

constitucionalmente demarcada:

~~Por tudo isso, pensamos que a discussão acerca dos sistemas processuais está viva, na medida em que segue ardendo a fogueira da inquisição e a matéria não está superada.~~

~~É crucial, contudo, deslocar e presentificar a problemática, dando-lhe a devida complexidade que a Administração da Justiça no Século XXI exige. O estudo da 'história' dos sistemas é importante para aprendermos com os erros (especialmente da inquisição), mas não serve como argumento limitador da necessária mudança e ampliação do horizonte de compreensão. Não se pode mais pensar sistemas sem uma clara demarcação do papel do juiz, obrigatoriamente orientado e demarcado pela imparcialidade.~~

~~Em outras palavras, o reducionismo tradicional que trabalha com categorias isoladas e compartimentos estanques é insuficiente (exceto para uma manipulação grosseira que atenda os interesses punitivistas), pois desconecta da imparcialidade e dos pré juízos que geram um imenso prejuízo. Nesse sentido, além de toda contribuição já dada pelos julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, há que se aprofundar o estudo da estrutura psíquica do ato de julgar, à luz da psicanálise e das recentes pesquisas da Teoria da Dissonância Cognitiva.~~

Artigo retirado da obra:  
Sistemas processuais penais [recurso eletrônico] /  
organização Ricardo Jacobsen Gloeckner.  
- 1. ed. - Florianópolis [SC] : Tirant Lo Blanch, 2018.

## ACUSATÓRIO VERSUS INQUISITÓRIO: REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO PENAL<sup>111-112</sup>

Lorena Bachmaier Winter<sup>113</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

Costuma admitir-se, com toda a razão, que uma análise rigorosa do processo penal deve necessariamente partir da sua evolução histórica, mas devo advertir que, neste trabalho, apesar de serem realizadas algumas referências à história, minha intenção não é sintetizar o devir do processo penal desde Roma até a atualidade, passando por toda a Idade Média.<sup>114</sup> A evolução dos sistemas processuais já tem sido objeto de abundantes estudos, muitos deles de grande qualidade científica, e não se trata de repetir aqui o que muitos autores – penalistas, historiadores, romanistas e alguns processualistas – têm escrito sobre os modelos de atuação da justiça penal no decorrer da história do Ocidente.<sup>115</sup> Essa vertente histórica do processo penal está desde logo presente neste trabalho, mas seu objetivo concreto consiste em questionar se a tradicional dicotomia entre processo inquisitório e processo acusatório segue sendo útil ou se, pelo contrário, devemos entender que os problemas e

111 O presente trabalho foi publicado pela primeira vez no livro *Proceso penal y sistemas acusatorios*, (L. Bachmaier ed.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 11-48, e é publicado agora, neste volume coletivo, pelo amável pedido dos seus editores. Desde então foram publicados diversos estudos sobre essa temática. Entre eles, e sem nenhum ânimo de esgotar o tema, D.A. SKLANSKY, "Anti-inquisitorialism", 122 Harv. Law Rev. 1634-1704 (2008-2009); M. JIMÉNO BULNES, "El proceso penal en los sistemas del common law y civil law: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI", Rev. Justicia, 2-2013, pp. 207-310; ou T. ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales*, Madrid, 2012. Para não desvirtuar o sentido desse trabalho no momento de escrevê-lo, e como em essência sigo mantendo as mesmas ideias, optei por manter o texto tal como foi publicado naquele momento, ressalvadas as necessárias adaptações. Diversamente de outros trabalhos que, por suas características, logo de publicados ficam obsoletos, creio não ser esse o caso.

112 Tradução de Brunna Laporte Cazabonnet. Revisão de Ricardo Jacobsen Gloeckner.

113 Professora titular de Direito Processual da Universidad Complutense, Madrid

114 Vid. a excelente síntese dessa evolução histórica realizada por K. AMBOS em "El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su sentido actual desde la perspectiva histórica", em L. Bachmaier (ed.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, cit. p. 49 e ss.

115 Nesse sentido, entre outros, A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire*, Paris 1882; J.H. LANGBEIN, *Torture and the law of proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago, 1977; J. PÉREZ VILLANUEVA e B. EŞCANDELL BONET (dirs.), *Historia de la Inquisición en España y América*, vol. I, Madrid, 1984; F. TOMÁS e VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta: siglos XVI, XVII y XVIII*, Madrid, 1992; e *La tortura en España*, Barcelona, 1994; T. SORRENTINO, *Storia del processo penale: Dall'ordalia all'inquisizione, Soveria Mannelli*, 1999; G. ALESSI, *Il processo penale: profilo storico*, Roma, 2001; H.A. KELLY, *Inquisitions and other trial procedures in the Medieval West*, Aldershot, 2001; H. RÜPING e G. JEROUSCHEK, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 4ª ed., München, 2002; J.H. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford, 2003; R. VOGLER, *A world view of criminal justice*, Aldershot, 2005, e a bibliografia lá citada.

as reformas do processo penal devem ser abordados recorrendo a outras categorias e adotando outros enfoques.

As opções para uma reforma do processo penal não se circunscrevem a decidir se se opta por um modelo acusatório ou um modelo inquisitorial.<sup>116</sup> Essa aproximação seria claramente simplista, além de irreal. A concepção atual de garantias fundamentais, como a imparcialidade, o direito de defesa em contraditório, a presunção de inocência, a avaliação da prova ou o direito a um juízo público, faz com que o processo histórico inquisitorial não seja em nenhuma hipótese uma opção válida. A partir daí, sucederam-se esforços em definir os traços do modelo acusatório, do modelo acusatório puro, ou os traços essenciais do princípio acusatório. Tais estudos têm servido, de fato, para aprofundar a compreensão do processo e colocar em destaque o uso abusivo que se realiza desse conceito – especialmente pela jurisprudência do Supremo Tribunal espanhol.

No presente momento, quicá, temos de nos perguntar se tem sentido seguir dedicando esforços para definir esses dois sistemas ou delimitar o que é um sistema acusatório puro ou não. Podemos discutir se tais esforços alguma vez tiveram sentido, pois como aponta Illuminati; não temos na história um processo de referência que se possa identificar em pureza com algum desses dois modelos.<sup>117</sup> Mas, ainda no caso de que historicamente houvesse existido esse modelo de processo do tipo acusatório puro: delimitar seus elementos de definição levar-nos-ia a uma melhor compreensão dos problemas do processo penal ou de sua função como canal para articular a resposta frente à criminalidade em uma sociedade? Considero que o debate atual, pelo menos no âmbito europeu, já não pode ser definido nesses termos.

A pergunta que imediatamente o leitor se fará é: por que então se utilizam os conceitos de inquisitório e acusatório no título deste trabalho? Qual é o motivo de se cuidar da sua compreensão, se não nos servem para definir o debate atual sobre o processo penal? Há duas razões principais pelas quais acreditei de interesse realizar

116 Sobre os traços fundamentais do processo inquisitorial e do processo acusatório existe uma amplíssima bibliografia. Vid., entre outros, M. R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986, e sua elaboração de tipografias processuais em função de poderes hierárquicos ou coordenados; T. ARMENTA DEU, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, 1995, principalmente pp. 31 e ss.; J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, Valencia, 1997, pp. 25-31; “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, em *Prueba y proceso penal* (coord. J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2008, pp.17-66, 21-28; E. PEDRAZ PENALVA, “Sistemas de justicia penal: acusatorio, inquisitivo y mixto”, em *Derecho Procesal Penal. Principios de Derecho Procesal Penal*, AA.VV. (coord. E. Pedraz Penalva), Madrid, 2000, pp. 51-75; S. GUERRERO PALOMARES, *El principio acusatorio*, Cizur Menor, 2005, pp. 71 e ss. Uma breve síntese desde um enfoque do direito comparado pode ser vista em S. THAMAN, “Doctrinal issues in penal court procedures”, em *Enciclopedia of Law and Society. American and Global Perspectives* (D.S. Clark ed.), vol. 3, pp. 1096-1102.

