

PACOTE ANTICRIME: ESTRUTURA ACUSATÓRIA VERSUS GOVERNAMENTABILIDADE INQUISITIVA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

ANTI-CRIME PACKAGE: ADVERSARIAL STRUCTURE VERSUS INQUISITIVE GOVERNMENTALITY OF CONTEMPORARY BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Juliano de Oliveira Leonel¹

RESUMO

A pesquisa tem relevância no contexto nacional, posto que se volta ao estudo da estrutura inquisitorial do processo penal brasileiro, que se mantém “viva”, mesmo diante de um Estado Democrático de Direito. Tem-se por problema de pesquisa: em que medida o pacote anticrime, notadamente com a introdução do art. 3º-A no CPP, enfrentará a governamentabilidade inquisitorial do processo penal brasileiro contemporâneo brasileiro? Objetivou-se, desse modo, fazer um trabalho, com o intuito de analisar a inconstitucionalidade do art. 156 do CPP e a sua revogação tácita pelo pacote anticrime, além de sua eventual (in)efetividade ante a governabilidade inquisitorial. Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, pelo fato de a fundamentação teórico-metodológica ser necessária para este trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Sistemas processuais penais. Pacote anticrime. Governamentabilidade inquisitorial.

ABSTRACT

The research has relevance in the national context, since it turns to the study of the inquisitorial structure of the Brazilian criminal procedure, which remains “alive”, even in the face of a Democratic State of Law. There is the research problem: to what extent will the anti-crime package, notably with the introduction of art. 3rd-A in the Criminal Procedure Code, face the inquisitorial governability of the contemporary Brazilian criminal procedure? Therefore, the purpose of this work, was to analyze the unconstitutionality of art. 156 of the Criminal Procedure Code and its tacit revocation by the anti-crime package, in addition to its eventual (in)effectiveness in the face of inquisitorial governability. As for the means, the research was bibliographic, because the theoretical-methodological basis is necessary for this work.

KEYWORDS: Criminal procedure. Criminal Procedural Systems. Anti-crime package. Inquisitorial governability.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Sistemas Processuais Penais: a identificação do princípio unificador. 3 A gestão da prova no art. 156 do CPP, sua inconformidade com o texto constitucional e a reforma promovida pelo Pacote Anticrime – da

¹ Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS, Mestre em Direito pela UCB, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UFPI, Defensor Público. Professor UNIFSA – Centro Universitário Santo Agostinho e UNINOVAFAPI – Centro Universitário Novafapi. E-mail: julianoleonel@hotmail.com; <https://orcid.org/0000-0003-3012-0698>.

revogação tácita do princípio unificador inquisitorial. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Como é sabido, no atual estado da arte, os direitos que eram limitados apenas a projeto de concretização do bem comum, passaram a ser comandos normativos na garantia da dignidade da pessoa humana, irradiando-se assim, as normas constitucionais, por todo o ordenamento jurídico, através de uma eficácia ampla².

Portanto, o direito processual penal deve ser, num Estado Democrático de Direito³, um instrumento a serviço da máxima eficácia desses direitos e garantias fundamentais⁴, ou seja, deve-se constituir como um dique de contenção das violações aos direitos humanos e fundamentais⁵.

Em assim sendo, um processo penal democrático, típico de um sistema acusatório, é aquele que seja capaz de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, decorrendo desse respeito, inclusive, a legitimidade da sentença condenatória (legitimidade constitucional), não devendo se alvorar, desta feita, num “mecanismo de busca desenfreada ‘da verdade’”, como sói acontecer num sistema processual inquisitivo.

Por conseguinte, para que o poder punitivo tenha legitimidade é imperioso que ao réu tenha sido garantido o devido processo legal, com todos os seus consectários, previstos não só na Constituição Federal, mas, também, no Pacto de São José da Costa Rica, e isso, necessariamente implica num sistema processual

2 Para Streck, “em face do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição brasileira, ‘o valor normativo da Constituição deve ser potencializado, especialmente a normatividade dos capítulos condensadores dos interesses das classes não-hegemônicas” (STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos & rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 200, p 25).

