz. Por sua vez, a imparcialidade estaria composta por três linhas de proibições, a saber, impossibilidade da atuação *ex officio judicis* na fase probatória, impossibilidade de decretação de medidas cautelares sem provocação dos interessados, e impossibilidade de condenação sem requerimento por parte do acusador. O objetivo do presente estudo, portanto, é realizar a análise dos argumentos justificadores dessa nova concepção sistêmica, e se há necessidade de uma revisão geral no projeto de novo Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Processo, democracia, sistemas processuais, acusatório, inquisitivo.

Abstract: Recently, a sector of the Brazilian Doctrine proposed the refutation of discussion involving the traditional Systems of Criminal Procedural, and the incorporation of a new system which would receive the name of *democratic criminal procedural system*. This new system would be formed by the need for legal defense, contradictory, equality between the parties and the judge's impartiality. The impartiality would have three lines of prohibitions, namely the impossibility of *ex officio judicis* in the evidentiary phase, the impossibility of precautionary measures without provocation of stakeholders, and the impossibility of condemnation without application by the accuser. The objective of this study is to analyze of the arguments that justify the new systems, and if it is need for an overhaul in the Project of the new Code of Criminal Procedure.

Keywords: procedure, democracy, procedural systems, accusatory, inquisitive.

1. Introdução

Dentre os vários méritos presentes no projeto de novo Código de Processo Penal (doravante, CPP) – ainda em trâmite junto ao Congresso Nacional –, está a previsão que nosso processo adotará *estrutura acusatória*, pondo fim, com isso, a uma antiga controvérsia quanto à identificação de qual sistema de processo penal se adota em nosso país.

Apesar desse importante passo dado em sede legislativa, recentemente, um setor de nossa doutrina propôs o afastamento do sistema acusatório como sendo aquele que deve reger nosso processo penal em sua totalidade. Em seu lugar, sustenta-se que deveríamos adotar o que denominou de *sistema processual penal democrático*, por considerá-lo mais evoluído tecnicamente que aquele primeiro.

Embora essa posição doutrinária tenha se limitado a tal proposição, e não haja indicado a necessidade de qualquer alteração no projeto de novo CPP, os reflexos que dela derivam são óbvios. Basta lembrarmos que a identificação sistêmica, proposta pelo projeto, é apontada, nada mais, nada menos, como sua coluna vertebral.

Por essa razão, o presente ensaio está voltado à análise dos pressupostos utilizados pelo segmento doutrinário proponente dessa mudança sistêmica, para que possamos responder a uma questão muito simples: há necessidade de alteração do pilar central do projeto de novo CPP, com sua conseqüente revisão geral, caso se adote o pretendido *sistema processual penal democrático*?

2. O Projeto de Código de Processo Penal e sua opção sistêmica

Nossa Constituição Federal já contava com quase duas décadas, tempo suficiente para que conhecidos institutos sofressem uma grande modificação em seus significados, abrangência e limites, tudo por obra do importante trabalho desenvolvido pela doutrina e jurisprudência. Mesmo assim, nosso CPP insistia em se manter íntegro à estrutura planejada em sua origem.

Reformas pontuais o atingiam tal como golpes certos em seu forte intento de permanecer de pé, deixando patente que o espaço original dedicado a cada capítulo era insuficiente para comportar a gama de alterações, inovações e evoluções que o processo penal estava a exigir. Nele foram inseridos, então, os artigos seguidos de letras (a, b, c, e assim por diante), como último esforço legislativo para que o rio Amazonas coubesse em um copo d'água. Estava escancarada, de vez, a necessidade de um novo CPP.

Atingimos o mês de março de 2008, e o Senado Federal procurou dar um basta à improvisação legislativa. O Requerimento nº 227, apresentado pelo, então, Senador Renato Casagrande, propôs a nomeação de uma comissão de juristas que seria encarregada, enfim, da apresentação de um projeto de novo CPP. A aprovação do requerimento se deu pelo Ato da Presidência nº 011, de 2008, com a conseqüente nomeação da comissão de juristas a quem se confiou tal tarefa, cujo resultado final foi imediatamente convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009.

Embora a redação original do projeto tenha sofrido algumas alterações antes de finalizar seu trâmite junto ao Senado Federal, uma previsão em específico, nele estabelecida, passou incólume por todo o processo percorrido naquela Casa Legislativa, dando ares de pleno acerto em sua inserção naquele texto. Referimo-nos ao artigo 4º, apontado, por grande parte da doutrina, como a coluna vertebral do projeto, por deixar patente que o processo penal, ali

desenhado, adotaria o sistema acusatório. Diz ele: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Ao assim proceder, o Senado Federal acolheu antiga proposição, no sentido de que a legislação brasileira, a exemplo de Portugal e Itália, deveria prever expressamente sua filiação ao sistema acusatório, como forma de dar fim não só às divergências doutrinárias, como também, às contradições presentes em nossos Tribunais Superiores¹. Independentemente disso, bem sabemos que, em sede doutrinária, há quem sustente que o Brasil adota o sistema acusatório, o sistema misto e até o sistema inquisitivo. Por outro lado, nossas Cortes Superiores não se cansam de afirmar que a Constituição Federal adotou o sistema acusatório, mas, em igual sentido, não se constroem em dar guarida constitucional a investigações criminais conduzidas por magistrados, algo completamente incompatível com o sistema acusatório. O melhor exemplo disso é a investigação criminal judicial presente na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em seu artigo 33.

Apesar das críticas apresentadas em relação a alguns pontos presentes no projeto, o certo é que um grande passo havia sido dado com aquela previsão. No entanto, todas as certezas em relação a isso foram colocadas em xeque, em razão de uma posição doutrinária, recentemente manifestada, que propõe a superação do sistema acusatório como o adequado para reger nosso processo penal. De acordo com essa posição, o Brasil deveria adotar o *sistema processual penal democrático*, o que importaria não só na mera alteração do texto do artigo 4º do projeto, senão também, na reestruturação de vários pontos nele já assentados.

Consequência disso é que, praticamente, grande parte do trabalho desenvolvido pelo Senado Federal deveria ser refeito em razão dessa reformulação sistêmica, caso seus postulados forem entendidos como corretos. Importa, assim, conhecê-los um a um, bem como, as bases teóricas que dão suporte aos argumentos apresentados.

3. Sistema Processual Penal Democrático e sua configuração

Tradicionalmente, três são os sistemas de processo penal, a lembrar, o acusatório, o inquisitivo e o misto, embora este último, por absoluta ausência de um estudo mais aprofundado por parte da doutrina, não seja aceito de forma unânime. Até por falta de espaço físico, não temos, aqui, a pretensão de detalhar cada um deles, mas, desde o direito antigo até os dias atuais, a opção por um desses sistemas sempre respeitou a três critérios de política criminal, quais sejam: a) o grau de eficiência da repressão criminal que se quer implantar; b) o grau de imparcialidade que se quer atribuir aos juízes criminais; e c) o grau de tecnicidade a ser dado à persecução penal de um país, para ajustá-la, em maior ou menor medida, aos postulados da ciência processualista em vigor².