117 Vid. o interessante trabalho de G. ILLUMINATI, “El sistema acusatorio en Italia,” em L. Bachmaier (ed.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, 2008, pp. 135 e ss., especificamente sobre o significado e valor do princípio acusatório, e em *Compendio di procedura penale* (dirs. G. Conso e V. Grevi), Padova, 2003, p. 637: “È vero che tale concetto è frutto di un’astrazione di tipo aprioristico, e in quanto può trovare attuazione solo in maniera tendenziale”

algumas considerações sobre o termo acusatório<sup>118</sup> frente ao inquisitório. Em primeiro lugar porque, com grande frequência, se segue utilizando essa classificação na análise do processo penal. E em segundo lugar, porque apenas através da identificação do conceito podemos argumentar contra a sua utilização extensiva. Acontece que a compreensão e a utilização dos termos inquisitorial e acusatório não é unívoca<sup>119</sup> e, ademais, nem sempre se utiliza o conceito acusatório de modo adequado.

O termo inquisitório referente ao processo judicial adquiriu um significado plenamente negativo, ao ponto de que a classificação de qualquer atuação processual como inquisitiva imediatamente se identifica com processos medievais e práticas abusivas; e, em qualquer caso, com a violação de garantias fundamentais do acusado. Tanto é assim que alguns autores afirmaram que não tem sentido falar de processo inquisitório, pois um processo configurado desse modo não pode classificar-se como tal, ao carecer do princípio fundamental de todo processo judicial, que é a imparcialidade.<sup>120</sup> Se o conceito de inquisitório reúne tudo o que é mau, o termo acusatório, por sua vez, como efeito reflexo, se erige em símbolo de tudo que é bom, e é identificado com os valores da justiça, da igualdade, e com o respeito aos direitos dos cidadãos frente ao poder do Estado. Por isso que o chamado princípio

118 Sobre o conceito do princípio acusatório e seu alcance em relação à determinação dos fatos, a determinação da pessoa do imputado, a formação da acusação, a correlação entre acusação e sentença, a iniciativa probatória do juiz ou a disposição do objeto do processo, existe abundante bibliografia, tanto na doutrina espanhola como na estrangeira. Haja vista que o âmbito desse trabalho não se estende ao estudo de cada um dos significados e implicações do cada vez mais extenso e ambíguo alcance do “princípio acusatório”, não acreditamos oportuno introduzir aqui um referencial bibliográfico exaustivo sobre esses temas. Sobre o conceito de “princípio acusatório”, no geral, vid., entre outros, J.L. VÁZQUEZ SOTELLO, “El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español”, Rev. Jca. Cataluña, 1984-2, pp. 378-418; L.A DE DIEGO DIEZ, “El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción”, Justicia, 1988-I, pp. 103-138; J. M. ASENSIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid 1991; E. J. MONTERO AROCA, “El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual”, Rev. Justicia, 1992-2, pp. 775-788; RUIZ VADILLO, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, 1994; A. MARTINEZ ARRIETA, *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Granada, 1994; T. ARMENTA DEU, “Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)”, Rev. Dcho Proc., 1996-2, pp. 265-291; F. ORTEGO PÉREZ, “Instrucción judicial y garantías. Sobre el incorrecto entendimiento del principio acusatorio”, La Ley, núm. 5514 (2.4.2002), pp. 1 e ss.; A. DEL MORAL, “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, *Jueces para la Democracia*, núm.43 (2002), pp. 19-27; S. GUERRERO PALOMARES, ob. cit., pp. 71 e ss.; J.L. GÓMEZ COLOMER, “Adversarial system, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica”, em *Revista del Poder Judicial. Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (núm. especial), pp.25-77, e a bibliografía lá citada (em especial na nota 20).

119 Como aponta G. ILLUMINATI, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 637, quando se fala em sistema acusatório nem todos entendem o mesmo. Em termos parecidos, J.L. GÓMEZ COLOMER, “Adversarial system, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica”, cit., pp.25-77, 26; H. JUNG, “El proceso penal, conceptos, modelos y supuestos básicos”, em *Constitución y sistema acusatorio*, (K. Ambos y E. Montealegre coords.), pp. 95-107, 100. Vid., por exemplo, o significado limitado que tem o conceito *Akkusationsprinzip* atualmente na teoria processual alemã, por todos, vid. C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht* (25. Aufl.), München 1998, pp. 82-83; enquanto que a doutrina italiana identifica-se ou bem com um modelo de uma época histórica concreta ou com o termo *contradittorio* ou *garanzia del contraddittorio*, vid., entre outros, A.A. DALIA e M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale* (5ª ed.), Padova, 2003, pp. 26 e 145 respectivamente; vid. também, E. AMODIO y E. SELVAGGI, “An accusatorial system in a civil law country: the 1988 Italian Code of Criminal Procedure”, 62-4 (1989), *Temple Law Review*, pp. 1211-1224

120 J. MONTERO AROCA, *Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad de un eslogan político*, cit., p.22.

acusatório deve ser invocado como garantia de todas as atuações do processo e como o ideal a ser alcançado na busca de uma justiça penal no século XXI.

Dessa perspectiva, ao se estabelecer uma conexão necessária e inquestionável entre o conceito de acusatório e um processo com todas as garantias para o acusado,<sup>121</sup> não é de se estranhar que persistam os esforços em encontrar o processo acusatório ‘puro’; ou, dito de outro modo, o processo ‘mais intensamente’ acusatório, já que, nessa lógica, quanto mais acusatório for um processo, mais garantista parece que ele seria. O termo acusatório chega a ser utilizado como equivalente ao ideal da justiça em uma sociedade civilizada e respeitadora dos direitos fundamentais, o que acredito distorcer o debate na medida em que aceita como ponto de partida axiomático uma noção de acusatório que, como se verá, suscita mais de uma questão interessante quando é analisado mais detalhadamente. Em um sentido mais limitado, entende-se, às vezes, a essência do acusatório como a existência de uma acusação prévia ao juízo formulada por um sujeito diferente daquele que irá julgar e a vinculação do juiz aos fatos e sujeitos objeto da acusação.

O meu propósito aqui é, primeiro, tentar aprofundar a compreensão do que se habituou chamar de processo acusatório e inquisitório, para comprovar se, de fato, todos os elementos de um dos sistemas devem ser adotados no processo penal e todos os elementos do outro devem ser eliminados a qualquer custo. E, em seguida, tentar centrar os termos do debate acerca do modelo de processo penal, fazendo ver como sua configuração deve realizar-se primordialmente desde o enfoque dos direitos fundamentais e do contrapeso de poderes, sem se esquecer do elemento eficácia. A meu ver, ancorar a análise do processo penal na defesa do ‘acusatório’ quiçá não contribua para a identificação precisa de cada um dos problemas que afetam as garantias do processo e o funcionamento da justiça penal.

## 2. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO INQUISITORIAL

Pode parecer um contrassenso que, ao tempo em que aqui se advoga por uma superação da dicotomia “acusatório-inquisitório”, este trabalho insista em definir esses conceitos. Mas o certo é que, para expor suas limitações, é necessário, em primeiro lugar, recordar e especificar o seu conteúdo.