3 LOPES JR leciona que “A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiência antigarantista). Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático (...)” (Lopes Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 70).

4 O processo penal deve ser lido a partir de uma finalidade constitucional-garantidora, como um “instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo” (Lopes Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 70)

5 Lopes Jr ensina que: O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). *Ibidem*, 2012, p. 72.

acusatório, já que num modelo inquisitorial a “ambição da verdade” faz com que os fins justifiquem os meios e o desrespeito às regras do jogo é visto como algo naturalizado.

Assim, o presente estudo inicia-se com a análise dos sistemas processuais penais e a identificação do seu princípio unificador, bem como a sua relação com a questão da “busca da verdade” no processo penal. Em seguida, discorrer-se-á sobre a redação do Art. 156 do CPP, desvelando o princípio unificador acolhido pela legislação infraconstitucional brasileira – leia-se, a gestão da prova, a fim de se verificar a matriz acusatória ou inquisitória do processo penal brasileiro, com o fito de averiguar a sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, bem como a eventual revogação tácita do aludido dispositivo pelo Art. 3º-A do CPP, inserido recentemente no ordenamento jurídico pelo chamado Pacote Anticrime.

No artigo utilizar-se-á o método dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, legislação e jurisprudência brasileira atinente à temática. A pesquisa tem o intuito meramente laudatório, sem intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente da academia tendo em vista o atual cenário que se desenha, com a utilização e quiçá manutenção de um processo penal de matriz autoritária e utilitarista.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: A IDENTIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO UNIFICADOR

A abordagem da presente temática justifica-se, como adverte Lopes Jr., pois “(...) na medida em que não existe um mínimo de ‘paz conceitual’” “(...), precisamos seguir falando de sistemas processuais penais no Brasil”⁶.

De acordo com Gloeckner, mesmo não se almejando fazer uma completa historiografia, “uma pequena construção dos sistemas processuais é necessária” para sedimentar as noções elementares de cada uma das espécies”, para “compreender e, assim, identificar nosso atual modelo constante do CPP/1941 (...)”⁷.

6 LOPES JR, Aury. **Sistemas Processuais Penais: Ainda precisamos falar a respeito?** In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, págs. 54-55.

7 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. Bahia: Editora Juspodivm, 2013, p. 134.

Entretanto, a ressalva feita por Jobim do Amaral se faz imprescindível de que “Assim, nada mais nos poderá conduzir falsamente uma simples retomada do devir histórico numa linha de evolução”, já que “Culturalmente, o processo penal de cada época oferece um panorama rico acerca das suas razões e sentidos políticos”.⁸ No mais, destaca ainda que não se pode perder de vista que “Os sistemas processuais penais veiculam-se, sobretudo, como circuitos dispostos a operar como *máquinas desejanter*”.⁹

A priori, poder-se-ia conceituar, sistema processual penal, segundo Coutinho, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como “um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, forma um todo orgânico que se destina a um fim”¹⁰. E, desse modo, costuma-se apontar a existência histórica de duas espécies de sistemas processuais penais: inquisitório e acusatório.

O sistema inquisitório, de maneira pura, por seu turno, é um modelo histórico, onde há um ‘desamor’ pelo contraditório, de acordo com Cunha Martins¹¹.

Lopes Jr¹², esclarece que:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. (...) O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório.

Lopes Jr¹³ destaca ainda que, o sistema acusatório predominou até o Século XII, quando passou a sofrer a crítica de que a inércia do juiz, no campo da gestão da prova, fazia com que o julgador tivesse que decidir com base em um material probatório defeituoso, fruto de uma atividade incompleta das partes. Assim, ao longo

8 JOBIM DO AMARAL, Augusto. Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2014, p. 49.

9 *Ibidem*, p. 474.

10 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 16.

11 CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

12 *Ibidem*, 2012, p. 122.

