

O SISTEMA ACUSATÓRIO NA LEI 13.964/2019

THE ADVERSARIAL SYSTEM IN LAW 13.964/2019

José Antonio Paganella Boschi¹

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais. 2 Os dois sistemas de processo, na história do direito processual penal. 3 O sistema inquisitivo no direito penal do horror da Idade Média. 4 O sistema acusatório e seu progressivo distanciamento do sistema inquisitivo. 5 A Constituição de 1988 e o sistema acusatório de processo. 6 O modelo acusatório na Lei 13.964/2019. Um mundo de expectativas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A história do direito confunde-se com a história das nações e, por isso, todo aquele que for estudá-la perceberá que os sistemas jurídicos são reflexos da visão de mundo (ideologia) dos detentores do poder sobre políticas públicas, formas de Estado e de Governo, tendências democráticas ou autoritárias e maior o menor preocupação com a defesa dos direitos e das liberdades fundamentais dos cidadãos.

É sob essa perspectiva que teceremos breves comentários sobre o sistema inquisitivo de processo e sua lenta substituição pelo sistema acusatório que permeia as legislações modernas, destacando, ao fim e ao cabo, a necessidade de esforço interpretativo dos operadores do direito destinados a arredar, por ineficácia, os dispositivos do Código de Processo Penal que deveriam ter sido expressamente revogados pela lei nova de n. 13.964/2019 por incompatibilidade com o sistema acusatório no País nela previsto explicitamente e antes dela pela CF de 1988.

¹ Ex membro do Ministério Público. Aposentado como Desembargador do Tribunal do RGS. Ex professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da PUC. Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura da Ajuris. Coautor da obra Comentários à Lei de Execuções Penais (Aidê) e Código de Processo Penal Comentado (Livraria dos Advogados); Autor das obras Ação Penal, Ação Penal - As fases Administrativa e Judicial da Persecução e Das Penas e seus Critérios de Aplicação (Livraria dos Advogados). É Mestre em Ciências Criminais e Advogado militante na área criminal.

2 OS DOIS SISTEMAS DE PROCESSO, NA HISTÓRIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O processo penal, como sistema, é uma totalidade constituída por regras e princípios com força normativa em intensa vinculação unitária que, a um só tempo, instrumentaliza a repressão dos delitos e protege o acusado, que é a parte mais fraca, contra o risco de abusos de parte do Estado acusador no exercício do poder de punir.

Consoante as características desse sistema, o Juiz, como dizia Goldschmidt, pode percorrer dois "caminhos distintos" e alternativos para resolver determinada questão penal.

"...Um deles, é que...ao considerar que haja indícios suficientes de um fato punível, proceda de ofício e recolha por si próprio o material, a fim de obter o conhecimento da existência do delito. ...

"Outro caminho para se chegar à verdade e à justiça é que...se limite à decisão quanto às solicitações interpostas do material produzido, deixando a interposição das solicitações e o recolhimento do material àqueles que, perseguindo interesses opostos, são representados como partes².

Com essas palavras, o emérito jurista germânico estava se referindo aos dois grandes sistemas conhecidos em todo o mundo que regem a dinâmica do processo: o inquisitivo e o acusatório.

É sobre eles que discorreremos nos tópicos a seguir³, finalizando com comentários gerais sobre o novo artigo 3o-A do CPP, introduzido pela Lei 13.964 e as antinomias remanescentes à reforma realizada por meio dela, que demandarão posturas interpretativas em bloco para que o modelo acusatório de processo seja realidade também na prática forense.

² GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 72-73

³ Há quem aluda a um terceiro sistema, denominado como *misto*, mas a alusão é impertinente, porque resulta só de esforço de conciliar os dois sistemas antes referidos, como esclareceu, com acerto, o saudoso e culto Desembargador gaúcho Marco Antonio de Abreu Scapini em excelente texto sobre o tema (*A Violência dos Sistemas Processuais Penais: Uma abordagem crítica desde uma Potência Inquisitorial*. Porto Alegre, Ajuris, ano XXXVI, setembro de 2009, p. 174), amparado nas idéias de Canaris, para quem o conceito de sistema pressupõe, necessariamente, ordem e unidade, ou seja, requisitos e princípios próprios não identificáveis no denominado sistema misto de processo.

3 O SISTEMA INQUISITIVO NO DIREITO PENAL DO HORROR DA IDADE MÉDIA

O sistema inquisitivo⁴ (do latim **inquirere**, inquirir, indagar), “... se caracteriza, em primeiro lugar, pelo fato de que o mesmo órgão que instrui e acusa também decide a causa (o inquisidor)”⁵ de modo que, nesse sistema, conforme Claus Roxin, “o juiz intervém por si mesmo: ele detém, interroga, investiga e condena. Não há acusador nem acusado, mas somente o juiz (o inquisidor) que investiga e julga – e o objeto de sua atividade (o inquirido)”⁶, aspecto que bem evidencia o alto grau do comprometimento da isenção do julgador e do risco que corre o acusado no processo.

A fonte desse sistema é o direito romano e como tal foi praticado pelos romanos até perder força no feudalismo (porque o proprietário das terras era mais árbitro do que de julgador) e ressurgir, com força e vigor, na Alta Idade Média quando a Justiça da Igreja, “dotada de espírito por inteiro diverso”⁷ começou sua intensa fase de reestruturação no Papado de Inocêncio III.