Para delimitar as noções de “acusatório” e “inquisitório”, provavelmente o mais adequado seja esclarecer os traços fundamentais que caracterizam o processo

121 Nesse sentido manifesta-se a doutrina do Tribunal Constitucional. Vid, por exemplo, M.J. DOLZ LAGO, “Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia. ¿Hacia un reforzamiento del «poder de acusar» y del Ministerio Fiscal?”, Ley núm. 6771 (4.9. 2007), p. 1, para quem “históricamente, lo acusatorio viene ligado al progreso en el proceso penal en orden al establecimiento de un marco adjetivo más garantista y respetuoso de los derechos fundamentales”. Vid. também J.L. GÓMEZ COLOMER, ob. cit., p. 35.

inquisitório, posto que, apesar de suas diversas manifestações, apresenta alguns contornos mais claros do que o modelo acusatório. Tem-se dito, com razão, que não existe um único processo acusatório, senão múltiplas formulações da ideia de processo baseado na decisão de um terceiro imparcial sobre a base do alegado e provado por duas partes que se enfrentam num debate em contraditório. Sobre esse elemento identificador, o chamado processo acusatório apresenta perfis bem diversos, desde o modo de iniciar o juízo de acusação, a busca das provas, o sistema e a valoração das provas, a eficácia dos atos de investigação, a extensão do direito de defesa, etc. Como exemplo dessa variedade de processos enquadráveis no modelo acusatório, costuma-se enfatizar a radical diferença entre, de um lado, o processo acusatório na Grécia e em Roma e, por outro, o acusatório *adversary system* que se estabeleceu nos países de *commom law*, nos quais não se enraizou o modelo inquisitorial.<sup>122</sup> Diante da dificuldade de determinar os elementos comuns a todos os processos acusatórios, optei por definir, ao menos sinteticamente, os traços básicos do modelo inquisitorial. Por oposição, será mais fácil delimitar os elementos típicos dos processos acusatórios ou “não inquisitoriais”.

O *processus per inquisitionem*, como é sabido, surge entre os séculos XII e XIII, na Europa medieval, e tem suas origens no trabalho dos juristas da Universidade de Bolonha, assim como nos intelectuais da escola de Paris,<sup>123</sup> em um momento de recuperação do direito romano de Justiniano e por meio da inquestionável influência da igreja.<sup>124</sup> Seu desenvolvimento deve-se – como na imensa maioria das grandes reformas jurídicas – ao fato de que o modelo de processo inquisitório, controlado por funcionários submetidos a uma rigorosa hierarquia, representava um mecanismo útil e eficaz para a consolidação do poder de governos centralizados com o paradigma das monarquias absolutistas na França.<sup>125</sup> A proteção dos interesses públicos – principalmente aqueles que afetavam o poder – não podia ficar em mãos da iniciativa privada do ofendido. Apreciava-se como, em numerosas ocasiões, o ofendido não tinha meios nem interesse na iniciação do processo penal. Em muitos ordenamentos jurídicos, a apresentação da acusação estava reservada apenas aos

122 Sobre as origens do processo adversarial e o papel decisivo que desempenharam os advogados ingleses na evolução do processo penal inglês, desde um primitivo modelo acusatório, rumo a um processo contraditório com plenas garantias, vid. J.H. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, cit., pp. 67 e ss.; vid. também R. VOGLER, *A world view of criminal justice*, cit., pp. 131 e ss.

123 Vid., entre outros, R. VOGLER, *A world view of criminal justice*, cit., pp. 23 e ss.; J.H. LANGBEIN, *Prosecuting crime in the Renaissance. England, Germany, France, Cambridge*, 1974, pp.129 e ss. Na Catalunha o procedimento inquisitivo existe desde o século XIII: vid. R. MORÁN MARTÍN, *Historia del derecho privado, penal y procesal*, t. I, Madrid 2002, p. 474.

124 A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire*, cit., p. 66. Sobre a influência do direito canônico no processo inglês, vid. Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho angloamericano y derecho canónico*, Madrid, 1991, pp.173-178.

125 A. ESMEIN, ob. ult. cit., p. 89, sustenta que, embora a Igreja tenha sido a primeira a desenvolver o processo acusatório rumo ao inquisitório, a extensão e o desenvolvimento do processo inquisitorial na França, nos séculos XIII a XV, produziu-se fundamentalmente por intermédio dos *officiers royaux*.

sujeitos pertencentes a determinadas classes ou estamento;<sup>126</sup> em outros, o exercício da acusação exigia a prévia constituição de uma caução que, em raras oportunidades, podia ser cumprida; e, por último, as graves consequências que se derivavam para o ofendido no caso de sua acusação não dar lugar a uma sentença de condenação,<sup>127</sup> fazia com que, em muitas ocasiões, se preferisse não iniciar o processo. O poder do monarca requeria um sistema de justiça penal mais eficaz, eficácia que não podia fazer-se descansar sobre a vontade e a possibilidade de cada cidadão de sustentar a acusação. Introduziu-se a iniciação do processo de ofício por autoridades públicas, inicialmente naqueles assuntos mais graves ou que afetavam os interesses da Coroa, os denominados delitos de lesa-majestade; e a respeito daqueles nos quais existia uma má fama pública contra o sujeito.<sup>128</sup>

Na época, essas reformas do processo confiaram a administração da justiça a profissionais<sup>129</sup> com uma formação muito mais elevada que a dos membros das jurisdições senhoriais ou que dos membros de um júri, tomando muito dos elementos presentes no processo canônico.<sup>130</sup> Ao seu turno, introduziu regras probatórias muito mais evoluídas que as existentes na maioria dos processos comunais ou feudais.<sup>131</sup> Recordando que, ao menos entre o século IX e o XII, o sistema probatório não se baseava em uma investigação dos fatos nem na aplicação a eles de um sistema dedutivo racional.<sup>132</sup>

126 *Las Siete Partidas del Rey Alfonso X el Sabio* (ou *Libro del Fuero de las Leyes*, elaboradas no século XIII, sobre a base do denominado Direito Comum, fruto da influência do direito romano-justiniano, o direito canônico e o direito lombardo feudal) contém ilustrativos exemplos disso. Por exemplo, na *Ley II de la Partida Séptima*: "(...) *E aquellos que no pueden acusar son estos: la mujer, e el mozo que es menor de catorce años, el alcalde de merino u otro adelantado que tenga oficio de justicia. Otrosi decimos que no puede acusar a otro aquél que es dado por de mala fama (...), hombre que es muy pobre, que no tiene valía de cincuenta maravedís no puede acusar, ni el que fuere siervo al señor que lo manumitió, ni el criado o el sirviente*". Vid. a edição de *Las Siete Partidas* elaborada por J. Sánchez Arcilla, Madrid, 2004.

127 *Acusatio* advinha do direito romano e, implicava que a falta de prova do fato acusado determinava a imposição dessa pena ao acusador; vid. H.A. KELLY, "Inquisitorial due process and the status of secret crimes", em *Inquisitions and Other Trial Procedures in the Medieval West*, cit., pp. 407-427, p.407. A título de exemplo, a *Ley I de las Siete Partidas* quando determina as duas formas de acusação específicas, estabelece essa regra do direito romano, de tal modo que "*la primera [manera de accusatio] es cuando alguno acusa a otro de yerro que es de tal natura, que si lo no pudiere probar que debe haber el acusador la pena que debe haber el acusado si le fuese probado*". Essa regra não era aplicada a todas as acusações. *Las Siete Partidas* excluem, entre outras, as acusações sobre falsidade da moeda real (*Ley XX*) ou o herdeiro por morte do causante (*Ley XXI*). Nessas condições, sabendo que, em caso de não conseguir provar os fatos, a pena correspondente seria imposta ao acusador, é compreensível que muitos ofendidos não se aventurassem a correr esse risco.

128 H.A. KELLY, "Inquisition and the Prosecution of Heresy: Misconceptions and Abuses", em *Inquisitions and Other Trial Procedures in the Medieval West*, cit., pp.439-451, 446.

129 A implantação da autoridade do direito imperial devia ser articulada, entre outros, através de um ordenamento jurídico uniforme baseado na recuperação do direito romano-justiniano, com as influências do direito canônico. A aplicação desse direito escrito requeria necessariamente um sistema de juizes profissionais com suficiente conhecimento jurídico. Nesse sentido, por exemplo, G. ALESSI, ob. cit., p. 69.

130 Vid. entre outros T. SORRENTINO, *Storia del processo penale. Dall'Ordalia all'Inquisizione*, Soveria Mannelli 199, pp.149 e ss. e a bibliografia lá citada.