13 *Ibidem*, 2012.

do Século XII até o XIV, o sistema acusatório vai sendo substituído pelo inquisitório, em razão “dos defeitos” da inatividade das partes na produção das provas, levando o Estado a assumir a gestão da prova, a fim de não se deixar apenas nas mãos dos particulares essa função, pois isso comprometeria a eficácia do combate à criminalidade.

Aliás, a gestão da prova é o núcleo fundante dos sistemas processuais, ou seja, o seu princípio unificador como diz Coutinho¹⁴. Dessa forma, a mera separação das funções de acusar e julgar no processo penal não é o que realmente define e diferencia o sistema inquisitório do acusatório.

Goldschmidt¹⁵ afirma que no sistema acusatório, a produção da prova, ou seja, a apresentação de requerimentos e o recolhimento do material probatório compete às partes, cabendo ao juiz tão-somente decidir.

Coutinho¹⁶, na mesma linha, afirma que “a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador” do sistema processual, apontando que o princípio dispositivo é o núcleo estruturante do sistema acusatório, onde a gestão das provas está nas mãos das partes, sendo o juiz um mero espectador; enquanto, no princípio inquisitivo a gestão das provas está nas mãos do julgador, cabendo-lhe a produção de ofício.

Quanto à um possível sistema processual misto, Coutinho, esclarece, ainda, que não existe um princípio misto e, portanto, não haveria propriamente um sistema “misto”, enquanto terceira espécie do gênero sistemas processuais, como sugere parte da doutrina pátria¹⁷.

Realmente, por não haver um princípio unificador “misto” não se pode sustentar a existência de um sistema “misto”, já que a construção de um sistema exige uma viga-mestra, um ponto fundante. Mas, por outro lado, os sistemas acusatório e inquisitório, de maneira “pura”, são dados históricos, pois hoje o que existe é uma

14 Como alude Coutinho: “Trata-se, como se tem presente, do princípio inquisitivo e do princípio dispositivo, os quais dão sustentáculo ao sistema inquisitório e ao sistema acusatório, respectivamente. *Ibidem*, p. 17.

15 *Ibidem*.

16 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001, p. 28.

17 *Idem, ibidem*.

mescla de elementos dos dois sistemas, ou seja, todo sistema é “misto”, mas no sentido de que se tem uma certa hibridização dos modelos¹⁸.

Logo, na atualidade, pode-se ter um sistema nitidamente inquisitorial com adereços de acusatório ou, ao contrário, um sistema predominantemente acusatório com acessórios inquisitoriais, a depender da possibilidade de o juiz determinar provas de ofício ou não. Mas, certamente, na esteira de Coutinho¹⁹, essa simbiose, nos dias de hoje, dos elementos dos dois sistemas ao longo da *persecutio criminis*, não configuraria a existência de um sistema “misto”, como se existisse essa terceira espécie ao lado dos já conhecidos acusatório e inquisitorial.

Por isso, não se pode falar que o sistema brasileiro é “misto” sem cair num inegável reducionismo²⁰, baseado tão somente na constatação de que, supostamente, teríamos uma fase de investigação preliminar “inquisitorial” e uma fase processual “acusatória” (*sic*). Em assim sendo, a fim de que se possa identificar o sistema processual em vigor no Brasil, mister se faz desvelar o seu princípio unificador, de tal maneira que ele será inquisitivo (em que pese possuir algumas características do acusatório) ou acusatório (mesmo que tenha se consagrado resquícios inquisitoriais), já que puro certamente ele não será.

Importante ressaltar que, nitidamente, o sistema inquisitório, fundado no princípio inquisitivo (gestão das provas nas mãos do juiz) é construído a partir de um conjunto de falaciosos conceitos, especialmente o da busca da “verdade real” e “se este é o seu fim esta é seu definitivo mote, se está autorizado a encontrá-la a qualquer preço: doa a quem doer, custe o que custar, até tratar o réu como objeto onde se encontra a verdade”²¹.

Inclusive, foi essa busca desenfreada pela “verdade real” que gerou a derrocada do sistema acusatório e o surgimento do nefasto sistema inquisitorial²².