A queixa que no direito romano e também no direito feudal era desencadeada pelo particular, com todos os riscos frente ao oponente – seria substituída por um sistema de “delação (**denunciatio**) ou um rumor publicamente divulgado de má fama – ... – para que se produzisse uma atuação oficial persecutória: se abria, em consequência, a **inquisitio**, com o objetivo de averiguação da verdade material (**verias delicti**)”⁸.

Esse sistema que inspirou as **delações premiadas** como as conhecemos em nosso direito atual expandiu-se a partir de 1232, quando o Imperador Frederico II lançou éditos de perseguição aos hereges, em todo o Império, como estratégia política, temeroso de divisões internas.

⁴ Lembre-se que a palavra *inquérito* deriva de inquisição pois nele não há defesa e contraditório, tendo o investigado, no máximo, o direito à obtenção de cópias integrais dos autos, a teor do enunciado n. 14 da Súmula Vinculante, o que nem sempre consegue porque há sempre a alegação de que pendem diligências sigilosas...).

⁵ AMBOS, Kai & LIMA, Marcellus Polastri. O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades Alemã e Brasileira. Livraria do Advogado, 2009, p. 9

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000, p. 86 (tradução nossa).

⁷ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. SP, Saraiva, 1994, p. 24.

⁸ AMBOS, Kai & LIMA, Marcellus Polastri. O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades Alemã e Brasileira. Livraria do Advogado, 2009, pp.17-18

As mudanças serviam ao Direito Canônico por ensejar “maior controle disciplinar entre os clérigos infratores ou corruptos”⁹, em razão do comércio de ritos sagrados pela Igreja, sacramentos, relíquias e cargos, mas, também desconfiado das ambições do Imperador, o Papa acabou reivindicando a missão para a Igreja e entregando-a a Inquisidores da ordem dos Dominicanos recrutados por sua rigorosa formação tomista e pelo desapego aos interesses terrenos, que os tornaria presumivelmente isentos.

Assim, como bem explica João Bernardino Gonzaga, “...com o papa Inocêncio III, no fim do século XIII, e com o quarto Concílio de Latrão, em 1216, firmou-se o método da *inquisitio*. No procedimento *per inquisitionem*, permitia-se ao juiz, mesmo sem acusador, abrir um processo e nele livremente colher as provas conducentes ao julgamento. Na Igreja nasce, desse modo, o que se veio a chamar de “sistema processual inquisitório”, caracterizado então por estas notas: a autoridade dispõe de poderes para, por sua iniciativa, encetar uma ação penal; liberdade do juiz para colher as provas que entenda necessárias, procedimento secreto, em que avulta o interesse em obter a confissão do réu”¹⁰, admitida a tortura.

Em 1376 o frade Nicolau Eymerich escreveu o *Manual dos Inquisidores* ou *Malleus Malleficarum*, que, por conter as normas processuais a serem seguidas, termos e modelos de sentenças a serem utilizadas pelos inquisidores, pode ser qualificado como típico *Código de Processo da Inquisição*.

Nesse Manual em que recomenda o emprego de artimanhas, de subterfúgios, como, por exemplo, “Os dez truques... para neutralizar os truques dos hereges”¹¹ e destinados a induzi-los a confessar seus crimes, ainda que sob tortura, consta que, se inquisidor for exitoso, já não mais haveria necessidade do imputado ser assistido por um defensor. Literalmente: “O fato de dar o direito de defesa ao réu também é motivo de lentidão no processo e de atraso na proclamação da sentença. Essa concessão algumas vezes é necessárias, outras não. Quando o réu confessa o crime - sendo ou não reconhecido por testemunhas - para quem o denunciou e a

⁹ AMBOS, Kai & LIMA, Marcellus Polastri. O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades Alemã e Brasileira. Livraria do Advogado, 2009, pp.17-18

¹⁰ GONZAGA. João Bernardino, *A Inquisição em seu Mundo.*, SP, Saraiva, 1994, p. 24

¹¹ EYMERICH. Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Brasília. Editora Rosa dos Tempos. 2a. ed., p. 123 (Prefácio de Leonardo Boff)

confissão corresponde às denúncias, não vale a pena oferecer-lhe um defensor para atuar contra as testemunhas. Na verdade, a confissão tem mais credibilidade do que o depoimento das testemunhas".¹²

A lógica inquisitiva e esse brutal desconhecimento das garantias individuais e todas as brutalidades incompatíveis com a caridade e o amor cristão vigorou durante o antigo regime também no incipiente direito secular europeu, como é possível ver, por exemplo, no extraordinário livro *Observações Sobre a Tortura*¹³ escrito pelo Iluminista Pietro Verri.

Apoiado em documentos autênticos, o Iluminista Pietro Verri reconstruiu caso ocorrido em 1630, ano em que uma peste originária de Valtelina (Alemanha) mataria milhares de milaneses. As autoridades diziam para o povo que aquilo não era nada (a história se repete?), que a peste não passava de uma invenção de médicos que queriam ganhar dinheiro com os pacientes e que a causa da mortandade decorria da ação criminosa de quatro pessoas que, segundo despacho expedido pelo Marquês Spínola, haviam partido de Madri com um potente veneno e que estavam unguentando as paredes das casas.