131 Aponta J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, (2ª ed.), London, 1979, p. 63, como esses sistemas de resolução de conflitos "*are better referred to as methods of 'proof' rather than of trial, because trial suggests the weighing up of evidence and arguments of an intelligent tribunal. Supernatural proofs were absolute and inscrutable*".

132 O julgamento era comum para o âmbito civil e penal; tratava-se de um julgamento público, normalmente ao

Os conjuradores, compurgadores, *oath-helpers* ou *Eidshelfer* eram cidadãos que mediante juramento davam suporte ou contribuía para sustentar o juramento do acusado sobre sua inocência, baseando-se no conhecer o acusado e na confiança que sua palavra merecia para eles, e não numa valoração dos fatos.<sup>133</sup> Esse sistema de acusação aproximava-se de uma institucionalização do controle social dos comportamentos lesivos para aquela sociedade, pois eram os próprios membros da comunidade que, mediante sua declaração sob juramento, estabeleciam os elementos para determinar a culpabilidade ou a inocência do acusado. Juntamente com a intervenção dos "compurgadores", o sistema probatório baseava-se no duelo<sup>134</sup> e nas ordálias: provas a que o acusado era submetido de modo a facilitar a intervenção divina ou a invocar o julgamento de Deus.<sup>135</sup> Entre as formas de ordálias encontrava-se a prova da água na qual se submergia a mão do acusado na água fervendo ou seu corpo inteiro; ou a prova do fogo, na qual o acusado devia andar sobre o ferro incandescente. Em todas elas, tratava-se de que os elementos naturais se comportassem de uma maneira não usual – de tal modo que o acusado não se queimasse com o fogo ou com a água fervendo, ou de que suas feridas apresentassem determinadas características, ou que se curassem dentro de um período de tempo determinado e, com isso, expressassem a intervenção do poder divino para demonstrar a inocência do acusado. Por sua vez, as ordálias representavam um sistema criado para limitar a arbitrariedade dos grandes senhores em um contexto no qual se acreditava firmemente na intervenção divina. O caráter espiritual desses juízos, plenamente acusatórios, fica plasmado no fato de que na prática das ordálias se requeria a presença de um ministro religioso.<sup>136</sup> A partir de 1215, no quarto concílio de Latrão proibiu-se a intervenção do clero nas ordálias, o que determinou o início do seu declínio e o que coincide no tempo com a consolidação do jurado

ar livre. Salvo nos casos de delitos em flagrante, não intervinha a autoridade pública. O sistema de provas consistia basicamente no juramento decisório pelos "compurgadores", "conjuradores", *oath-helpers* ou *Eidshelfer*; ou bem na invocação do juízo de Deus através das ordálias ou do duelo. Vid. A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire*, cit., pp. 44 e ss. Sobre o sistema inglês R. VOGLER ressalta como "o pre-modern trial era um processo acusatório, mas sem garantias para o acusado: "*The pre-modern criminal process in England, before the intervention of the lawyers, was a rights-free, authoritarian and nearly as brutal as its continental counterparts. The accused was very much the passive object of the procedure (...). The judges dominated and controlled the procedure (...) and controlled entirely the flow of evidence. (...) In comparison with contemporary continental models, the English trial procedure was primitive, unsophisticated and cursory*." Cfr. pp. 132-133.

133 Vid. T. SORRENTINO, ob.cit., pp. 65-69. Vid. também, C. DONAHUE, "Proof by witness in the Church courts of medieval England: an imperfect reception of the learned law", em *On the laws and customs of England. Essays in honor of Samuel E. Thorne*, Chapel Hill, 1981, pp.134 e ss.

134 Sobre o duelo, vid. V.G. KIERNAN, *El duelo en la historia de Europa*, Madrid 1993.

135 T. SORRENTINO, ob. cit., pp. 73-79; R. MORÁN MARTÍN, *Historia del derecho privado, penal y procesal*, cit., pp. 493-495.

136 As provas de água e fogo estavam baseadas nos escritos bíblicos e a invocação da intervenção de Deus, vid. T. SORRENTINO, ob. cit., p. 76. Por isso, não era incomum que algumas dessas provas fossem celebradas em mosteiros ou lugares religiosos. Vid. também G. ALESSI, ob. cit., pp. 10-13. Sobre as ordálias vid., no general, R. BARTLETT, *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford, 1986.

como meio de prova.<sup>137</sup>

Nesse contexto, a introdução de regras probatórias, baseadas em certa racionalidade, como o valor da confissão ou o valor dos testemunhos sobre os fatos, supunha um avanço em direção à racionalidade, em contraposição às regras sobrenaturais. O processo inquisitório trouxe consigo a regulação de um procedimento para a investigação dos fatos. Essa investigação documentava-se por escrito – facilitando que tenhamos conhecimento pleno dos métodos empregados nesses processos, o que só se havia feito de forma muito limitada em alguns processos nas jurisdições senhoris, em grande medida, porque não era uma justiça profissional e, em muitos casos, porque os particulares eram iletrados e careciam dos meios para levar a cabo uma *inquisitio*. A oralidade nesses processos acusatórios medievais não era uma opção ou eleição consciente frente à forma escrita, senão a única opção possível, que vinha acompanhada de uma importante garantia para o acusado: a possibilidade de dar publicidade ao julgamento.

Como aponta Esmein, as regras de valoração da prova – não se admitia a prova por indícios, nem *semiplena probatio*, e a carga da prova recaía sobre o acusador – fizeram com que, na prática, fosse muito difícil conseguir a condenação do acusado.<sup>138</sup> Isso conduziu a que se recorresse com maior frequência ao uso da tortura com o fim de alcançar a *probatio plena*, a confissão do acusado. Ainda que a Igreja inicialmente se opusesse ao uso da tortura, a partir do século XIII, ela estendeu-se aos processos de heresia ante os tribunais eclesiásticos e à jurisdição secular.<sup>139</sup> Tem-se sublinhado, a esse respeito, a possível influência do direito romano.<sup>140</sup> A tortura já era aplicada no direito romano, se bem somente para os escravos, com a finalidade de fazê-los falar quando eram acusados de um delito, mas também quando compareciam como testemunhas. Não era admitida, entretanto, nos processos contra homens livres, salvo nos processos por delitos de lesa-majestade.<sup>141</sup>

Dada a maleabilidade do modelo inquisitorial, bastava estender-se a categoria de delitos de lesa-majestade para se utilizar o processo inquisitório frente

137 Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, ob.cit., p. 175.

138 A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France...*, cit., p. 99. Aponta R. VOGLER, *A World View of Criminal Justice*, Aldershot, 2005, p. 28, esse sistema de provas muito mais rigorosas que as existentes nos processos da *common law* levou, ironicamente, ao recurso à tortura.

139 A bula *Ad extirpandam*, ditada por Inocencio IV, em 1252, legitimava o uso da tortura, conferindo um inusitado protagonismo da confissão judicial. No entender de G. ALESSI, ob. cit., p. 37 isso foi um passo decisivo na evolução da *inquisitio*, da baixa Idade Média, ao processo de Inquisição oficial, hierarquizado e a serviço de uma estrutura de poder centralizado. Sobre sua implantação na Espanha vid., entre outros, F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España: estudios históricos*, Barcelona 1994.

140 A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France...*, cit., pp. 98-99: “L’influence du droit romain fut surtout considérable. Dans les pages du Digeste et du Code, nos juristes trouvaient l’usage de la torture expliqué par les grands jurisconsultes, réglé par les constitutions des empereurs”.

141 A. ESMEIN, ob.ult.cit., pp. 92-93.

a qualquer desvio de caráter político ou religioso.<sup>142</sup> Na prática, os processos inquisitórios serviram em grande medida para institucionalizar sistemas de perseguição por razões políticas ou religiosas e para estabelecer um sistema de terror, com fins alheios à manutenção da paz social dentro da comunidade. Se se tem em conta que a mera existência de má fama (ou fama pública)<sup>143</sup> permitia instituir um processo e, portanto, fazer uso da tortura frente ao sujeito suspeito, é fácil deduzir o risco que um processo com essas características impunha para os direitos dos cidadãos e como esse processo era especialmente apto para ser utilizado abusivamente pelas estruturas de poder.