Não por outra razão, Coutinho afirma que o sistema inquisitório “Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem

18 Lopes Jr, *Ibidem*, 2012.

19 *Ibidem*.

20 Lopes Jr, *ibidem*, 2012.

21 BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Direito Penal a Marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito)**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013, p. 145

22 Lopes Jr, *Ibidem*, 2012.

embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (...), persistindo por mais de 700 anos”²³.

Entretanto, essa verdade real almejada em modelos inquisitoriais é impossível, por ser excessiva. Por isso, Carnelutti²⁴, com apoio em Heidegger, adverte que a verdade está no todo e não em partes, sendo que o todo é demais para o processo penal, o que evidencia ser a tal “verdade real” um mito.

Dessa maneira, o processo penal é uma tentativa sempre aproximada de reconstrução do passado, respeitando-se as regras do jogo, como destaca Lopes Jr²⁵:

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva, senão porque constitui um gravíssimo erro falar em ‘real’, quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade.

Assim, a sentença do juiz não é “a revelação” da verdade, mas sim “o embricamento do manancial de significantes arremessados no processo como pretensões de validade intersubjetiva”, como destaca Moraes da Rosa²⁶. Logo, “a atividade cognitiva avivada no Processo Penal é um mecanismo de ‘bricolage singular’, entendido, em francês, como fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito. E nunca o é, por impossível”²⁷.

Em assim sendo, Cunha Martins sustenta que “(...) o estafado problema da verdade no seio do processo penal carece, sobretudo, de um deslocamento de perspectiva”²⁸ e, dessa forma, a verdade no processo penal acusatório será sempre contingencial, não podendo ser fundante do sistema processual. O processo penal democrático, portanto, não pode ter por finalidade principal a impossível “busca da verdade real”, que serviu apenas para fundar a construção de processos penais

23 *Ibidem*, págs. 18-19.

24 CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XX, (II série), p. 4-9, 1965

25 *Ibidem*, 2012, p. 568.

26 MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como Bricolage de Significantes**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 200, p. 369.

27 *Idem, Ibidem*.

28 *Ibidem*, p. 64.

utilitaristas e autoritários, que por evidente é incompatível com o atual paradigma constitucional e convencional.

Dentro desse cenário, é inegável que, na contemporaneidade, qualquer justificativa de se manter a gestão da prova nas mãos do juiz, certamente se fundará nessa impossível busca da “verdade real”, típica de um sistema inquisitório, e contrária às exigências de um processo penal acusatório e democrático, aonde os fins com certeza não podem justificar os meios.

O problema, como adverte Carvalho (2013, p. 135-136) é que “embora as práticas inquisitoriais sejam fortemente erradicadas no século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício são definitivamente abolidos em Portugal (1821) e Espanha (1834), sua matriz material e ideológica predominará na legislação laica”, continuando a orientar, portanto, “a tessitura dos sistemas penais da modernidade”²⁹.

E, um claro exemplo disso é o Brasil, como se verá no próximo tópico.

3 A GESTÃO DA PROVA NO ART. 156 DO CPP, SUA INCONFORMIDADE COM O TEXTO CONSTITUCIONAL E A REFORMA PROMOVIDA PELO PACOTE ANTICRIME – DA REVOGAÇÃO TÁCITA DO PRINCÍPIO UNIFICADOR INQUISITORIAL

Desde a reforma processual operada em 2008, conhecida como “Comissão Grinover”, encontra-se previsto no artigo 156 do Código de Processo Penal, de forma expressa, o princípio inquisitivo, ao prever a possibilidade de o julgador produzir provas de ofício, inclusive, na fase de investigação.

Não por outra razão, Coutinho (2001, p. 29) afirma que “O sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”.

Logo, nossa construção legislativa processual penal infraconstitucional, que está em vigor (apesar de não ter validade), está apoiada na utópica “busca da verdade real”, como se infere da atual redação do artigo 156 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11690/2008:

²⁹ CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, págs. 135-136.

Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I– ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II–determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Sem dúvida, a aludida previsão legal bem representa aquilo que Jobim do Amaral advertiu: “A partir disto é que se constatará a (re)configuração constante da estrutura penal repressiva desde a lógica inquisitória”.³⁰

Dessa maneira, o que se busca hoje, pelo menos na doutrina mais crítica, é a tentativa, quase impossível, segundo Coutinho, “de compatibilizar a Constituição Federal de 1988, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália”³¹.

Aliás, neste cenário de um verdadeiro choque ideológico entre a CF de 1988, de nítida matriz democrática, e o CPP de 1941, claramente fascista, policialesco, ditatorial e autoritário.

No entanto, conforme dito, “Não se pode mais admitir que o processo penal sirva para ‘fazer crer’ – às pessoas – que ele determina a ‘verdade’ dos fatos”³². Desta feita, em não sendo a sentença fonte reveladora da “verdade divina”, o que seria ela? Para Lopes Jr, a sentença é:

Um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a “sua” história do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos, dando ua demonstração inequívoca de crença. O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal³³.

Morais da Rosa e Khaled Jr advertem que “decidir é uma tarefa complexa”, pois o cérebro “por seus sistemas S1 (implícito, rápido, automático, emotivo e sem esforço) e S2 (consciente, demorado, racional, desgastante e lógico), busca reduzir a complexidade da decisão”³⁴. Por isso, a psicologia cognitiva pode ser uma aliada, já que “acolhe a racionalidade da decisão, todavia, mitigada, ou seja, a racionalidade

30 Jobim do Amaral, *ibidem*, p. 127.

31 *Apud* Lopes Jr, *ibidem*, 2012, p. 41.

32 Lopes Jr, *ibidem*, p. 575.

33 *ibidem*, p. 575.

34 Khaled Jr, Salah Hassan; Moraes da Rosa, Alexandre. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014, p. 7.

depende do estoque de informações, a maneira como foi processada e o impacto que isso representa diante dos fins da decisão”³⁵. Prelecionam ainda que “nosso sistema processual penal ainda é animado por uma doentia ambição de verdade, que se recusa a arrefecer” e “Em nome dessa insaciável busca, permanece imperando um processo penal do inimigo, cujo objetivo consiste na obtenção da condenação a qualquer custo”³⁶.

Dessa forma, cristalino que, num processo democrático, como a sentença depende do “estoque de informações” e da “maneira como foi processada”, outro caminho não há senão o convencimento do julgador basear-se em atos de prova, colhidos sob o crivo do devido processo legal³⁷. Aliás, como assevera Streck, “discutir as condições de possibilidade da decisão judicial é, antes de tudo, uma questão de democracia”³⁸.

Por todo exposto, imperioso se torna fazer uma filtragem constitucional quando da aplicação das regras do Código de Processo Penal, a fim de se verificar se tal regra foi ou não recepcionada pela atual ordem constitucional.

Nesse sentido, inclusive, leciona Coutinho:

Há, porém, nisso tudo, que se entende o *status quo* e perceber ser a constitucionalização do Código de Processo Penal e da legislação processual penal um dir-se-ia, em sentido atécnico – processo; e não mero ato. (...) Aqui, como parece elementar, ao Poder Judiciário cabe, tendo ciência da situação – empurrando aqueles que a ignoram –, passar aos – ou paulatinamente ir fazendo-os – imprescindíveis ajustes constitucionais, por sinal como se deu com várias Cortes Constitucionais europeias no último pós-guerra mundial, a começar pela italiana, a qual foi, passo a passo, declarando a inconstitucionalidade do CPPI...”³⁹.

E, assim, a questão que se coloca é: seria o art. 156 do Código de Processo Penal compatível com matriz processual delineada pelo texto constitucional de 1988?

35 *Ibidem*, p. 7.

36 *Ibidem*, p. 13.