Com o propósito "confirmar" a versão e escondendo que se fosse mesmo veraz a história os criminosos seriam os primeiros a morrer, as autoridades locais iniciaram uma "caça humana" e foi certamente induzida a aceitar a veracidade da versão oficial que uma certa senhora chamou a polícia ao ver um cidadão de nome Guglielmo encostado na parede de uma das casas próxima à sua.

O pobre homem, um simples funcionário público, que havia interrompido a marcha para abrigar-se da chuva no local em que foi preso, acabaria sendo preso e acusado pelo morticínio. É claro que ele negou tudo mas como foi torturado incansavelmente acabou confessando que era, efetivamente, um dos criminosos e, por isso, debaixo de mais sofrimentos físicos precisou "revelar" as identidades dos outros participantes, declinando nomes de conhecidos que seriam torturados e condenados por terem confessado...

Esse caso, dentre outros tantos descritos por Michel Foucault, ilustra tudo.

¹² EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Brasília. Editora Rosa dos Tempos. 2a. ed., p. 137 (Prefácio de Leonardo Boff).

¹³ VERRI, Pietro. *Observações Sobre a Tortura*. Trad. de Dalmo de Abreu Dallari. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

4 O SISTEMA ACUSATÓRIO E SEU PROGRESSIVO DISTANCIAMENTO DO SISTEMA INQUISITIVO.

Diametralmente contrário ao inquisitivo, o sistema acusatório, segundo Faustino Cordón Moreno, está assentado nas ideias de que *a) no hay juicio sin una previa acusación; b) a acusación debe ejercerse por um órgano (o persona) distinto del que há de juzgar; c) el órgano enjuiciador está vinculado a los elementos identificadores de la acusación (hecho punible objeto de la misma persona del acusado), de forma que no puede condenar por hechos diferentes ni a persona distinta.*¹⁴.

Em sua base, reside, concentrado, o esforço de assegurar, com a separação das funções, a imparcialidade do juiz. O processo é, essencialmente, um processo "de partes", no qual "*... se contrapõem a acusação e a defesa, num duelo judiciário caracterizado pela igualdade das posições e dos direitos das duas partes contrapostas sobre as quais se ergue, moderador impassível, o juiz. A este último não se reconhece nenhum poder de iniciativa na obtenção da prova, cujo ônus cabe tão-só ao acusador*"¹⁵.

Foi a partir dessa noção de processo "de partes" e para assegurar a isenção do julgador que o MP seria criado como o conhecemos hoje. É o que ensina Godschmidt, literalmente: "*...la creación del Ministerio fiscal no há tenido outro fin sino dispensar al juez de la iniciativa de la persecución penal, nunca el de desnaturalizar su función, es decir, privarla del derecho de penar, cuyo ejercicio es una función específica de la justicia*"¹⁶.

Explicação semelhante nos é dada por Kai Ambos e Marcellus Polastri Lima apoiados em sólida pesquisa dando conta da criação na Prússia, em 1846, de "*um Ministério Público junto ao Tribunal Superior (Kammergericht) de Berlim*", embora destinado não a reforçar os princípios do Estado de Direito e sim a "agilizar o processamento de um maior número de pessoas (aproximadamente 254) que

¹⁴ MORENO, Faustino Cordón. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, 2ª. Ed., Aranzadi, Navarra, 2002, p. 125

¹⁵ PISAPIA, Gian Domenico. Citado por Antonio Amilton de Barros, *Processo Penal Segundo o Sistema Acusatório*. SP, Editora Leme de Direito, 2002, p. 166

¹⁶ GOLDSCHIMIDT, James. *Principios Generales Del Proceso Penal*, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, p. 51.

tinham tomado parte do levante da Polônia de 1846 e, assim, estavam sendo acusadas do delito de alta traição”¹⁷.

Com a consolidação no mundo do ideário humanista e iluminista e todos os movimentos políticos inspirados no tripé da igualdade, da liberdade e da fraternidade que sustentou a Revolução Francesa e que propiciou o nascimento do Estado Moderno, a modernidade e a categoria antropológica nova do *indivíduo*, o sistema acusatório de processo acabaria sendo incorporado pelos ordenamentos jurídicos da imensa maioria dos Países, mesmo que com a preservação ocasional nas legislações internas de resquícios inquisitivos.

Assim aconteceria em Portugal em 1772, ano em que nesse País ocorreu a conhecida Reforma Pombalina dos cursos jurídicos inspirada nos paradigmas científicos do racionalismo e do jusnaturalismo em franca difusão no Continente europeu, nessa época.

O período da reforma Pombalina, ensina Ruth Gauer, *"pode ser caracterizado pelo abandono do romantismo em favor de um sistema de Direito Natural e do individualismo crítico. A transformação da jurisprudência portuguesa embasada na Lei da Boa Razão, nos Estatutos de 1772 e na tentativa de um novo Código em 1788 fundamentou-se no jusnaturalismo da Escola do Direito Natural e das Gentes... Os conceitos de racional, de natural e de nacional são as bases das disciplinas dos cursos de Cânones e Leis, o Direito Nacional e o Direito das Gentes. O direito proposto pelos reformadores se contrapunha à visão do direito ensinado pelos jesuítas: a tese de que todo poder emana de Deus se contrapõe à origem social do pacto feito pelo consentimento dos homens. A legitimação do poder se encontra no próprio homem que o instituiu. Essa nova premissa embasou a criação do Estado como organismo distinto da sociedade civil. Na Idade Média, o poder pertencia aos senhores feudais que o transmitiam hereditariamente; na visão moderna, essas duas esferas dissociaram-se: o poder não é mais herdado, mas conquistado através de instrumentos legais, como o voto. Assim, separou-se o direito público do privado. O*