Como traços característicos do processo penal inquisitorial tem-se destacado, dentre outros:<sup>144</sup>

1. cuidava-se de um processo incorporado dentro de um sistema hierárquico de poder, que começa a estabelecer-se quando existe um poder político centralizado;
2. a utilização de diversas formas de coação, física ou psíquica, no acusado, com a finalidade de obter a prova e a extensão do uso da tortura. O acusado é visto como objeto do processo, como elemento para obter a prova e não como uma parte que ocupa uma posição ativa no processo;
3. a existência de uma segunda instância. O recurso de apelação instaura-se inicialmente não tanto como uma garantia ou direito do acusado, senão como via para que o superior hierárquico possa exercer um controle sobre o procedimento e a lei aplicados por um tribunal inferior (se bem isso pudesse redundar em uma possível garantia para o acusado)<sup>145</sup>;
4. o fim do processo era o esclarecimento da verdade. Sem entrar na análise, aqui, dos fins do processo penal – o que necessitaria ser desenvolvido em outro trabalho, e não precisamente de pouca extensão – basta indicar que o processo inquisitorial se iniciava de ofício, porque se considerava que a Coroa havia sido ofendida e, estando em jogo um interesse público tão relevante, não podia chegar-se a uma resolução sem ter previamente elucidado a verdade. O mesmo se diz dos processos de heresia: sendo Deus o ofendido, a decisão não podia basear-se senão na verdade e, por isso, no processo deviam ser utilizados todos os mecanismos possíveis para seu

142 G. ALESSI, *Il processo penale: profilo storico*, cit., p. 37. Sobre a adequação do processo inquisitorial para fins de perseguição religiosa contra os hereges, vid. também H.A. KELLY, citando Y. Dossat em “*Inquisition and the Prosecution of Heresy: Misconceptions and Abuses*”, cit., p. 440.

143 Por todos vid. R. VOGLER, ob. cit., p. 27.

144 R. VOGLER, ob. cit., pp. 19-21; R. MORÁN MARTÍN, *Historia del derecho privado, penal y procesal*, t. I, cit., pp. 474-476; A.A. DALIA e M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 26; A. DE LA OLIVA SANTOS, em *Derecho Procesal Penal*, AA.VV., Madrid, 2007, pp. 60-61; J.M. RIFA SOLER e J.F. VALLS GOMBÁU, *Derecho procesal penal*, Madrid, 2000, p. 26.

145 G. ALESSI, ob. cit., pp.75-77.

esclarecimento. Nesse período, defendia-se que o processo não começava de ofício senão diante da existência de uma espécie de acusação pública, a má fama ou o clamor do povo, de modo que o juiz não se convertia em acusador.<sup>146</sup> Por seu turno, o processo em si, pelos métodos de coerção física ou psíquica e, em particular, a confissão, exerciam uma função purgadora da culpa, propiciando o arrependimento do acusado.<sup>147</sup>

5. a coincidência em uma mesma pessoa das funções de investigar, acusar e julgar. Juntamente aos cruéis métodos para a obtenção de provas, este traço é, sem dúvida, o que mais críticas merece, pois ataca um dos pilares básicos de todo sistema de administração de justiça como é a imparcialidade do julgador.

### 3. SISTEMA INQUISITORIAL, JUIZ DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR<sup>148</sup> E IMPARCIALIDADE

#### 3.1. Quem investiga não julga

A regra de que a imparcialidade judicial requer que o juiz não seja parte é violada claramente no processo penal inquisitorial, apesar das palavras de Inocêncio III.<sup>149</sup> Sem dúvida, um processo no qual a mesma pessoa assume a investigação do fato delitivo, coleta provas e valora-as para emitir uma sentença viola claramente o princípio básico da imparcialidade em termos de direito ao juiz não preventivo: quem leva a cabo a função de investigar a causa, ainda que o realize desde a objetividade e não como parte, adquire já um conhecimento dos fatos que o levam a formar uma ideia ou juízo prévio acerca deles, tal como exposto na Exposição de Motivos da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* redigida por Alonso Martínez. Esse pré-juízo atenta contra a garantia da imparcialidade<sup>150</sup> e se agrava se o mesmo que investigou, além

146 Assim, conforme o Papa Inocêncio III, o inquisidor era o promotor da causa, sustentada na infâmia ou espécie de acusação por parte da opinião pública, de modo que o juiz não era formalmente o acusador, vid. H.A. KELLY, “*Inquisition and the Prosecution of Heresy: Misconceptions and Abuses*”, em *Inquisitions and Other Trial Procedures in the Medieval West*, cit., p. 446.

147 Vid. por todos, T. SORRENTINO, ob. cit., pp. 176-188.

148 N. T. O sistema Espanhol conta com um “juez de instrucción”, responsável pela investigação. Chama-se de instrução preliminar ou fase pré-processual a primeira. Denomina-se de “juicio oral” ou fase processual a segunda. Ambas as fases são mediadas por uma terceira, intercorrente a ambas, que serve para decidir sobre a instauração do processo. Daí por que o termo instrução, utilizado no Brasil para designar a fase processual, possa causar problemas no momento de se comparar ambos os modelos processuais.

149 “*Ex quibus auctoritatibus manifeste probatur, quod non solum cum subditis, verum etiam cum praelatus excedit, si per clamorem et famam ad aures superioris pervenerit, non quidem a malevolis et maledicis, sed a providis et honestis, nec semel tantum, sed saepe, quod clamor innuit et diffamatio manifestat, debet coram ecclesiae senioribus veritatem diligentius perscrutari, ut, si rei poposcerit qualitas, canonica districtio culpam feriat delinquentis, non tanquam idem sit accusator et iudex sed quasi denunciante fama vel deferente clamore officii sui debitum exequatur*”. Decreto do Quarto Concílio de Latrão, Canon 8 (X 5.1.24) que pode ser consultado, com tradução para o inglês, em: <<http://faculty.cua.edu/pennington/Law508/FourthLateranCanon8.htm>>

150 Sobre a imparcialidade em relação à função de investigar um caso penal, vid. as SSTC 145/1988; 11/1989; 186/1990; 151/1991; 113/1992; J. MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999; A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *La abstención y la recusación de*

de julgar, se converte em parte acusadora. Não existe nesse caso um enfrentamento entre as partes em igualdade de armas frente ao juiz.<sup>151</sup> Se a valoração das provas vem já determinada pelos atos realizados na fase da investigação, de modo unilateral e sem plenitude de oportunidades de defesa para o acusado, o sistema carece de igualdade de oportunidades de defesa e, ademais, da garantia da imparcialidade. Em um sistema no qual quem investiga também julga, a instrução processual – se chega a celebrar-se – converte-se em uma mera ratificação do realizado, inclusive nos casos em que se respeita a aparência de debate contraditório. Sobre essa questão, existe amplo consenso no presente e não merece maior comentário.

Sim, quero destacar, no entanto, que a acumulação de funções no processo penal teria um significado ainda maior no processo atual no que diz respeito à afetação da imparcialidade. Pense-se que no processo inquisitorial não havia a divisão em três fases como concebemos hoje: uma fase de investigação, outra para decidir se se procede à instauração do processo e, finalmente, a instrução processual, quando se realizam as provas e se forma a convicção conforme a livre valoração das provas apresentadas. No processo inquisitório, a fase de investigação era propriamente a fase de obtenção de provas a cargo do juiz inquisidor e na presença de um tabelião, que dava fé aos atos realizados e aos resultados obtidos. Uma vez obtidas essas provas – basicamente a confissão, cujos resultados ficavam documentados por escrito, o tribunal julgador não realizava uma livre valoração dessas provas, mas se limitava a comprovar se se tinha produzido uma prova legalmente requerida para impor a condenação. O julgamento não se baseava, portanto, na aplicação de máximas de experiência, deduções forenses, presunções ou critérios flexíveis da lógica aplicados aos fatos e às provas produzidas com o fim de alcançar a convicção do juiz. Ao tribunal do processo inquisitorial cabia fundamentalmente a função de aplicar – sem contradição – a regra probatória ao resultado obtido pelos atos realizados diante do juiz inquisidor. É verdade que o acusado deveria ratificar sua confissão novamente frente ao tribunal, mas isso consistia em mero trâmite, se se tem em conta que a não ratificação poderia dar lugar a que o acusado fosse novamente torturado.