Ao longo de toda a história do processo penal, essa equação nunca produziu resultados imunes a críticas. Ao contrário, seja qual for o sistema processual penal eleito por um país, ele

¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em Torno de um Novo Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n.º 61, p. 116-120.

² ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 450.

sempre foi alvo de duras críticas, em razão das imperfeições – algumas insuperáveis – nele presentes.

Apesar de essa insatisfação dever, em muito, ser reputada à ausência de conhecimento quanto aos elementos que realmente definem um sistema como sendo acusatório, inquisitivo e misto, alguns setores da doutrina – principalmente, a doutrina internacional – sugeriram a superação dos sistemas tradicionais. Nesse sentido, houve quem se posicionasse pelo caráter prescindível dos sistemas processuais penais, que deveriam ser substituídos pela adoção de certos princípios e regras em concreto³. Por outro lado, também houve quem propusesse um quarto sistema processual penal, denominado *sistema contraditório*⁴ ou *sistema dispositivo*⁵.

Todas essas proposições careciam do mesmo cuidado técnico, pois o conceito dos sistemas criticados – o acusatório, o inquisitivo e o misto – não se ajustava à forma como eles verdadeiramente haviam sido disciplinados ao longo de toda a história do processo penal. Resultado disso é que as proposições apresentadas, ao final, não passavam de uma reformulação dos sistemas acusatório ou misto, mas com a inserção daqueles elementos que esses autores entendiam mais adequados às suas convicções pessoais.

Recentemente, um setor de nossa doutrina retomou o caminho do abandono dos sistemas processuais tradicionais, propondo a adoção de mais um *quarto sistema*. Seria ele o *sistema processual penal democrático*⁶.

De acordo com seu proponente, o fato de estarmos no século XXI e a complexidade das sociedades contemporâneas exigiriam “um constante ajuste e adaptação do Direito e Processo”. Em razão disso, considera que os conceitos atribuídos aos sistemas processuais penais conhecidos seriam equivocados e reducionistas, frente à “fenomenologia processual”, problemas em muito atribuídos ao fato de estarem arraigados a “conceitos do século XVIII (e até antes ...)”.

Partindo do pressuposto que a doutrina estrangeira haveria abandonado completamente a discussão sobre os sistemas processuais penais, Lopes Jr. invoca literatura portuguesa para afirmar que o processo penal deveria ser pensado a partir de um princípio unificador, que recebe o nome de *princípio da democraticidade*. Por consequência, este princípio exigiria que o processo penal estivesse estruturado sob as bases do princípio do contraditório, da igualdade entre as partes e da ampla defesa. Além disso, dele também faria parte a necessária imparcialidade do julgador, concebida em razão do afastamento do *juiz-ator*, entendido como aquele que atua de ofício na fase probatória, que decreta prisões cautelares de ofício, e que profere condenações sem o pedido prévio do acusador⁷.

³ MONTERO AROCA, Juan. El Principio Acusatorio: Un intento de aclaración conceptual. *Revista Justicia*, Barcelona, n.º 4, 1992. p. 777; ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 57.

⁴ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. Nuevas Fórmulas para la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Revista Iuris*, n.º 56, p. 24-33, dez. 2001. p. 22; DE URBANO, CASTRILLO, Eduardo. El Principio de Contradicción en el Proceso Penal. *Diario La Ley*, Madrid, a. XXIII, n.º 5.474, p. 1-4, fev. 2002. p. 2.

⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de Investigação Criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 12.

⁶ LOPES JR., Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema *inquisitório x acusatório*. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, a. 21, n.º 251, p. 5-6, out. 2013a, p. 5-6.

⁷ LOPES JR., Aury. *op. cit.*, 2013a, p. 5-6.

4. (In)consistência teórico-argumentativa da proposta de um novo Sistema Processual Penal

Feita a proposição de um novo sistema de processo penal, entendemos necessária não só a análise dos argumentos apresentados, senão também, de todo o cenário exposto e utilizado por seu proponente. Só assim poderemos nos certificar de sua (in)correção, e apontar a (des)necessidade de uma profunda revisão no projeto de novo CPP, atualmente em trâmite em nosso Congresso Nacional.

4.1. Rechaço aos Sistemas Processuais Penais tradicionais

Para que não se criem falsas impressões, desde logo advertimos: não é nossa intenção fazer a defesa dos sistemas processuais penais tradicionais. Longe disso! No entanto, a problematização apresentada pela linha doutrinária proponente do *sistema processual penal democrático* impõe uma averiguação séria de seus postulados, cujo resultado poderá levar justamente à inviabilidade de sua aceitação técnica, ou de sua necessária inserção no projeto de CPP.

Feita essa necessária advertência, é possível observar que, antes mesmo da proposição desse novo sistema processual penal, a doutrina nacional já apontava o equívoco, cometido por certos autores, em defender a superação dos sistemas acusatório e inquisitivo. Como bem esclarece Leonardo Augusto Marinho Marques⁸, antes de sustentar a inaplicabilidade de tais sistemas aos dias e necessidades de hoje, é preciso que se saiba o que se está rechaçando. Isso somente ocorrerá quando forem delimitados os seus conceitos, a partir de um procedimento criticado por Lopes Jr., ou seja, a busca de informações em fontes sérias e seguras, o que significa dizer que é preciso conhecer o nascimento e desenvolvimento daqueles sistemas ao longo da história⁹.

Infelizmente, esse é o primeiro equívoco verificável na linha doutrinária proponente do *sistema processual penal democrático*, pois, ao longo da historiografia de suas publicações, não se verifica qualquer estudo mais detalhado sobre os sistemas processuais penais tradicionais, o que leva à temeridade de se rechaçar o que não se conhece a fundo. A ausência desse estudo se faz refletir na própria mutabilidade dos conceitos de sistema acusatório e

⁸ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório versus Acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. *Boletim Informativo IBRASPP*, Porto Alegre, a. 03, nº 04, 2013, p. 16-17.

⁹ Textualmente, diz o autor citado: “A demarcação dos sistemas inquisitório e acusatório, como sistemas de referências, e não como sistemas puros e dados, é fundamental, justamente porque: (a) permite compreender e conscientizar de que é impossível reimplantá-lo em seu formato original; (b) demonstrar que a inquisitorialidade não se reduz a uma prática da Inquisição; (c) revela que a inquisitorialidade esteve presente em países não dominados pela Inquisição; (d) esclarece que a inquisitorialidade não cessou com o fim do medievo; (e) permite visualizar a nova inquisitorialidade, que se inicia no século XIX e se estende pelo século XX; (f) afasta a ilusão de que é possível construir um sistema puro; (g) permite compreender a origem e a evolução do sistema adversarial; (h) evidencia a crise do processo penal da Europa continental, no Pós-Segunda Guerra, na qual continuamos imersos pela influência do anteprojeto de Rocco sobre o nosso Código de Processo Penal. Com base nesses argumentos, insisto: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la.” (MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *op. cit.*, p. 17).

inquisitivo que esse setor da doutrina vem apresentando com certa frequência e em curto espaço de tempo. Até 2005, o que importava era a separação das funções de acusar e julgar; a partir deste ano, o que passou a importar foi a (im)possibilidade da atividade probatória *ex officio judicis*¹⁰, distinção que também acabou sendo superada recentemente, com a proposta de um quarto sistema processual¹¹.