¹⁷ AMBOS, Kai & LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades Alemã e Brasileira*. Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

espírito moderno está em descobrir o valor da coisa pública, separada dos interesses particulares".¹⁸

É fácil perceber, à simples leitura desse rico e preciso texto, a enorme distância entre as duas economias de poder ínsitas nos sistemas jurídicos: o medieval (feudal e escolástico) de matriz inquisitiva e o moderno, de base acusatória, garantista e protetor dos direitos e das liberdades fundamentais inerentes a cada *individuo*.

O Brasil Império que era à época regido pelas mesmas Ordenações Filipinas e seu direito penal do horror, seria beneficiário do espírito desse novo tempo, pois eram muitos os brasileiros que em Coimbra estudavam e se abeberavam dessa filosofia e quando retornavam para solo pátrio engrossavam as fileiras dos intelectuais que clamavam por mudanças.

Dentre esses estudantes de Coimbra figurava Bernardo de Vasconcelos, que, em Portugal, havia sido aluno de Mello Freire, este último considerado o executor das reformas propostas no Compêndio Histórico e nos Estatutos do período Pombalino.

Conforme Mário Reis Marques, citado por Ruth Gauer, Mello Freire *"É... também, um dos grandes responsáveis pela construção, sistematização e institucionalização do direito moderno em Portugal. As Instituciones Juris Civilis Et Criminales Lusitani e a História Juris Civilis Lusitanim, cujo importante papel na nacionalização dos princípios do novo direito é por demais evidente".¹⁹*

Retornando ao Brasil e elegendo-se Deputado, Bernardo de Vasconcelos elaboraria e apresentaria na Câmara um projeto de Código Criminal consentâneo com o novo tempo, seguido de outro da autoria do Deputado José Clemente Pereira.

Esses dois projetos foram examinados pela Comissão específica que, a final, optou pelo projeto de Vasconcelos que, depois de ser emendado, seria aprovado em 22 de outubro de 1830 pela Comissão de Emendas para, após passar pelo Senado, ser promulgado por Dom Pedro I a 8 de janeiro de 1831.

Substituindo as Ordenações, o Código Penal de 1830, em que pese os defeitos verificados, representou um avanço extraordinário, porque, segundo ensina

¹⁸ GAUER, Ruth Chittó. *A Modernidade Portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772*. Porto Alegre. Edipucrs. 1996, p. 73.

¹⁹ GAUER, Ruth Chittó. *A Modernidade Portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772*. Porto Alegre. Edipucrs. 1996, p. 77.

Pierangeli, "... deixou de tipificar uma série de condutas que não atingiam a bens jurídicos alheios, estabelecia uma saída e progressiva demarcação de áreas entre a moral e o direito, vedada a aplicação da pena de morte para os crimes políticos, desenvolvia um grande avanço nas concepções liberais da época. Por estas e outras razões, em 1854 foi traduzido para o francês por Victor Fouché, "Graças ao Código Criminal, afirma Vicente de Paula Azevedo, parece que a língua portuguesa, túmulo do pensamento, no sentir desconsolado de Herculano, mereceu alguns cultores. Tê-la-ia estudado o belga Haus, para melhor lhe apreciar o estilo. Para o mesmo fim, paciente e germanicamente, Mittermayer teria, também, aprendido o português", tendo ainda o referido Código influenciado a legislação espanhola, e, "através dela", a influência "sobre a dos países latino-americanos, foi forte e acentuada"²⁰.

Foi nessa toada que o Brasil, dois anos depois (1832), marcaria outro tanto importantíssimo ao aprovar o Código de Processo Penal do Império que, segundo AURELINO LEAL constituiu-se como "a mais brilhante vitória no domínio da justiça"; que, para PANDIÁ CALÓGERAS, revelou-se como "um formoso monumento do saber jurídico e do espírito liberal"; para CÉSAR TRÍPOLI, como "um expoente da cultura jurídica" e para CARPENTER, como "simples, claro, apto a infundir tranqüilidade e segurança".²¹

O Arquivo Nacional registra que "a elaboração de um código específico para o processo criminal iniciou-se no Primeiro Reinado durante a primeira legislatura do parlamento brasileiro (1826-1829), composto por Senado e Câmara dos Deputados, a partir do projeto apresentado pelo ministro da Justiça Lúcio Soares Teixeira de Gouveia, em maio de 1829.

A comissão que deu nova redação a esse projeto, formada por José Antônio da Silva Maia, Manoel Alves Branco e Antônio José da Veiga, só foi eleita em julho de 1831. O projeto do código de processo criminal para intervir nos juízos de primeira instância foi assinado pelo seu relator, o liberal Manoel Alves Branco, deputado pela Bahia, sendo aprovado na segunda legislatura (1830-1833).

²⁰ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp.72-73

²¹ DUTRA, Fábio. *Algumas Questões sobre o Tribunal do Júri*.
http://www.tjrj.jus.br/c/document_library, acesso no dia 21 de julho de 2020, 22h35min.