37 Bonato leciona que “Tido como princípio basilar na estruturação dos estados de direito modernos, o princípio do devido processo legal ganha relevo no sistema brasileiro em razão das garantias que dele decorrem, servindo de vetor e base para que seja alcançado um direito material calcado na razoabilidade das leis e um processo realmente democrático, efetivo e justo dentro de uma sociedade que procura caminhar sempre mais para uma democracia plena. Numa sociedade de padrões bastante discriminatórios, a previsão do princípio na atual Constituição foi sem dúvida um avanço no mundo jurídico”. (BONATO, Gilson. Devido processo legal e garantias processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 1).

38 Streck, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 93.

39 *Ibidem*, 2010, págs. 8-9.

Da análise do texto constitucional, verifica-se claramente a separação das funções de acusar e julgar no processo penal pátrio. A normatividade constitucional prevê expressamente que as ações penais públicas devem ser promovidas pelo Estado-acusação, cabendo o julgamento, de forma imparcial, ao Estado-juiz, por conseguinte.

No mais, prevê ainda que o acusado não é mero objeto da *persecutio criminis*, mas sim sujeito de direitos, consagrados na fórmula do *due process of law*.

No artigo 93 a Constituição Federal expressamente consagra a publicidade dos atos processuais.

Desse modo, uma superficial leitura da normatização constitucional evidencia a clara consagração de um sistema processual acusatório.

Por óbvio, na esteira do que foi dito, não se pode então admitir a aplicação das regras do Código de Processo Penal sem antes realizar um sério controle de constitucionalidade e de tudo quanto fora analisado, extrai-se que o art. 156 do Código de Processo Penal, por consagrar o princípio inquisitivo é manifestamente inconstitucional, já que o sistema acusatório fora o escolhido pelo constituinte originário.

Por conseguinte, necessário se faz, no âmbito do processo penal, uma revolução hermenêutica, com a quebra dos paradigmas autoritários de uma ordem legal (CPP) anacrônica, policialesca, fascista, punitivista, fomentadora da violência estatal e de nítida base ditatorial.

Por seu turno, se não bastasse a inegável inconstitucionalidade da norma infraconstitucional que agasalha o princípio unificador inquisitivo, tem-se agora com a edição do chamado Pacote Anticrime, a inserção no Código de Processo Penal do art. 3º-A, pela Lei n. 13.964/19.

Desse modo, o Código de Processo Penal, de forma expressa, passou a prever que: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

A novel previsão normativa acima citada, por óbvio, configura-se numa clara tentativa de conformação do processo penal brasileiro ao sistema acusatório, com a clara adoção do princípio dispositivo, já que coloca a gestão da prova nas mãos das

partes, vedando ao juiz determinar de ofício a produção da prova, seja na fase do inquérito policial ou no curso do processo penal.

No mais, é clara e manifesta a incompatibilidade entre o art. 3º-A (lei nova - 2019) e o art. 156 (lei velha - 2008), ambos do Código de Processo Penal, já que o primeiro consagra o princípio dispositivo, que funda o sistema acusatório, enquanto o segundo é a adoção do princípio inquisitivo.

Pois bem, se já não bastasse o fato de a Constituição Federal adotar o sistema acusatório e assim o art. 156 do CPP ser manifestamente inconstitucional, conforme dito alhures, agora estaria ele revogado tacitamente pela inovação promovida pelo Pacote Anticrime.

Assim, imperioso se torna assumir que o processo penal é uma guerra (GOLDSCHMIDT) e que não tem por objetivo a busca da verdade, pois ela não está lá para ser encontrada, já que o crime é um fato histórico, passado e, portanto, imaginário.

Dessa forma, inegável que o processo penal democrático tem por finalidade assegurar o respeito do fair play processual, das regras do jogo democrático, ou seja, o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Pacto de São José da Costa Rica. E, deste modo, não deve o juiz, sob pena de perder a sua imparcialidade, sair do seu lugar constitucionalmente demarcado (órgão supra ordenado – *terzeità*) e, de ofício, determinar a produção de prova, na busca da “verdade real”.