Se a superação dos sistemas tradicionais é apresentada sem conhecê-los a fundo, em um segundo equívoco incide a linha proponente do *sistema processual penal democrático*, ao afirmar que a doutrina estrangeira já teria perdido o interesse na discussão sobre os sistemas acusatório, inquisitivo e misto¹². Em uma simples consulta à literatura internacional, o que se observa é justamente o contrário, com uma clara e evidente preocupação voltada ao afastamento dos sistemas inquisitivo e misto, e acolhida integral do sistema acusatório.

Nesse sentido, representando a doutrina espanhola atual, encontramos a lição de Jordi Nieva Fenoll¹³, professor Catedrático da Universidade de Barcelona, e uma das maiores autoridades europeias em direito processual penal. Na mesma linha vai a opinião da doutrina de base utilizada por Lopes Jr., contraditoriamente invocada como sustentáculo ao rechaço aos sistemas processuais tradicionais.

Referimo-nos a Ricardo Cunha Martins, professor da Universidade de Coimbra, ao, também na atualidade, refutar os sistemas inquisitivo e misto, mas admitir o sistema acusatório, desde que ele apresente a configuração que esse autor entende correta¹⁴. Mais que isso, este autor chega a falar em “sistema acusatório de fundo democrático-constitucional”¹⁵. Aliás, embora não haja apresentado sua definição dos sistemas que critica, nem poderia esse autor pregar algo em sentido contrário, pois ninguém menos que a Constituição de seu próprio país aderiu, de forma expressa, ao sistema acusatório (artigo 32, alínea 5).

Enfim, a linha doutrinária proponente de um quarto sistema processual penal se encontra absolutamente isolada, seja no que diz respeito ao rechaço aos sistemas tradicionais (sem que, previamente, haja sobre eles se debruçado de forma séria e profunda), seja por afirmar que, em âmbito internacional, a preocupação com o binômio acusatório-inquisitivo já se encontra superada.

¹⁰ LOPES JR., Aury Lopes. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005a, p. 71, nota 8.

¹¹ LOPES JR., Aury. *op. cit.*, 2013a, p. 5-6.

¹² LOPES JR., Aury. *op. cit.*, 2013a, p. 6.

¹³ NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Edisofer, 2012, p. 18.

¹⁴ Literalmente: “Dizer ‘democrático’ é dizer o contrário de ‘inquisitivo’, é dizer contrário de ‘misto’ e é dizer mais do que ‘acusatório’. 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 legalidade. Mas só o poderá ser à condição: a de que esse modelo se demonstre capaz de protagonizar essa equação” (*O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013a. p. 73) (grifos nossos).

¹⁵ MARTINS, Rui Cunha. *op. cit.*, 2013a, p. 17.

4.2. Sistema Processual Penal Democrático e seu Princípio Unificador

Se, por um lado, a doutrina de Rui Cunha Martins não autoriza que, a partir dela, proponha-se o rechaço completo aos sistemas tradicionais, por outro, é utilizada integralmente como justificativa para a proposição do *sistema processual penal democrático*. Por isso, é importante que sobre ela também nos debrucemos.

O que, em realidade, faz esse autor é vincular o processo penal de um país às exigências de um Estado Democrático de Direito, que, em âmbito processual, estariam atreladas à presença de um princípio unificador, que ele denomina *princípio da democraticidade*¹⁶. O que significa este princípio, tal autor simplesmente não esclarece na obra invocada por Lopes Jr., dando a impressão que essa omissão é mais que proposital, ao escondê-la por trás de uma linguagem altamente rebuscada e retórica, de difícil compreensão aos neófitos nesse ramo do conhecimento¹⁷. Em contrapartida, é muito clara sua aderência à teoria da gestão da prova, que procura fazer a distinção entre os sistemas acusatório e inquisitivo, a partir da (im)possibilidade da atividade probatória *ex officio judicis*.

Se, dentro da *democraticidade*, esse autor insere a necessidade de inércia absoluta do juiz na fase probatória – aderindo, expressamente, aos termos da teoria da gestão da prova –, não podemos omitir o fato de que a forma como tal teoria foi apresentada no Brasil já mereceu análise mais detida por parte da doutrina, ocasião em que se demonstrou seu equívoco, a partir dos próprios textos utilizados como seu fundamento¹⁸. Na ocasião, deixou-se claro que essa teoria foi, por vez primeira, apresentada no Brasil em 1993, mas não recebeu qualquer credibilidade no meio doutrinário. Sua intenção é que os rumos do processo penal estejam centrados na vontade das partes, afastando completamente a possibilidade de interação judicial, sobretudo na fase probatória.

Como se pode ver, a intenção óbvia da teoria da gestão da prova é retirar o caráter público do processo penal, de forma a impedir que o juiz possa, sequer com caráter subsidiário, formular qualquer pergunta na fase probatória. O resultado final seria o descarte do modelo continental de processo penal, que sempre serviu de base ao processo penal

¹⁶ MARTINS, Rui Cunha. *op. cit.*, 2013a, p. 72-73.

¹⁷ A definição do *princípio da democraticidade* pode ser encontrada em outra obra desse mesmo autor, quando diz: “Este entendimento sistêmico da realidade processual pressupõe, por conseguinte, um elemento ou princípio unificador, que sirva de conector, filtro e limite àquela circularidade. Assim, a eleição para princípio de um valor como ‘democraticidade’ significa, nem mais nem menos, a obrigatoriedade de manter sempre em aberto uma questão a formular a todo e qualquer mecanismo, ou elemento, ou prática seja de que tipo for, desde que atuante na esfera do sistema processual, e que é a seguinte: é este mecanismo, ou elemento, ou prática seja de que tipo for, compaginável com o cenário democrático-constitucional regente do próprio sistema em que ele se insere? Importa poder colocar esta questão em permanência, pois ela permite aferir a justeza sistêmica da circularidade” (MARTINS, Rui Cunha. *op. cit.* 2013b, p. 3). Como se vê, não há nada de concreto vinculado a ele; apenas, a necessidade de rediscussão constante das práticas processuais em uma determinada realidade nacional.

¹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em Torno de um Novo Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, nº 61, p. 113-131.

brasileiro, para se adotar o modelo anglo-saxão, onde a autonomia da vontade é o que rege os seus destinos¹⁹.

Para que obtivesse credibilidade em âmbito nacional, a base teórica da teoria da gestão da prova foi buscada na doutrina estrangeira, mais especificamente na lição do italiano Franco Cordero, quando equiparou o juiz do sistema inquisitivo a um juiz que apresentaria quadros mentais paranoicos²⁰. Embora assim esse autor não houvesse dito textualmente, a linha de raciocínio apresentada pelos defensores da teoria da gestão da prova é a seguinte: se o juiz do sistema inquisitivo é paranoico, e se só o juiz do sistema inquisitivo pode produzir prova de ofício, então, todo juiz que produz prova de ofício é paranoico e, por consequência, vinculado ao sistema inquisitivo.