Esse sistema no qual o acusado comparecia sem armas de defesa frente a um juiz inquisidor com enormes poderes era, sem dúvida, tudo, menos justo. Minha intenção é destacar que o fato de o juiz inquisidor posteriormente fazer parte do tribunal de julgamento não constitui talvez a característica mais negativa desse

*jueces y magistrados*, Madrid, 1999, pp.159-188; R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Cizur Menor, 2002, pp. 203-227; J. GONZÁLEZ CASSO, *Sobre el derecho al juez imparcial (o quien instruye no juzga)*, Madrid, 2004.

151 É possível que a expressão “igualdade de armas” advenha diretamente da resolução de conflitos por meio do enfrentamento das duas partes, ofendido e ofensor, mediante um duelo. O duelo, além de uma fórmula ritual de provocação e aceitação, requeria ser celebrado com armas do mesmo tipo ou categoria, daí a expressão de enfrentamento em igualdade de armas.

modelo. Dito de outro modo, em um sistema de rígidas regras probatórias, no qual o resultado da instrução não se baseava na livre valoração do realizado diante do tribunal, duvido muito que o resultado fosse alterado pelo fato de o juiz inquisidor se abster de formar parte do órgão colegiado encarregado de julgar. Se o tribunal tinha de fundamentar a sentença na ratificação do praticado previamente ante o inquisidor – e esses atos estavam documentados por escrito –, na aplicação das regras probatórias pouco ou nada mudaria esse resultado pelo fato de que o juiz inquisidor não participava do tribunal julgador. Em um sistema de prova tabelado, o grave não era que um dos membros do tribunal tivesse contato prévio com as provas, senão que diante do tribunal julgador não se praticava prova alguma, nem se valorava a previamente obtida, pois o julgado em todo o caso não se fundaria na livre valoração dos fatos. Se o tribunal que julga não avalia as provas, o que menos interfere é que o inquisidor forme parte do tribunal ou não, pois os resultados, trazidos ao julgamento mediante os registros escritos, são os que determinam o conteúdo da sentença. Feita essa consideração, contudo, não resta dúvida de que o fato de o sujeito que formula a acusação formar parte do julgamento quebra formalmente a ideia básica do distanciamento, que está na base do conceito de imparcialidade.

As observações anteriores não pretendem, sem mais, dar uma visão diferente do *processus per inquisitionem* que se desenvolveu na Europa continental medieval, senão pôr em destaque duas realidades. Em primeiro lugar, que, se bem que o juiz investigador não participava da instrução processual, o resultado do juízo viria determinado pelo valor que se concedesse às atividades de investigação. Nesse sentido, o fato de que o julgamento pudesse basear-se no realizado na fase de investigação atenta contra a plenitude do direito de defesa e mina o valor de um processo em contraditório.

Em segundo lugar, uma vez que, por influência do movimento da ilustração e do racionalismo, se impuseram critérios racionais ao processo e se substituiu a regra da prova tabelada por um sistema de livre valoração da prova, a garantia da imparcialidade reclama inexoravelmente que os juízes responsáveis pela investigação não formem parte do órgão que ajuizará a causa. Ter tido contato direto com os elementos de prova, e ter-se implicado ativamente na busca dos elementos de prova impede realizar uma avaliação neutra das provas; definitivamente, impede presenciar o debate contraditório sem uma ideia preconcebida a favor ou contra uma das partes e, portanto, quebra o princípio da imparcialidade. Em um sistema de livre valoração da prova, a divisão entre as funções de investigar, acusar e julgar tem uma relevância muito superior àquela de um sistema de prova tabelada, e converte-se em essencial para a imparcialidade do julgador.

### 3.2. O processo inquisitorial não é processo: o alcance desta afirmação

Conforme afirma Montero Aroca, um processo em que não se respeita o elemento básico da administração da justiça, como é a imparcialidade, não pode denominar-se processo: o processo “se identifica de modo essencial com que diante de um terceiro, independente e imparcial, compareçam duas partes situadas em pé de igualdade e em pleno contraditório, apresentando o conflito para que aquele o solucione atuando no direito objetivo.”<sup>152</sup> Ainda segundo Montero Aroca, a essência do processo radicar-se-ia em que o juiz realmente seja terceiro, independente e imparcial; se essa premissa não é cumprida, não estaríamos propriamente diante de um processo, de modo que falar em processo inquisitivo – conclui o autor – é uma *contradictio in terminis*.<sup>153</sup> Sem dúvida, essa abordagem não carece de coerência interna: se partirmos de uma determinada definição de processo – judicial, entenda-se – tudo aquilo que não se encaixe nessa definição não pode denominar-se processo. Concordo também com o autor supracitado de que somente um processo estruturado de forma contraditória frente a um juiz plenamente imparcial cumpre com as garantias que consideramos essenciais para obter um julgamento justo. No momento atual da evolução dos direitos humanos e das garantias processuais fundamentais, não é aceitável outro modelo de processo.

Não obstante, cabe questionar-se a utilidade de afirmar que todo processo não acusatório não é em realidade processo. Reduzir o conceito de processo ao “processo com as essenciais garantias de imparcialidade” leva-nos a perguntar – como vamos denominar então o processo inquisitorial: como mera “prática” inquisitorial, como “via” de aplicação da lei, ou como “método” – com os adjetivos negativos que se queira – de aplicação da lei? Por seu turno, se o único processo que merece tal nome é o acusatório, seria uma redundância ou um pleonismo falar em “processo acusatório” ou processo contraditório.

A argumentação de Montero Aroca é, desde logo, original, e entendo que essa delimitação do conceito tem a finalidade de ressaltar a importância de respeitar um rol de garantias fundamentais no desenvolvimento da função *iurisdictio*. Mas, indo mais além, parece-me duvidosa a utilidade de reduzir a noção de processo ao processo acusatório. Além de romper com uma concepção já muito assentada no estudo histórico-processual, não está claro que essa nova concepção do termo processo contribua para resolver os problemas fundamentais que têm de ser abordados na compreensão do processo penal.

152 J. MONTERO AROCA, “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, em *Prueba y proceso penal* (coord. J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2008, pp. 17-66, p. 22.

153 Ob. ult. cit., p. 23.

### 3.3. A figura do juiz de investigação

O *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, que influenciaria todo o processo de codificação da Europa continental, configurava um sistema denominado acusatório misto:<sup>154</sup> uma investigação secreta com traços inquisitoriais e uma instrução processual, extremamente acusatória, pois aparecem duas partes em conflito frente a um terceiro, o juiz imparcial. O juiz de investigação seria herdeiro direto do juiz inquisidor, com a mesma função – a obtenção de provas para o esclarecimento dos fatos – mas com métodos diversos, uma vez que foi abolida a prática da tortura e se introduziram sistemas de investigação forense.