O Código de Processo Criminal foi promulgado na conturbada década de 1830, quando o governo imperial, para enfrentar a grave crise política após a abdicação do imperador D. Pedro I, criou a Guarda Nacional (1831), visando à manutenção da ordem pública ameaçada por uma série de revoltas urbanas e provinciais, que contestavam a centralização do poder nas mãos de parte da elite política enriquecida pela expansão cafeeira na região sudeste do país. As reformas aprovadas no Parlamento pelos liberais moderados nesse período possuem a marca das pressões federalistas, selando um novo rearranjo político entre o poder central e as províncias".²²

Mesmo mantendo a matriz inquisitiva por permitir ao juiz de paz recolher provas da materialidade (art. 12) e também, de ofício, a iniciar a ação penal e ouvir testemunhas, sem a presença do réu (art. 141), que só poderia contestar as testemunhas se fosse preso (art. 142), o Código de Processo Criminal de 1832, em sua estrutura, "*...distinguia a maneira pela qual deveriam ser conduzidos os procedimentos relativos às investigações dos crimes públicos e particulares. Os crimes públicos delegavam a ação penal ao promotor público ou até mesmo ao cidadão, como previsto, entre os crimes destacados nessa seção estavam incluídos os crimes políticos. De certa maneira, o Código do Processo, previa em sua estrutura, as competências relativas à administração da justiça, é nesse sentido que a prática jurídica passava a ser dividida em distrito de paz, em termos e comarcas; seguindo uma hierarquia, os distritos eram delegados aos juizes de paz, os termos aos promotores públicos, que atuavam em companhia de um juiz municipal, um conselho de jurados, um escrivão das execuções e demais oficiais; já às comarcas eram designados os juizes de direito. O Código do Processo ainda estabelecia os procedimentos destinados a um processo criminal, formalizando a maneira pela qual se deveriam apresentar as queixas para que a prisão fosse efetuada e o transgressor pudesse ser indiciado. Nas palavras de Oswaldo Machado Filho, este código "especificava, ainda, a forma como os julgamentos deveriam ser conduzidos e os passos para a apelação", ainda se apresentavam as garantias aos indivíduos, que por alguma razão havia contravertido a ordem, entre elas "1º. revista, apenas*

²² <http://mapa.an.gov.br/index.php/meanu-de-categorias-2/282-codigo-de-processo-criminal-de-primeira-instancia>

com mandado judicial; 2º. prisão, somente com mandado ou flagrante; 3º. o direito a habeas corpus; 4º julgamento em tribunais abertos e com acareação de testemunhas"(MACHADO FILHO, 2006, p. 215). De certa maneira, essas garantias visavam à proteção da liberdade de ir e vir, sendo que o habeas corpus passou a ser o meio jurídico essencial para esse fim".²³

Na seção III do Título I o Código definiu quem poderia atuar como Promotor e estabeleceu as respectivas atribuições, dentre elas, a de oferecer denúncia, de promover a execução das sentenças e de "*Dar parte às autoridades competentes das negligências, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça*" (arts. 36 e 37, par. 3º), denotando, assim, máxima preocupação com a probidade administrativa. A publicidade das audiências seria instituída no artigo 59, o que representava algo extraordinário comparando-se com o sistema medieval dos julgamentos secretos, abraçado pelas Ordenações.

É claro que remanesceram defeitos, mas é inegável que o sistema inquisitivo feudal e escolástico passariam a ser lembrados como momentos infelizes na história da humanidade, sem embargo da contextualização feita por João Bernardino Gonzaga de que a Inquisição precisa ser entendida como um "*produto de sua época, inserido num clima religioso*" ... das "*... condições culturais, políticas, sociais, econômicas, religiosas, científicas, que moldavam certo estilo de vida, muito diferente do nosso*"²⁴.

O Código Criminal do Império conviveria com legislações processuais estaduais editadas com a autorização expressa da Constituição de 1891, mas, em 1941, seria substituído pelo atual Código de Processo Criminal editado por Getúlio Vargas por meio do Decreto-Lei n. 3.689 e para vigorar em todo o País.

Mesmo preservando regras inquisitivas - que adiante destacaremos - o Código de Processo Penal vigente receberia o rótulo de fascista por ter seguido a matriz ideológica do *Codice Rocco*, mas, na lenta evolução do nosso Direito positivo, foi

²³ AGUIAR, Patrícia Figueiredo. *O Código Criminal de 1832 e as Críticas dos Ministros da Justiça*. Revista Sapiência, UF Mato Grosso. [in.ueg.br > sapiencia](http://in.ueg.br/sapiencia). Acesso no dia 21/07/2020, às 18h30m [do artigo-29874-1-10-20180913 \(1\)](https://doi.org/10.20180913.1).

²⁴ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. São Paulo. Saraiva, 1994, p. 20. Disse o ilustre autor: "*A Inquisição, enquanto instituição humana, nasceu e permaneceu imersa no mundo que a envolvia, que a explica e que a modelou. Logo, sem conhecer esse mundo, não poderemos julgá-la*".

novo e importante esforço na direção da modernidade, pois extinguiu a ação penal popular prevista no art. 74 e limitou a ação penal de ofício apenas às contravenções (art. 531), reforçando, assim, a oficialidade da acusação, reduzindo o grau da influência pessoal do juiz para o nascimento da ação penal e regando assim a semente do incipiente modelo acusatório de processo.