O erro essencial em que incidem os defensores da teoria da gestão da prova é a falta de fidelidade às palavras do próprio autor que lhes serviu de base. Sem grandes esforços, vemos que, ninguém menos que Cordero, afirma que “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma svillupa quadri mentali paranoici”²¹. Essa é a verdadeira lição pregada por quem é utilizado como doutrina de base pela teoria da gestão da prova; ou seja, para aquele autor, somente quando o juiz atuar *sozinho* na fase probatória – sem a participação das partes – e *não submeter* a prova ao contraditório, é que o juiz será considerado inquisidor e paranoico. Aliás, ninguém menos que Luigi Ferrajoli adota esta mesma opinião à hora de definir o que seria um sistema inquisitivo, centrando-o na atuação exclusiva do juiz na fase probatória²².

Para que não se diga que aquela definição de juiz inquisidor já se encontra superada por Cordero, em outra obra mais recente ele volta à carga contra esse modelo de julgador, ratificando sua vinculação aos tais *quadros mentais paranoicos*. A novidade, no entanto, foi haver deixado clara sua completa inconformidade com os postulados da teoria da gestão da prova. A um só tempo, não só confirmou a vinculação do processo penal italiano ao sistema acusatório²³, como também defendeu a presença e manutenção de poderes instrutórios ao juiz criminal, por considerá-los *necessários* às exigências de um processo penal marcado pela prevalência do interesse público²⁴.

Como se pode ver, a teoria da gestão da prova é uma proposição completamente artificial, criada a partir de premissas incorretas. E, se o *princípio da democraticidade* –

¹⁹ Ainda assim, o direito americano e o direito inglês admitem – embora com fortes restrições – a atividade probatória *ex officio judicis* (TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 169-171).

²⁰ CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

²¹ CORDERO, Franco. *op. cit.*, 1986, p. 51.

²² “llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 5 ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillo Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2001, p. 565).

²³ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 5 ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 100-101.

²⁴ CORDERO, Franco. *op. cit.*, 2000. p. 602.

erigido à condição de princípio unificador do *sistema processual penal democrático* – nada mais é que uma forma de inserção forçada e disfarçada daquela teoria junto aos postulados do Estado Democrático de Direito, então, sua imprestabilidade, para fins eminentemente científicos, é mais que evidente, frente à completa ausência de suporte doutrinário que a respalde.

4.3. Elementos configuradores desse quarto Sistema

Ainda que a *democraticidade* – apontada como princípio unificador do *sistema processual penal democrático* – haja sido definida como algo vago e não vinculada a um instituto ou princípio processual em específico, Lopes Jr. a ela confere outro significado, muito mais amplo que o primeiro. Assim, o processo penal representativo daquele quarto sistema deveria estar estruturado a partir dos princípios do contraditório, da igualdade, da ampla defesa e da imparcialidade do julgador. Quanto a esta última, ela seria alcançada com o afastamento do *juiz-ator*, que, na visão desse autor, diria respeito ao juiz que atua de ofício na fase probatória, que decreta prisões cautelares de ofício e que profere condenações sem o pedido prévio do acusador²⁵.

Pois bem; antes da análise de tais argumentos, uma nova advertência se faz necessária: não é nossa intenção fazer, aqui, um exame profundo de cada um daqueles elementos. Tendo essa tarefa já sido feita em locais mais apropriados por outro ramo da doutrina²⁶, nossa intenção, neste momento, acaba por se tornar mais simples, qual seja, demonstrar o equívoco no apontamento daqueles elementos como configuradores do *sistema processual penal democrático*.

Quanto ao contraditório, ampla defesa e igualdade entre as partes, tais elementos decorrem da simples previsão de nossa Constituição, pouco importando a opção democrática feita por ela. Em outros termos, ainda que estivéssemos em uma ditadura, eles deveriam estar presentes no processo penal de nosso país, sem a mais mínima possibilidade de seu afastamento puro e simples, ao alvedrio do julgador ou do legislador ordinário.

Por certo que tal afirmação pode ser antipática aos olhos e ouvidos de hoje, mas não podemos fechar os olhos para a história de nosso próprio processo penal, escolhendo informar o leitor naquilo que nos serve, e dele omitir aquelas informações que não nos servem.

Se fizermos uma breve visita à Constituição Federal de 1967, com facilidade veremos que aqueles mesmos institutos também ali estavam presentes, embora sabidamente ela não fosse simpática, por assim dizer, ao regime democrático – a realidade era justamente outra. Em seu artigo 150, encontraremos expressamente previstos o princípio da igualdade (§ 1º), a ampla defesa (§ 15) e o princípio do contraditório (§ 16). Já, quando da Emenda Constitucional de 1969, tais elementos foram mantidos no texto constitucional, mas em seu artigo 153.

Com este simples dado objetivo e histórico, o que queremos deixar claro é que, no que diz respeito ao contraditório, ampla defesa e igualdade, deverão eles estar presentes em toda e

²⁵ LOPES JR., Aury. *op. cit.*, 2013a, p. 5-6.

²⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

qualquer manifestação processual penal de nosso país, em lugar de alguma vinculação à democracia ou ao Estado Democrático de Direito. Eles deverão estar presentes, pura e simplesmente, porque a Constituição Federal em vigor assim o determina.

Quanto ao princípio da imparcialidade, ele comportaria três ordens de proibição: a) atividade probatória *ex officio judicis*; b) condenação criminal sem pedido prévio realizado pelo acusador; e c) decreto de medidas cautelares de ofício.

Em relação à proibição da atividade probatória de ofício, esta é uma antiga bandeira defendida por Lopes Jr., mas sob a invocação da teoria da gestão da prova. Ainda que já tenhamos feito referência às incorreções técnicas dessa teoria, o que importa agora referir é que esse autor sempre a utilizou, ao longo da última década, como marco diferencial entre os sistemas acusatório e inquisitivo²⁷. Portanto, a vinculação da inércia judicial probatória ao seu *sistema processual penal democrático* outra coisa não é que o abandono da invocação de uma teoria que não foi acolhida pelos Tribunais Superiores e pelo legislador, e a sua reapresentação no meio doutrinário nacional, mas sob o argumento da vinculação à democracia. Buscou-se, assim, a vinculação a uma palavra mais simpática que auxiliasse na sua aprovação e acolhida aos olhos dos incautos²⁸.

A mesma situação se faz notar em relação à vinculação da proibição de condenação criminal quando houver pedido de absolvição por parte do acusador, nos processos em que o crime for de ação penal pública. De longa data, aquele autor vinculava – equivocadamente – tal proibição à perda do objeto do processo²⁹, com seu atrelamento obrigatório ao sistema acusatório³⁰. O que temos, então, é um elemento que sempre esteve vinculado à definição do sistema acusatório, agora repaginado para ser novamente apresentado no meio doutrinário, mas como integrante obrigatório de um quarto sistema.

No que diz respeito à terceira proibição – atinente às cautelares de ofício –, ela segue a mesma lógica dos elementos anteriores, tendo sido apontada recentemente como uma necessidade do sistema acusatório³¹. Mas, na questão de fundo, o argumento diz menos do que deveria.