A figura do juiz de investigação foi e segue sendo objeto de intensas e persistentes críticas;<sup>155</sup> de fato, é uma instituição que desapareceu ou tem visto seu âmbito de competências reduzido em numerosos sistemas europeus de justiça penal. E mais, em não poucas ocasiões, os ordenamentos que ainda mantêm a figura do juiz da investigação são taxados automaticamente de sistemas inquisitivos ou inquisitoriais. Algumas vezes tive que escutar que o sistema de justiça espanhol segue práticas inquisitivas, deixando entrever que a marca dos tribunais eclesiásticos da Santa Inquisição segue estando presente em um país considerado desde o exterior como profundamente católico. Independentemente do grau de ignorância de quem faz essas considerações, o certo é que o sistema espanhol – juntamente com outros do sistema continental-europeu – é enquadrado dentro dos “sistemas inquisitoriais”, pelo fato de a investigação ser feita por um órgão judicial, o juiz de investigação. Abordarei mais adiante a questão do significado e do controle da investigação criminal. Agora apenas desejo insistir que a presença de um órgão judicial na fase da investigação do fato delitivo não mancha com traços inquisitivos o nosso processo penal. Apesar de manter a mesma denominação, o atual juiz da investigação pouco ou nada se parece àquele juiz do processo inquisitorial. Mesmo sendo óbvio para aqueles que conhecem minimamente o processo penal espanhol, convém recordar aqui alguns aspectos:

1. o juiz de investigação espanhol, sob a vigilância do Ministério Público,

154 Vid. por todos, A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France...*, cit., pp. 539 e ss.

155 Assim, por exemplo, M. MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992; V. GIMENO SENDRA, “La reforma de la LECrim y la posición del ministerio fiscal en la investigación penal”, em *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción*, Madrid, 2006, pp.23-47, pp. 35-37; do mesmo autor também “La reforma de la LECrim y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”, em *Revista del Poder Judicial. Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, núm. especial 2006, pp. 79-99, pp.88-89; V. MORENO CATENA, “La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la LECrim” em *La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, AA.VV., Cizur Menor, 2005; O. FUENTES SORIANO, *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, Valencia, 2005. Contrário à figura do promotor investigador, entre outros, vid. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988.

dirige – pelo menos formalmente – a investigação do fato delitivo.<sup>156</sup> Mas, na medida em que o juiz de investigação não faz parte do órgão julgador em nenhum dos processos penais vigentes,<sup>157</sup> não se acumulam na mesma pessoa as funções de investigar e julgar e, portanto, não se vê afetada a imparcialidade do órgão julgador. O juiz de investigação, regulado pela *Ley de Enjuiciamiento Criminal* não atua como parte no processo, pois não vai ser quem propõe a ação penal. Assim cumpre estritamente o nosso sistema com a necessária divisão entre sujeito que investiga, sujeito que acusa e sujeito que julga.

2. por outro lado, os atos de investigação não têm, em princípio, valor probatório: a sentença deverá formar-se sobre a base de provas praticadas com imediação e publicidade na instrução processual, e apenas excepcionalmente poderão ser valoradas as diligências praticadas na fase prévia ao julgamento, quando sejam de impossível reprodução e sejam submetidas ao debate em contraditório em juízo.<sup>158</sup> A função do juiz de investigação, nesse sentido, não equivale àquela que era desenvolvida pelo juiz inquisidor.
3. por último, há também aqueles que classificaram como rânço inquisitivo o fato de que o processo penal possa ser iniciado de ofício. É certo que o processo inquisitório supôs um avanço na repressão da criminalidade ao não deixar nas mãos do acusador particular o início do processo penal, e que, portanto, a iniciação de ofício pode ser classificada como um traço que definiu o processo inquisitório. Não obstante, esse não foi um traço exclusivo dos processos inquisitórios, pois encontramos processos ajustados ao modelo acusatório em que o juízo pode ser iniciado tanto por um órgão público como por um acusador particular. Assim acontecia na Inglaterra nos processos que cuidavam de assuntos que afetassem os interesses da Coroa. Ela podia iniciar de ofício o processo, que nem por isso deixava de estruturar-se de modo acusatório. Por isso, é decididamente errado classificar o processo como inquisitorial porque é iniciado de ofício. É certo que o processo inquisitório alargou a abertura de ofício do processo, isto é, a possibilidade de que a investigação do fato delitivo possa começar de ofício sem prévia acusação por parte do ofendido. Desde o momento em que a Coroa ou o Imperador, em seu desejo de estender ou afiançar seu poder centralizador, entenderam que a persecução dos delitos

156 Dizemos que o juiz de investigação dirige “formalmente” a investigação, pois na maioria dos processos penais, ele não se envolve ativamente na investigação.

157 Desde a reforma realizada pela Lei orgânica 7/1988, de 28 de dezembro, a partir da STC 145/1989, de 12 julho, 1989.

158 Vid. J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, Madrid 1992; J.A. TOMÉ GARCÍA, “Fase decisoria II. La prueba” em AA.VV. *Derecho procesal penal*, Madrid, 2007, pp.478-486



incumbia a seus próprios interesses e que certos ilícitos deixaram de ser meros conflitos entre particulares, começou o poder público a assumir de ofício a investigação dos fatos delitivos. O processo inquisitório converteu a investigação penal – que devia ser baseada na busca da verdade – em uma questão pública.<sup>159</sup> Sobre esse precedente, desde a Idade Moderna, o Estado assume – em caráter de monopólio ou não – a manutenção da segurança e a repressão da criminalidade. De tal modo que, frente a um fato delitivo, ou mais precisamente frente à *notitia criminis*, abre-se de ofício a investigação penal. Isso sucede em todo o sistema de justiça penal evoluído: todo Estado moderno põe em andamento, de ofício, a máquina estatal de investigação do fato delitivo, uma vez que existam indícios dele. O negativo no desenho de um processo penal não está radicado no fato de ser iniciado por uma autoridade pública de ofício, sem a acusação de um particular. O decisivo para a proteção dos cidadãos, e, portanto, para minimizar usos abusivos ou arbitrários do processo, é que a investigação penal não se inicie sem que existam suficientes indícios do delito, com o fim de evitar investigações dirigidas a fins diversos ao esclarecimento de um fato delitivo. Historicamente, o início do processo inquisitório, baseado na acusação difusa identificada com a *fama pública* ou a *infamatio*, não atendia a determinados indícios de prática criminosa. Podia iniciar-se um processo e, em muitos casos, submeter o acusado à tortura, sem uma base objetiva. O mero início do processo, decidido por um órgão estatal ou eclesiástico – sem os traços atuais de independência, já constituía um enorme instrumento de poder e de controle sobre a liberdade dos cidadãos. Os exemplos sucederam-se ao longo da história nos regimes autoritários ou ditatoriais.<sup>160</sup> Uma vez que o Estado, por meio de sua poderosa máquina, pode interferir gravemente na esfera de liberdade dos cidadãos, é preciso que o início de toda investigação penal se ajuste aos fins constitucionais e que exista um órgão que controle a legitimidade desses fins. No ordenamento jurídico espanhol, diversamente de outros países, a investigação dos fatos com aparência delitiva é confiada a um juiz que dirige e controla essa fase prévia ao julgamento. O que se inicia de ofício é a investigação do fato delitivo, mas a abertura processo requer prévia acusação formulada pela parte acusadora e controle da suficiência de provas para embasar essa acusação. O juiz de investigação caracteriza-se – o que é uma garantia – por alguém que em nenhum caso irá julgar o mérito do assunto que investigou. Portanto, pouco ou nada tem em comum o juiz do processo inquisitório e o juiz da investigação no atual sistema de justiça espanhol. E a presença de um

159 J.H. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, cit., p.342

160 Sobre os traços inquisitivos do processo penal estalinista, vid. R. VOGLER, ob. cit., pp. 64 e ss.

órgão independente e imparcial na fase de investigação também pode ser interpretada como uma garantia adicional para o cidadão frente ao poder do Estado no uso das técnicas de controle e investigação dos cidadãos.<sup>161</sup>

4. atualmente, o juiz de investigação do sistema judicial espanhol não compartilha nenhuma das características que mencionamos como identificadoras do processo inquisitório: não utiliza formas de coação sobre o acusado, nem situa o processado numa posição de objeto do processo, nem muito menos faz uso de tortura para obter elementos de prova.