5 O SISTEMA ACUSATÓRIO NA LEI 13.964/2019. UM MUNDO DE EXPECTATIVAS REAIS

A lei 13.964/2019, editada para aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, introduziu no CPP o novo art. 3º-A dispondo que a estrutura do processo penal brasileiro é "*acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*".

Esse novo artigo 3º-A não integrava dos textos dos Projetos de Leis 10.372/2018 e 882/2019 da Câmara e só foi incluído no Senado por meio do PLS n. 6341/2019, em reação às duas propostas que, cada qual ao seu modo, visavam incrementar a punibilidade no País. A

É importante salientar que a Lei 13.964/2019, no ponto em exame, nada trouxe de novo porque, a bem da verdade, o sistema acusatório de processo de processo, como sustentávamos desde a primeira edição de nosso *Ação Penal – As Fases administrativa e judicial da persecução*²⁵ já estava previsto, implicitamente, na Constituição de 1988 *sem depender de qualquer complementação ou regulamentação em lei ordinária*.

A essa conclusão pode-se chegar mediante simples leitura dos Capítulos sobre as garantias individuais (art. 5º), os poderes e deveres dos Magistrados (art. 92 e seguintes), as atribuições dos órgãos do Ministério Público (art. 127 e seguintes) e as prerrogativas dos advogados privados (art. 133) e públicos (art. 134). Por meio desses dispositivos a Constituição reconhece que o acusado é um sujeito de direitos no processo, que as funções de acusar, julgar e defender são distintas e que o exercício delas passa pela investidura de diferentes pessoas, nas formas estabelecidas nas leis específicas do MP, da Magistratura e da Advocacia.

²⁵ Publicado em 2010 pela Livraria dos Advogados Editora Ltda, de Porto Alegre.

É assim que vem se manifestando a doutrina²⁶ e o próprio STF, como se depreende do voto do eminente Ministro Roberto Barroso proferido quando do julgamento da ADI 5.104-MC (Tribunal Pleno, Dje de 30/10/14), nos seguintes termos:

“A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal”.

Significa dizer, então, que, a partir de agora, não mais haverá qualquer resistência no reconhecimento de que a estrutura do processo penal é acusatória e que, por força disso, todos os dispositivos legais que contrariem as mensagens normativas que provinham da Constituição e que agora provém da Lei 13.964 serão rapidamente identificados e declarados inconstitucionais ou ineficazes?

Infelizmente, a resposta é negativa. As normas constitucionais que dispõem especificamente sobre a estrutura acusatória nunca foram respeitadas (haja vista a manutenção até hoje no CPP de diversos dispositivos incompatíveis com a CF, como será demonstrado em seguida) e nada indica que elas serão respeitadas agora só porque o legislador aprovou a Lei 13.964.

As resistências já são notórias.

Atente-se, por exemplo, que tão logo foi sancionada a Lei 13.964, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a AJUFE (associação dos Juizes Federais) e dois Partidos Políticos, cada qual empregando os mais variados argumentos, ingressaram com ações cautelares declaratórias (que foram tombadas sob os n. 6298, 6299, 6300 e 6305,) postulando o reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade de diversos dispositivos dessa Lei, dentre eles os artigos 3º-A e 3º-B, que tratam do sistema acusatório e do Juiz de Garantias, este conhecido, há bastante tempo, nas legislações de Países latino-americanos.

²⁶ BARROS, Antonio Milton. *Processo Penal segundo o Sistema Acusatório*. São Paulo. Editora de Direito, 2002, p. 168 e PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. Rio: Lúmem Juris, 1999, p. 153 e 171.

Essas ações foram despachadas no dia 10 de janeiro deste ano (2020) pelo Presidente do STF, Min. Dias Toffoli, apenas para o efeito de suspender, por 180 dias, a eficácia dos artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP dados por ele como formalmente **constitucionais**, sob o argumento de que "...a instituição do "juiz das garantias" pela Lei nº 13.964/2019 veio a reforçar o modelo de processo penal preconizado pela Constituição de 1988" e que "Tal medida constitui um avanço sem precedentes em nosso processo penal, o qual tem, paulatinamente, caminhado para um reforço do modelo acusatório".

A inconstitucionalidade do art. 3º-A não foi reconhecida pelo Min. Toffoli na decisão monocrática acima referida, mas essa correta e respeitável decisão no entanto, teve vida curta, porque, ao receber os autos por distribuição, o eminente relator, Min. Luiz Fux, 12 dias depois, decidiu **revogá-la** para, **ad referendum do Plenário, suspender sine die a eficácia** "(a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (arts 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3ºD, 3º-E, 3º-DF, do Código de Processo Penal)", bem ainda de outros dispositivos, dentre eles o art. 28 e sua nova disciplina sobre o arquivamento do inquérito.

Por conseguinte, foi suficiente nova decisão monocrática com argumentos ainda não exaurientes para que, no tocante à estrutura acusatória do processo, a vontade do Parlamento expressa na Lei 13.964, bem afinada com a Constituição Federal, deixasse de surtir os efeitos desejados e esperados há muito pela comunidade jurídica comprometida com os direitos dos acusados, com a dúplici função repressiva e de garantias do processo e com a maximização do ideal de imparcialidade nos julgamentos.