²⁷ LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005a, p. 71, nota 8; LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar*. In: *Propostas para um novo modelo de persecução penal: combate à impunidade. Série Cadernos do CJF*. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica; Centro de Estudos Judiciários, Brasília: CJF, nº 25, 2005b, p. 80.

²⁸ Uma segunda *repaginação* dada à teoria da gestão da prova se verifica na própria justificativa dada por Lopes Jr., quando trata da necessidade de criação de seu *sistema processual penal democrático*. Nas suas palavras, “O problema é que estamos no século XXI e a complexidade das sociedades exige um ajuste e adaptação dos Direito e do Processo” (*op. cit.*, 2013a, p. 5). Contudo, a teoria da gestão da prova nada tem a ver com a tal *complexidade* das sociedades do século XXI. Sua base doutrinária – ainda que não corresponda ao texto original invocado – foi apresentada à sociedade italiana da década de oitenta do século passado (a obra de Franco Cordero é de 1986), e sua defesa em nosso país se deu perante a sociedade brasileira do início da década de noventa do século passado (1993). Em outros termos, a teoria da gestão da prova é representativa de uma ideologia surgida no último quarto do século XX, não havendo qualquer possibilidade de configurar uma *resposta inovadora* às necessidades das sociedades do século XXI.

²⁹ LOPES JR., Aury. *op. cit.*, 2002, p. 39.

³⁰ LOPES JR., Aury. *op. cit.*, 2013b, p. 196.

³¹ LOPES JR., Aury. *op. cit.*, 2013b, p. 122.

Não estamos a pregar, aqui, que o juiz deva decretar medidas cautelares *ex officio* ao longo de toda a persecução penal. Na nossa forma de ver, o magistrado deve estar impedido de ordenar, sem provocação de terceiros, toda e qualquer medida na fase de investigação, a menos, é claro, que ele seja o condutor dessa mesma investigação. Em outros termos, desde que a investigação criminal seja presidida pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, a imposição judicial de medidas cautelares somente poderá ocorrer mediante provocação de um terceiro, seja ele a autoridade policial, o Ministério Público ou o defensor do sujeito investigado ou preso em flagrante. Já, na fase judicial, por ser o juiz o presidente do processo, não haveria qualquer obstáculo à imposição dessas cautelares, já que o conhecimento sobre a necessidade de sua imposição não é fruto da quebra da imparcialidade do julgador, decorrendo, isso sim, do material informativo que lhe é levado pelas partes e, eventualmente, pela vítima e testemunhas.

A omissão argumentativa a que fizemos referência reside no fato de aquela proibição somente estar endereçada às cautelares que venham a ferir os interesses do sujeito passivo da persecução penal. Em nenhum momento é referido que essa impossibilidade também deva atingir aquelas cautelares que venham a beneficiar o investigado ou o acusado. Nesse sentido, fácil é lembrar a própria substituição do encarceramento preventivo por outra medida cautelar diversa da prisão.

O argumento comumente apresentado para justificar essa substituição de ofício é o *ius libertatis* do investigado ou acusado, mas este direito está vinculado não só à possibilidade de ocorrer essa substituição, senão também, à satisfação dos requisitos próprios para que ela venha a ocorrer. Em outros termos, a substituição de uma medida cautelar pessoal privativa da liberdade por outra diversa da prisão só pode ocorrer no momento em que não há mais motivos para que aquela privação se justifique, o que nos conduz, então, à necessária vinculação do juiz ao princípio da legalidade. A diferença é que, se for para beneficiar ao sujeito passivo, a obediência à legalidade deve ocorrer de ofício, ao passo que, se for para beneficiar a sociedade, esta mesma legalidade só será observada se provocada por um terceiro.

Deparamo-nos, portanto, com uma evidente quebra de lógica na tentativa de configurar a proibição das medidas cautelares *ex officio*, como elemento determinante para a existência do *sistema processual penal democrático*. A *democraticidade* pretendida com essa inércia judicial somente atinge a um sujeito específico envolvido na persecução penal, sobrando ao seu adversário ter que se submeter a um juiz com a mais plena liberdade para conceder qualquer medida cautelar sem a provocação prévia do sujeito passivo da persecução penal ou do seu defensor.

Ao final das contas, os elementos apresentados como necessários para a configuração do *sistema processual penal democrático* podem ser classificados em dois grupos: um primeiro, formado pelos princípios do contraditório, ampla defesa e igualdade, que nada mais são que decorrência direta do que diz a Constituição Federal, devendo ser aplicados seja lá qual for o sistema processual penal adotado no país; e um segundo, onde aparece aquela série de proibições que deveriam atingir o juiz, mas que outra coisa não são que a junção de diversas situações sempre apontadas como representativas do sistema acusatório, mas agora vinculadas ao selo da *democraticidade*.

Mais claramente, o *sistema processual penal democrático* nada mais é que o próprio sistema acusatório com a configuração sempre defendida por Lopes Jr., o que põe por terra,

assim, toda sua crítica voltada à subsistência do estudo dos sistemas processuais penais tradicionais, por ser, nas suas palavras, *equivocado e reducionista*³².

Como se vê, em lugar de abandonarmos tal estudo, ele deve ser reforçado, como mínimo, para que seus adversários saibam a que estão se opondo.

5. Processo penal democrático: o que é isso?

O processo penal brasileiro está vivendo um momento de profunda instabilidade, que atinge a totalidade de seus institutos. Fontes primárias já não servem para grande coisa, frente a uma nova realidade que vem *patrolando* aqueles que lidam com dados objetivos para demonstrar a correção de seus postulados. Agora, o que importa é o *argumento*, e o peso desse mesmo argumento, em regra, está vinculado ao nome que o sustenta, por utilizar seu prestígio para atingir um simples *convencimento*.

O que se ganha com isso? Ora, ganha-se o fim que o defensor/proponente do argumento pretenda alcançar, seja ele de que natureza for. Esse é o motivo pelo qual, hoje em dia, vemos tanto desprezo às fontes históricas e aos dados objetivos no estudo do processo penal. A utilização de ambos simplesmente esvazia todo e qualquer argumento que procure dar, a determinado instituto, uma característica, uma definição ou uma limitação que ele jamais apresentou ao longo de toda sua existência. Em última análise, há um estímulo, em conhecidos meios acadêmicos, ao desprezo daquilo que não corrobora o tal *argumento*. Sob essa perspectiva, a história é inimiga.

Um bom exemplo disso foi a má utilização da teoria do *garantismo penal*, tendo vários autores nacionais nela inserido o que iam contra o seu conteúdo. Luigi Ferrajoli se viu obrigado a vir ao Brasil afirmar que, o que atribuíam à sua obra (*Diritto e Ragione. Teoria Del Garantismo Penale*), jamais havia sido nela dito. Foi assim que a bandeira do *garantismo* acabou sendo abandonada como título em diversos livros.

Em sua substituição, veio a bandeira do *constitucionalismo*, onde os antigos *garantistas* passaram a se autoproclamar *constitucionalistas*. No entanto, essa nova identificação poderia passar a impressão que seus postulados derivavam do que expressamente estava previsto na Constituição Federal, e a fragilidade de seus argumentos poderia ficar ainda mais patente, caso não houvesse uma perfeita correspondência entre o texto daquela e as ideias que essa linha doutrinária professava.