No entanto, cumpre destacar que os ares democráticos e acusatórios do processo penal brasileiro duraram muito pouco, infelizmente. O Pacote Anticrime ao entrar em vigor teve vários dispositivos questionados em diversas ADI's, sendo que o Min. Fux suspendeu cautelarmente a eficácia do art. 3º-A do CPP que trazia em seu bojo o princípio unificador do sistema acusatório, mantendo desse modo a velha sistemática inquisitorial de há muito consagrada no processo penal brasileiro: a gestão da prova nas mãos do juiz.

Assim, por enquanto, o art. 156 do CPP continua incólume, mantendo as chamas da fogueira inquisitorial acesa no processo penal pátrio.

E isso, faz com que a Política da prova e cultura punitiva: a governamentalidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo, na

esteira defendida por Jobim do Amaral, continue a dominar o processo penal brasileiro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de todo o exposto, com base no referencial teórico até então trazido à baila, tem-se que o sistema processual penal de um Estado nada mais é do que uma opção política adotada em determinado momento histórico.

E, desse modo, o processo penal, inclusive, seria um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de determinado Estado, pois os princípios políticos do direito processual penal não são outra coisa que não o reflexo da política estatal geral de uma Nação.

Numa democracia não parece haver dúvidas que o sistema processual penal compatível seria o modelo acusatório, enquanto o sistema inquisitorial refletiria os princípios de um modelo de Estado autoritário.

Em assim sendo, o processo penal brasileiro deveria ser constituído a partir da Constituição Federal de 1988 e, desse modo, iria se configurar como um instrumento a serviço do projeto democrático delineado pelo legislador constituinte, de modo que o sistema processual haveria de ser o chamado acusatório.

Mas, para que houvesse o sistema acusatório, no entanto, não bastaria a mera separação das funções de acusar e julgar, pois o que determinará se um sistema processual será inquisitivo ou acusatório será a gestão da prova.

Desse modo, se a gestão da prova estiver nas mãos do juiz o sistema processual será inquisitivo, mas se for entregue para as partes, vedando a atuação de ofício do julgador, fundado estaria o sistema processual penal acusatório.

Dito isso, é inegável que à luz do texto constitucional, não poderia o legislador ordinário autorizar o juiz a agir de ofício, determinando a produção de prova, a fim de suprir eventual inércia probatória do órgão acusatório, já que a ele caberia a carga probatória (ônus da prova).

Não se pode mais admitir que o processo penal deva ser um instrumento de “busca da verdade real”, a justificar que a gestão da prova seja entregue aos julgadores. Por isso, cabe ao legislador ordinário, a fim de se respeitar o delineado

pelo legislador constituinte originário, prever um processo penal de estrutura acusatória, o que implicaria em entregar a gestão da prova para as partes.

Por conseguinte, o artigo 156 do Código de Processo Penal afigura-se manifestamente inconstitucional, por se tratar do princípio unificador inquisitivo. E, para além de sua inconstitucionalidade, recentemente fora revogado tacitamente pelo pacote anticrime, que trouxe a previsão expressa do princípio unificador dispositivo.

Entretanto, mesmo com a consagração da estrutura acusatória no artigo 3º - A do Código de Processo Penal, ainda a Política da prova e cultura punitiva: a governamentalidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo, continua pujante no processo penal brasileiro, ante a decisão liminar do Min. Fux que suspendeu a eficácia da reforma operada pela novel legislação.

Dessa forma, espera-se que tal liminar seja cassada e que o Supremo Tribunal Federal cumpra o papel de guardião da Constituição e não de Guardião do autoritarismo processual penal brasileiro.

5 REFERÊNCIAS

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Direito Penal a Marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito)**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, v. XX, (II série), 1965.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. Bahia: Editora Juspodivm, 2013

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

JOBIM DO AMARAL, Augusto. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2014

KHALED JR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo, Editora Atlas, 2013.

_____. *et al.* **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. **Sistemas Processuais Penais: Ainda precisamos falar a respeito?**. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como Bricolage de Significantes**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed. 3ª tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos & rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.