Da leitura da erudita decisão monocrática dois aspectos chamam a atenção: o *primeiro*, relativo à ausência de motivação específica para a suspensão da eficácia do dispositivo que alude à estrutura acusatória do processo (o artigo 3º-A), pois os longos fundamentos foram empregados para justificar a suspensão **sine die** do artigo 3º-B, que trata do juiz de garantias; o *segundo aspecto*, advém da constatação de que o sistema acusatório questionado na ADI 6298 e com eficácia suspensa foi invocado pelo eminente Relator como fundamento para conter a eficácia do artigo 3º-B, denotando, assim, certa incoerência interna nessa decisão.

A resistência em aceitar a estrutura acusatória de processo decorre, máxima vênia da *cultura inquisitiva dominante*, referida por Aury Lopes Jr²⁷, que inspira flexibilizações na interpretação e aplicação da Constituição e das Leis, todas destinadas, salvo melhor juízo, a impedir as mudanças mesmo diante do reconhecimento do novo, bem ao estilo positivista do "*mudar conservando*".

A jurisprudência, com efeito, é, naturalmente, conservadora e nisso não vai nenhum propósito de desqualificá-la, pois, a final, trabalho com o direito posto e nem sempre há espaços para inovações.

Ao permitir, por exemplo, a prisão de condenados em processos pendentes de julgamento pelas instâncias superiores, o STF adotou uma posição tipicamente conservadora e quem fez essa afirmação foi ninguém menos que o decano da Corte, Min. Celso de Mello! Acompanhado por três colegas, ele votou contra a mudança de entendimento quando do julgamento do HC 126.292 que propiciou a prisão de acusados com a confirmação da condenação em segundo grau. " Em seu voto, o ministro Celso de Mello afirmou que " pelo menos 25% dos recursos extraordinários criminais que chegam ao STF interpostos por réus condenados são acolhidos inteiramente, o que significa que condenações decretadas anteriormente são revertidas pelo colegiado. " Houve uma inflexão conservadora do Supremo na restrição do postulado constitucional de estado de inocência." Segundo o artigo 5º, inciso LVII da Constituição. "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".²⁸

O mesmo colendo STF, noutro exemplo, demorou cerca de quinze anos em meio às centenas de Habeas Corpus e recursos Extraordinários interpostos para declarar, por seis votos contra cinco, a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos na parte que proibia a progressão nos regimes, em que pese a clareza na Constituição Federal do princípio da individualização da pena, que determina o

²⁷ LOPES JR., Aury. Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório. <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>, acesso no dia 23 de julho de 2020, às 20h15m.

²⁸ In: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/decanos-supremo-comentam-virada-jurisprudencia-corte>, acesso no dia 26/07/2020, às 17 hs.

reconhecimento das diferenças, a final reconhecido como fundamento central no julgado paradigmático²⁹.

Então, o alerta sobre a *cultura inquisitiva* tem pertinência, máxima vênia, porque não faz muito, até mesmo o emin. Presidente do STF, a mesma autoridade que, em janeiro deste ano, deu pela constitucionalidade do modelo acusatório de processo, previsto no art. 3º-A, como referimos antes, foi quem, inquisitivamente, determinou de ofício a abertura de inquérito no âmbito do STF para apurar notícias falsas (*fakes news*) e ataques a Ministros da Corte e designou como Relator o emin. Ministro Alexandre de Moraes, em descompasso, precisamente, com normas internas que regem a distribuição dos processos para preservação do princípio da impessoalidade.

É certo que a iniciativa foi dada como legal e constitucional pela maioria dos integrantes da egrégia Corte, mas, com o máximo respeito, preferimos ficar com a posição vencida, externada pelo emin. Ministro Marco Aurélio, de que o artigo 43 do Regimento Interno do STF, que embasou a instauração do inquérito, não foi recepcionado pela Constituição de 1988 e que a instauração de ofício de inquérito violou o sistema acusatório constitucional.³⁰

Era de rigor, por todas as razões, o envio de **notitia criminis** ao MP Federal para que essa Instituição abrisse a investigação, colhesse as provas e concluísse ou sobre a existência ou não de infração penal, especialmente considerando que o próprio STF reconheceu e reafirmou em vários julgados a legitimidade do MP para investigar.

Permanece vivo, portanto, o antigo alerta de Afrânio Jardim de que a estrutura processual penal de hoje, no Brasil, continua sendo um produto inacabado³¹ e parte dessa responsabilidade pode ser debitada, também, ao próprio Parlamento, porque o legislador, no mais das vezes, *deixa de promover, quando da aprovação das leis novas, a expunção dos textos de todos os dispositivos colidentes previstos nas leis velhas.*

²⁹ HC n. 82959, da relatoria do Min. Marco Aurélio.

³⁰ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1>, acesso no dia 23 de julho de 2020, às 22h10min.

³¹ JARDIM, Afrânio. *Ação Penal Pública. Princípio da Obrigatoriedade*. Rio, Forense, 2a. ed., 1944, p. 24

O saudoso Luiz Flávio Gomes já alertava que *"as denominadas" reformas pontuais das leis...penais, processuais civis, entre outras –, de uma forma ou de outra, têm trazido problemas para o sistema, tornando os códigos, na visão de alguns, uma verdadeira "colcha de retalhos"*.³² Por isso há quem sustente, com razão, que ao invés de reformar seria melhor e mais seguro reeditar inteiramente os Códigos.