Veio, então, o argumento de defesa da democracia ou do Estado Democrático de Direito, verificando-se, de uma vez por todas, uma plena liberdade argumentativa para que, sob a invocação dessa defesa, qualquer proposição fosse apresentada, sem que houvesse o risco de ser desmentida. Ao fim e ao cabo, *democracia* e *Estado Democrático de Direito* passaram a significar o que cada autor deseja que signifique, podendo ser *protegidos* de acordo com as *intenções* de cada autor.

No que diz respeito à invocação da democracia como argumento voltado à preservação de determinados interesses em sede de processo penal, esse não é um procedimento inaugurado nos dias de hoje. Ao contrário, ele se mostra nada autêntico, não passando de uma cópia mal feita do que já tivemos em tempos pretéritos.

³² LOPES Jr., Aury. *op. cit.*, 2013a, p. 5.

Quem não vê a história do processo penal como inimiga, bem sabe que, no direito antigo, a invocação da democracia era um argumento muito comum no meio judicial daquele período. Considerado um dos autores mais premiados de sua época, Aristófanes não poupou suas letras para descrever essa prática perversa existente nos tribunais atenienses, o que pode ser facilmente constatado em, ao menos, duas de suas peças.

Em *Pluto* – ou, *A Riqueza* –, surge em cena um *sicofanta*, que nada mais era que um acusador profissional da época, invocando a necessária proteção à democracia como argumento para acusar um terceiro e alcançar sua condenação³³. Esse acusador profissional era muito mal visto em seu meio social, pois se caracterizava por utilizar todos os artifícios possíveis para acusar alguém, visto que seu intento era, pura e simplesmente, obter ganhos financeiros com sua atuação. Melhor explicando o que se passava nos tribunais e práticas processuais daquela época, Américo da Costa Ramalho esclarece que “Cada um chamava democracia àquilo que mais lhe convinha. E aos que pensavam de modo diferente acusava-os de conspirarem contra a democracia”³⁴. O mesmo ocorre em outra peça – *Os Acarnienses* –, onde a invocação à democracia volta a ocorrer como simples argumento retórico voltado ao convencimento de terceiros³⁵.

Não foi outra a realidade presente no mundo romano, segundo nos deixou saber Marco Túlio Cícero, maior orador do período republicano. Em seu discurso *Catilinárias*³⁶, ele aponta a incongruência existente em relação a cidadãos influentes que se intitulavam democratas, mas eram adeptos ou defensores de certas práticas e opiniões francamente incompatíveis com a noção de democracia. Sua crítica, no final das contas, dirigia-se à má utilização da democracia e de seus valores como um rótulo disputado no meio social, ainda que a postura de quem o invocasse estivesse claramente apontando para outra vertente política.

É nesse contexto que se inserem o *princípio da democraticidade* e o *sistema processual penal democrático*.

Quanto ao primeiro, ele representa uma nova investida, realizada por um setor doutrinário muito específico, em ver a teoria da gestão da prova acolhida em nosso país, apesar da artificialidade de sua base doutrinária e de nossos Tribunais Superiores já a haverem refutado³⁷. Quanto ao segundo, além de também invocar a teoria da gestão da prova como elemento obrigatório para a existência do *sistema processual penal democrático*, ele é formado por elementos que, ao longo de toda a historiografia de seu proponente, sempre estiveram vinculados ao sistema acusatório.

Essa é a demonstração mais cabal de que as proposições desse princípio e do novel sistema não passam de uma simples troca de vestimenta em temas já superados e proposições

³³ ARISTÓFANES. *Pluto (A Riqueza)*. Traduzido por Américo da Costa Ramalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 66.

³⁴ ARISTÓFANES. *op. cit.*, p. 89-90.

³⁵ ARISTÓFANES. *Los Acarnienses*. In: *Comedias*. Coleção Los clásicos de Grecia y Roma. Tradução de Luis Gil Fernández. Madrid: Gredos, 2000, p. 74 e 75.

³⁶ CÍCERO, Marco Túlio. *Catilinarias*. Tradução de María Casilda Gutiérrez de Albéniz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 70.

³⁷ Só para ficarmos nas decisões mais recentes, lembremo-nos das seguintes: STF, HC 109.713, 1ª Turma, rela. Mina. Rosa Weber, j. em 19-02-2013. STJ, HC 192.410-MS, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 18-03-2012. STJ, HC 176.424-MS, 6ª Turma, rela. Mina. Assusete Magalhães, DJe 01-02-2013.

já refutadas pela doutrina, tribunais e legisladores nacionais. A intenção é dúplice: a) retirar do processo penal seu caráter público, deixando o juiz refém do interesse das partes em crimes de ação penal pública; e b) utilizar-se, para o alcance deste primeiro intento, do argumento da democracia ou preservação do Estado Democrático de Direito, como forma de encontrar alguma facilidade em ver aquelas proposições aceitas, primeiramente, por nossos Tribunais Superiores, e, ao depois, por nossos legisladores, com a incorporação definitiva do espírito privado em nosso CPP.

Mesmo assim, uma característica está sempre presente na *democraticidade*, justificadora daquele princípio e elemento fundante do novel sistema: é a completa exclusão de um dos sujeitos do processo – ou seja, o juiz criminal –, em relação aos seus destinos. Surge, portanto, a necessidade de respondermos a uma pergunta muito simples: o que significa, então, *processo democrático*?

Etimologicamente, a palavra democracia (*demos* = povo; *kratos* = poder) remete à participação popular na tomada de decisões que venham a afetar todos os integrantes de uma sociedade. Embora esta seja uma definição mais que rudimentar, outra definição de democracia também aparece junto à cultura que cunhou essa palavra, e lhe deu a máxima aplicabilidade até hoje conhecida. Poderia ela, de igual forma, significar o necessário respeito às normas validamente estabelecidas³⁸.

Em uma perspectiva mais *caseira*, nossa Constituição Federal erigiu o Brasil à condição de Estado Democrático de Direito, também apontando, já em seu Preâmbulo, quais os direitos e valores que devem fazer parte dele³⁹. Como lá se observa, não há nenhuma relação de hierarquia ou prioridade entre os direitos individuais e os direitos sociais, e entre o direito à liberdade e o direito à segurança.

Por si só, o Preâmbulo da Constituição Federal já afasta a possibilidade de se alcançar a privatização do processo penal, o que ocorreria com a suposta acolhida do *princípio da democraticidade* ou do *sistema processual penal democrático*. Mantido o caráter público do processo penal, a participação do juiz – não como mero espectador – passa a ser entendida como obrigatória, embora revestida de certos limites destinados a proteger sua imparcialidade. É exatamente o que ocorre em países, *i.e.*, como Itália, Alemanha, Portugal e Espanha, mas sem os traumas exagerados verificados no Brasil.

Sob essa perspectiva, o direito processual civil dá mais uma mostra do por que ainda se encontra mais evoluído que o direito processual penal. Enquanto setores da doutrina processual penal insistem em procurar configurar o juiz criminal como um sujeito completamente inerte, a doutrina processual civil construiu a noção de colaboração das partes com o juiz. Não por outro motivo, em estudo dirigido à conceituação do que seria um *processo democrático*, Motta e Hommerding deixam claro que “o estabelecimento de focos de

³⁸ ARISTÓFANES. *op. cit.*, 2011, p. 49.

³⁹ Diz a Constituição Federal, em seu Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

centralidade (seja nas partes, seja no juiz) não se adapta ao perfil democrático dos Estados da alta modernidade”⁴⁰.

Transportando essa exigência para o processo penal de matriz democrática, é certo que, até mesmo por imperativo constitucional, ele deve estar pautado pelas garantias e direitos individuais presentes em nossa Carta Maior. Com isso, ampla defesa, contraditório, devido processo legal, entre outros⁴¹ devem estar presentes em sua configuração, assim como, a possibilidade de interação judicial, desde que respeitados os limites protetivos de sua imparcialidade.

Se houver centralidade nas partes, o que teremos é um processo penal de estrutura acusatória privatista, algo refutado pela Constituição Federal, por atentar contra o direito à segurança. Se houver centralidade no juiz, o que teremos é um processo penal de estrutura inquisitiva – tal como já referido por Cordero e Ferrajoli –, que também sofreria a mácula da inconstitucionalidade.

6. A manutenção do Sistema Acusatório e seu aperfeiçoamento no projeto de novo CPP

A análise feita em relação à base argumentativa do *sistema processual penal democrático* nos permitiu observar que ele não possui qualquer condição de ser entendido como um quarto sistema de processo penal.

Como a *democraticidade* – erigida à condição de seu princípio unificador – outra coisa não é que uma forma de revestir a teoria da gestão da prova com uma *roupagem principiológica*, então estamos diante, isto sim, de um típico sistema acusatório, mas regido sob um ideal privatista. E, sendo este ideal avesso ao que a doutrina aponta como uma das características do *processo democrático*, simplesmente não há como, sob pena de desrespeito aos ditames constitucionais, o sistema acusatório privatista – ou, no caso específico, o *sistema processual penal democrático* – ser acolhido por nosso legislador.

O desenvolvimento de nosso estudo permite concluir, então, que não há qualquer necessidade de o legislador alterar o conteúdo do artigo 4º do projeto de novo CPP, para dele retirar sua vinculação ao sistema acusatório. Fica respondida, assim, a pergunta que motivou esse estudo. Entretanto, isso não quer dizer que a atual redação do artigo 4º do projeto mereça permanecer como está. Expliquemos melhor.

Ao defendermos a manutenção da redação do artigo citado, referimo-nos à sua vinculação sistêmica, quando ele diz que “O processo penal terá estrutura acusatória ...”. Até este ponto, está impecável sua redação. Todavia, a exemplo do que já foi alertado ao seu tempo pela doutrina⁴², permanece a necessidade de alteração da segunda parte daquele dispositivo, quando prevê a possibilidade de atividade probatória *ex officio judicis*, desde que ela venha a favorecer somente ao réu.

⁴⁰ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, nº 73, jan./abr. 2013, p. 201.

⁴¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. 4 reimp. Curitiba: Juruá, 2008, p. 250.

⁴² ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília, v. 183, Edição Especial, jul./set. 2009, p. 173-179.

O juiz concebido pelo projeto de novo CPP materializa a figura do *juiz-defensor*, que é absolutamente incompatível com o sistema acusatório, por ser um juiz que deve estar atento às omissões da defesa técnica, e supri-las na condição de um *advogado de plantão*. Em suma, o que o projeto fez foi criar um juiz parcial pró-réu, o que leva à descaracterização daquele julgador como verdadeiro magistrado, por não apresentar seu requisito primeiro: a imparcialidade – leia-se, equidistância em relação aos interesses das partes – que deve estar presente em todo integrante do Poder Judiciário.

Essa inconformidade não é fruto apenas de nossa opinião sobre tal modelo de magistrado. Ao contrário – e contraditoriamente –, o modelo de juiz proposto pelo projeto simplesmente nunca se viu presente em qualquer processo representativo do sistema acusatório, seja qual for o período da história em que este sistema se fez presente. Na verdade, a figura do juiz-defensor só se fez presente – e aqui está a contradição – em processos representativos do sistema inquisitivo, justamente o oposto da proposição contida no projeto.

Para bem documentar tal afirmação, basta uma simples pesquisa junto às regulamentações feitas pela Igreja Católica no período da Inquisição. Entre elas, encontraremos as regulamentações da Inquisição Espanhola, mais especificamente as Instruções de Tomás de Torquemada (1484) e as Instruções de Fernando de Valdés (1561). Em ambas, não se verifica qualquer autorização para que o juiz-inquisidor buscasse provas, de ofício, em desfavor do réu; ao contrário, ele somente poderia agir de ofício, na fase probatória, se fosse para buscar provas que viessem a beneficiar o sujeito passivo daquele processo, pois sua configuração previa a presença do *Fiscal*, que se encarregaria atividade probatória de interesse da acusação⁴³.

É por esse motivo que a figura do juiz-defensor está ligada intrinsecamente ao sistema inquisitivo – em franca oposição ao que prevê o projeto de novo CPP –, a ponto de a doutrina apontá-lo como uma de suas características mais marcantes⁴⁴, e levar Carpsódio a materializar o perfil de atuação do juiz inquisidor no brocardo *judex supplere debet defensionis rei ex officio*⁴⁵.

⁴³ Quanto à regulamentação feita por Tomás de Torquemada, tal previsão se encontra em: Instrução 14. *Infruciones fechas en Sevilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. Copilacion delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monasterio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñorios de Efpaña, 1532*. Já, quanto à regulamentação feita por Fernando de Valdés, esse tema é tratado nas seguintes instruções: Instruções 21, 29 e 38. *Copilación delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años*. A tradução destes dois textos da Inquisição Espanhola pode ser encontrada em: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. In: *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1960, p. 23; TORNAGHI, Hélio. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 9.

⁴⁵ Exatamente nesse tema é possível identificar *o ponto cego* na doutrina de Rui Cunha Martins. Ao demonstrar sua aderência à teoria da gestão da prova, ele acolhe integralmente a posição de Geraldo Prado, quando este diz que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar, e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do Juiz” (MARTINS, Rui Cunha. *op. cit.*, 2013a, p. 8; PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 129-131). Em suma, na visão de ambos, juiz ativo, na fase probatória, seria sinônimo de juiz parcial. No entanto, o autor português incide em um

Um forte indício de aceitação de nossos argumentos, por parte do legislador, pode ser verificado na revisão da redação inicialmente dada ao artigo 162 do projeto original, que cuidava do papel a ser exercido pelo juiz na fase probatória. Nesse dispositivo, claramente se vê que o juiz estava autorizado a produzir prova de ofício, mas nas condições impostas pelo artigo 4º do projeto. Ou seja, desde que não fosse em benefício da acusação, e fosse somente em benefício do réu⁴⁶. No entanto, na redação final enviada pelo Senado Federal à Câmara dos Deputados, o papel do juiz foi revisto no – agora – artigo 165⁴⁷, cujo texto veio em substituição ao artigo 162 original.