Ninguém ignora as dificuldades políticas para substituição dos Códigos, pela diversidade representativa das forças no Congresso e poderes das corporações, mas essas dificuldades não justificam, máxima vênua, a tradição brasileira infelizmente consolidada de aprovação das leis com reserva aos seus intérpretes e aplicadores da missão, nem sempre fácil, de identificar os dispositivos ineficazes constantes das leis velhas alteradas. Essa situação desmerece o processo legislativo e causa inseguranças jurídicas para os cidadãos e operadores do Direito.

Assim, ao modificar, em boa extensão, o texto Código de Processo Penal, e nele incluir dispositivos sobre a estrutura acusatória do processo, o juiz de garantias e a ritualística do arquivamento do inquérito, impunha-se, de um lado, o *cuidado para o resguardo da coerência interna do sistema* e, de outro lado, *a eliminação dos dispositivos existentes incompatíveis com a reforma*, como condição para a manutenção da unidade que caracteriza o ordenamento jurídico.

Observe-se:

O arquivamento do inquérito ou peças de informações antes dependente de decisão judicial será realizado mediante despacho administrativo pelo próprio representante do MP, despacho esse sujeito ao controle de "instância de revisão" da Instituição (as Câmaras do Ministério Público Federal e provavelmente o Conselho Superior do Ministério Público Estadual).

Desse modo, carece de sentido a manutenção, intacta, da regra do artigo 18 do CPP que enseja novas pesquisas sobre a autoria do fato pela autoridade policial mesmo "depois de ordenado o arquivamento pela *autoridade judiciária*".

Outrossim, o par. 5o do artigo do novo art. 28 confere competência ao juiz de garantias para devolver ao MP os autos do inquérito ou peças de informações para

³² <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/105804/comentarios-reformas-pontuais-dos-codigos>

a *reformulação* da proposta de Acordo de não persecução se entender que as condições eleitas são *inadequadas, insuficientes ou abusivas*.

E certo que o Acordo de Não Persecução não tem a amplitude da **plea bargaining norte-americana** mas, vênha concessa, não há como negar que a intromissão do Magistrado assentada em *juízos políticos, de conveniência ou de utilidade* (inadequação, insuficiência ou abusividade) entra em descompasso com o modelo acusatório e não se coaduna com as novas prerrogativas dos agentes do MP de ajustarem com o investigado e seu defensor, desde que em conformidade com a lei, as condições para o Acordo.

Há mais.

Considerando-se a premissa básica de que o processo acusatório é entre *partes* e que nele o juiz, como terceiro, é *passivo* e separado delas, como condição para resguardar a sua imparcialidade e decidir as questões postas com a máxima isenção, pensamos, ainda, que o legislador, por meio do novo Diploma, para manter a coerência intrínseca do Código assentado nessa premissa, deveria ter revogado expressamente os artigos 127, 147, 149, 196, 209, 282, par. 5o, 310, II, 373, 385, 574, I e II, 616 do CPP e de outros dispositivos de leis especiais que deixamos de enumerar neste momento por fugir ao objetivo deste artigo.

Esses dispositivos permitem, respectivamente, **ao juiz, de ofício**, decretar o sequestro de bens; proceder a verificação da falsidade documental; instaurar incidente de insanidade mental do acusado; reinquirir o réu; ouvir testemunhas não arroladas pelas partes; substituir medida cautelar ou voltar a decretá-la se sobrevirem razões que a justifiquem; converter o flagrante em preventiva; interditar provisoriamente direitos; proferir sentença condenatória mesmo em face de pedido de absolvição formulado pelo acusador; recorrer contra a própria decisão concessiva de HC e de absolvição sumária (esta última hipótese já havia se tornado ineficaz pois a Lei 11.689/2008 retirara o recurso de ofício do capítulo do júri) e **ao Tribunal, também de ofício**, a conversão em diligência do julgamento da apelação para reinquirição do acusado ou de testemunhas ou a realização de diligências em primeiro grau.

Se a ADI n. 6298 for julgada improcedente pelo STF, como se espera, a declaração pelo Judiciário de ineficácia desses dispositivos será imperativa. Afinal,

ensinava Norberto Bobbio, o ordenamento jurídico é composto por normas hierarquizadas formadoras de um sistema, entendendo-se como total aquela "*totalidade ordenada*"³³, que não aceita antinomias como as denunciadas.

Em suma: se foi longo o caminho percorrido até aqui para que o processo inquisitivo ficasse como triste lembrança na história, espera-se, agora que seja bem mais curto o que ainda terá que ser percorrido, para que o sistema acusatório de processo e tudo o que dele dimanar deixe de ser um princípio vago e se transforme em realidade geradora de efeitos jurídicos práticos no mundo empírico.

Como destacou o Ministro Rogério Schietti Machado Cruz³⁴, "os ares democráticos que sopram no Brasil após a CR/88, aliados à modernização de vários institutos do Direito Processual Penal e das instituições que compõem o sistema de justiça criminal nada significarão, na tarefa de oferecer ao jurisdicionado todas as condições necessárias e suficientes para exercer sua cidadania frente ao Estado punitivo, se os que interpretam e aplicam o direito também não se atualizarem e abrirem suas mentes para esses novos tempos.

³³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília, UNB1997, p. 71.

³⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Rumo a um Processo Penal Democrático*. Acesso no dia 26 de julho de 2020, às 21h15m