No presente momento, o juiz criminal está autorizado a produzir prova de ofício em caso de dúvida, independentemente de quem se veja, ao final, beneficiado com o aporte daquela prova. Mais que qualquer coisa, o legislador deu mostras de coerência com o modelo de juiz presente no direito continental como um todo, e com aquele inserido na reforma processual penal de 2008.

O que resta, então, é o legislador finalizar a correção de rumo que deu no papel a ser exercido pelo juiz criminal na fase probatória, de modo a que não haja incongruência entre os dispositivos iniciais do futuro CPP e a regulamentação dos papéis a serem exercidos pelos sujeitos processuais penais. A finalização dessa correção dar-se-á, em nossa forma de ver, com a extirpação daquela proibição final contida no artigo 4º do projeto, que poderia passar a contar com a seguinte redação: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites deste Código, vedada ao juiz a iniciativa na fase de investigação”.

7. Conclusão

O projeto de novo CPP deu um importante e inédito passo ao estabelecer, de modo expresse, que o sistema por ele adotado é o acusatório. Com essa simples previsão contida em seu artigo 4º, muito da controvérsia existente ainda hoje encontrará o seu fim, como, a título de exemplo, ocorrerá com a postura ativa do juiz na fase de investigação.

Com a proposição de adoção, por parte do direito brasileiro, do *sistema processual penal democrático*, dúvida surgiu quanto à manutenção, ou não, da opção sistêmica feita pelo projeto. A dúvida seria: há necessidade de haver alteração do projeto de novo CPP, mesmo

silêncio extremamente constrangedor ao não esclarecer ao seu público leitor que Geraldo Prado é defensor do *juiz-defensor*, ou seja, aquele juiz que somente poderá produzir prova de ofício se for para favorecer unicamente ao réu, sob o argumento de que o juiz deve exercer um papel de *assistência* ao acusado (PRADO, Geraldo. *op. cit.*, p.130). Ora, a figura do assistente nada mais é que uma parte adesiva no processo penal, o que leva aqueles autores a defenderem a figura de um juiz parcial, só que em favor do réu. Uma segunda derrapada de nosso autor português se verifica quando ele se refere positivamente aos artigos 4º e 162 (redação original) do projeto de CPP (MARTINS, Rui Cunha. *op. cit.*, 2013a, p. 26, 28 e 29), mas nada fala quanto ao fato de ambos dispositivos haverem previstos a figura do *juiz-defensor*, somente verificável, em termos históricos, em processos representativos do sistema inquisitivo.

⁴⁶ Artigo 162. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.

⁴⁷ Artigo 165. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.

depois de superadas todas as etapas no Senado Federal, e hoje em trâmite na Câmara dos Deputados?

Após analisarmos os argumentos que sustentam a criação desse novel sistema, pudemos chegar à conclusão que ele não só não se ajusta ao conceito de processo democrático preconizado pela doutrina, como também não se trata de um sistema processual penal autônomo. Na verdade, o *sistema processual penal democrático* nada mais é que um sistema acusatório de cunho privatista, que já foi rechaçado pelos Tribunais Superiores brasileiros, e não acolhido pelo legislador reformista de 2008, quando se dedicou a reescrever a disciplina sobre prova no atual CPP.

O objetivo de tal sistema, ao aderir à teoria da gestão da prova, nada mais é que retirar o caráter público do processo penal brasileiro, deixando seu destino exclusivamente nas mãos das partes, algo impensável para a cultura processual seguidora do direito continental, como é o caso de nosso país.

Logo, não há nenhuma necessidade de o legislador voltar à estaca zero com o projeto de novo CPP, visto que sua coluna vertebral – a aderência expressa de nosso processo penal ao sistema acusatório, estampada no seu artigo 4º – está de acordo com os postulados da doutrina processualista penal, nacional e estrangeira.

A reforma que deve ocorrer, isso sim, diz respeito à permissão de o juiz criminal poder produzir prova de ofício, independentemente de quem for o beneficiário de seu resultado, pois a vedação, hoje existente no projeto, conduz o juiz, em realidade, a se tornar um sujeito processual representativo do sistema inquisitivo. Sua constitucionalidade, tal como hoje se encontra, estaria, então, com os dias contados.

Referências Bibliográficas

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006.
- . Reflexões em Torno de um Novo Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, nº 61, p. 113-131, 2008.
- . Teoria da Gestão da Prova: um confronto consigo mesma. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, a. 10, nº 18, p. 141-200, 2008.
- . O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília, v. 183, Edição Especial, jul./set. 2009, p. 173-179.
- . *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- ARISTÓFANES. *La Asamblea de las Mujeres*. Tradução de José Javier Viana. Madrid: Ediciones Clásicas, 2011.
- . Los Acarnienses. In: *Comedias*. Coleção Los clásicos de Grecia y Roma. Tradução de Luis Gil Fernández. Madrid: Gredos, 2000. v. 20.
- . *Pluto (A Riqueza)*. Traduzido por Américo da Costa Ramalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Catilinarias*. Tradução de María Casilda Gutiérrez de Albéniz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- CONDE-PUMIDO TOURÓN, Cándido. Nuevas Fórmulas para la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Revista Iuris*, nº 56, p. 24-33, dez. 2001.
- CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.
- . *Procedura Penale*. 5 ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. El Principio de Contradicción en el Proceso Penal. *Diario La Ley*, Madrid, a. XXIII, nº 5.474, p. 1-4, fev. 2002.

- LOPES JR., Aury. (Re)Discutindo o Objeto do Processo com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n° 39, p. 103-124, jul./set. 2002.
- . (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema *inquisitório x acusatório*. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, a. 21, n° 251, p. 5-6, out. 2013a.
- . *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva: 2013b.
- . *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005a.
- . Sistemas de Investigação Preliminar. In: *Propostas para um novo modelo de persecução penal: combate à impunidade*. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica; Centro de Estudos Judiciários: Brasília: CJF, 2005b. Série Cadernos do CJF, n° 25, p. 79-91.
- MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. In: *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório versus Acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. *Boletim Informativo IBRASPP*, Porto Alegre, a. 03, n° 04, p. 15-17, 2013/1.
- MARTINS, Rui Cunha. *A Hora dos Cadáveres Adiados. Corrupção, Expectativa e Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013b.
- . *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013a.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de Investigação Criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MOTERO AROCA, Juan. El Principio Acusatorio: Un intento de aclaración conceptual. *Revista Justicia*, Barcelona, n° 4, p. 775-789, 1992.
- MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n° 73, p. 183-206, jan./abr. 2013.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Edisofer, 2012.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. 4 reimp. Curitiba: Juruá, 2008.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- RAMALHO, Américo da Costa. Notas. In: ARISTÓFANES. *Pluto (A Riqueza)*. Traduzido por Américo da Costa Ramalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 83-93.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- TORQUEMADA, Tomás de. *Infructiones fechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. Copilacion delas Infructiones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monaferio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñorios de Epaña, 1532*.
- VALDÉS, Fernando de. *Copilación delas Infructiones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años*.