Pode perfeitamente se defender o desaparecimento do juiz de investigação como diretor da investigação penal, e é certo que existem argumentos para confiar essa função ao Ministério Público, seja por razões de eficácia, seja por maior controle ao respeito das garantias por intermédio de um juiz de garantias, ou por motivos de celeridade, etc. O que é menos aceitável, e resulta quase frívolo nessa altura da história, é argumentar que a figura do juiz de investigação deve ser abolida porque é própria de sistemas inquisitoriais. Sim, pode argumentar-se que a duração da prisão provisória por tempo de até quatro anos remonta práticas próprias dos processos inquisitoriais – no que diz respeito à pressão sobre o acusado. E, inclusive, pode aduzir-se que o fato de o mesmo juiz que assume a investigação seja quem decide sobre a prisão provisória – sem prévio pedido do Ministério Público – também remonta ao processo inquisitorial. Mas o fato de que seja um juiz, e não outro funcionário público quem controla a investigação penal, cumpridas as garantias já mencionadas, não converte em inquisidor esse funcionário imparcial e independente. Além disso, pode defender-se que, inclusive, oferece mais garantias de imparcialidade que um órgão público que não costuma contar com as mesmas garantias de independência e que, na maioria dos ordenamentos jurídicos, está submetido a possíveis instruções do executivo.

## 4. A FASE DE INVESTIGAÇÃO PRÉVIA AO JULGAMENTO

### 4.1. A presença de elementos inquisitivos em todo processo denominado acusatório

Em todo processo penal – salvo nos processos por delitos flagrantes – existe uma fase prévia à fase do processo, que tem por fim esclarecer os fatos delitivos cometidos. No primeiro processo acusatório, essa fase de busca de provas e de preparação para a acusação não existia, pois as provas consistiam basicamente no

161 A margem de outras possíveis razões para abolir a figura do juiz de investigação, L.M. Díez-PICAZO, *El poder de acusar*, Valencia 2000, p. 184, concorda que a independência do juiz é um aspecto positivo com relação ao controle da iniciação do processo penal.

juramento decisório e nas ordálias.<sup>162</sup> Quando se introduziu a prova testemunhal, essa busca de provas foi deixada em mãos exclusivamente das partes. Falava-se de processo de partes, pois nem o juiz, nem, em muitas ocasiões, outro órgão público intervinham na busca de provas e na fundamentação da acusação.<sup>163</sup>

Deve-se recordar que esse primeiro modelo acusatório – que não pode ser confundido com o atual *adversary system da common law* – se dá em um contexto no qual a ciência, e em concreto a ciência forense, se encontrava num grau de evolução que distava muito do atual. A prova consistia na invocação da intervenção divina ou centrava-se em limitados elementos probatórios: a prova documental – tampouco a mais usual na maioria dos fatos delitivos –, a testemunhal e a confissão. A importância da prova pericial, naturalmente, era insignificante em comparação com a atualidade. De tal forma que, antes de comparecer na instrução, a função de investigação consistia em que cada uma das partes buscasse aqueles elementos de prova, principalmente testemunhas, que sustentassem a acusação ou a defesa, respectivamente. Em um processo iniciado pelo ofendido frente ao acusado, essa investigação em mãos da parte não apenas permitia preservar a imparcialidade do julgador, senão que, além disso, respeitava o princípio da igualdade. Por outro lado, na fase prévia, rara vez se pré-constituía a prova, por isso era meramente preparatória para o desenvolvimento do júízo oral.

Esse esquema de igualdade entre as partes em cada uma das fases do processo e também na fase prévia ao júízo, ver-se-á profundamente alterada, todavia, quando a persecução do delito deixe de ser função que recaia exclusiva e primordialmente nas mãos dos particulares e o Estado passe a assumir a repressão penal.<sup>164</sup> A partir do momento em que, no âmbito continental europeu, a acusação é confiada a um órgão público e que o Estado põe à sua disposição sofisticados meios de investigação do fato delitivo, recursos econômicos dos quais o cidadão individual costuma carecer, o prévio equilíbrio entre parte acusada e acusadora desaparece. Essa mudança é produzida na história com a adoção do sistema inquisitorial, que institucionaliza essa fase de investigação e a incorpora ao processo penal. A busca da verdade como elemento essencial à administração da justiça fará com que a investigação – inquisição – se confie a órgãos profissionais.

Nesse contexto, tem-se afirmado que deve abandonar-se o esquema – próprio do processo inquisitorial – e buscar o equilíbrio entre as partes também na fase de investigação preliminar do delito. O retorno a um “processo de partes”, próprio dos

162 Vid. J.A. BAKER, ob. cit., p. 63.

163 A. ESMEIN, *Histoire...*, ob. cit., pp. 44 e ss.

164 Vid. *supra* ponto II “*Rasgos fundamentales del proceso inquisitivo*” e a bibliografia ali citada.

sistemas acusatórios, representaria um retorno a um processo com plena igualdade de armas processuais. Essa argumentação, todavia, a nosso júízo, passa por cima de duas realidades: primeiro, a de que em todos os chamados processos acusatórios existe uma fase de investigação que fica a cargo de um órgão público; e segundo, que o fato de confiar a fase da investigação a um órgão não judicial não necessariamente torna o processo “mais acusatório” nem mais igualitário.

Em relação ao primeiro desses aspectos, quem defende de modo intransigente os chamados sistemas acusatórios “puros” às vezes perde de vista que todo sistema penal contemporâneo desenvolveu um traço essencial do processo inquisitorial: a investigação do delito como responsabilidade pública, que atualmente corresponde ao Estado, já que garante a segurança dos cidadãos.<sup>165</sup> Superados os métodos cruentos e inadmissíveis do processo inquisitorial medieval, sobrevive na época moderna, no entanto, a ideia de que um órgão público coletará as provas – assim como as processará, estudará, analisará e contrastará –, com o fim de realizar uma reconstrução, ou aproximação dos fatos e de decidir se existem elementos suficientes para submeter a julgamento um determinado cidadão. A investigação por parte de órgãos do Estado é um traço claramente inquisitivo que se encontra presente tanto nos processos enquadráveis dentro do *adversary system* – ainda que com diferente alcance no que diz respeito à busca da verdade – como nos demais sistemas denominados acusatórios mistos.

Portanto, no que se refere ao sistema de justiça penal espanhol, assumiu-se com plena naturalidade sua classificação como acusatório misto, porque na primeira fase da investigação apresenta elementos inquisitivos, enquanto no júízo oral se adequa ao modelo acusatório. Mas essa classificação suscita algumas questões: nos sistemas que se denominam acusatórios puros, não há uma fase prévia de investigação do fato delitivo? E, por outra parte, o devir da resposta frente à criminalidade não segue um mesmo *iter*, conforme o qual, diante de uma *notitia criminis*, se investiga, se valora a suficiência da prova para sustentar a acusação, se formula a acusação e se celebra o julgamento? Se qualquer processo requer previamente uma investigação – mais ou menos extensa – do fato delitivo, em todos os processos penais sobrevive uma das notas mais características do sistema inquisitorial. Essa afirmação não se vê desvirtuada pelo fato de que a investigação prévia se centre fundamentalmente na busca de elementos incriminadores.

Em relação ao segundo dos aspectos antes mencionados, é preciso fazer notar que, frente à afirmação do parágrafo antecedente, se argumenta que nos

165 Vid. a esse respeito H. JUNG, “*Anmerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat*”, em GA (*Goldammer's Archiv für Strafrecht*), 1996, pp. 507 e ss.

processos chamados acusatórios a fase de investigação prévia se encontra fora do processo penal: não está a cargo de um juiz e nela não se pré-constituem provas. No meu entender, todavia, um sistema não é menos inquisitivo ou mais acusatório porque a investigação do fato delitivo por parte do Estado se regula fora ou dentro do processo: em ambos os casos, existe um cidadão – suspeito – cujas condutas são investigadas e que se vê submetido à potente máquina do Estado. Que diferença existe pelo fato de a investigação ser realizada pela polícia com caráter prévio à iniciação formal do processo penal, ou pela mesma polícia sob a direção de um juiz de investigação, uma vez iniciado o processo penal? Não se persegue em ambos os casos a mesma finalidade de esclarecer o fato delitivo? O fato de que a investigação do delito seja feita pela polícia, pela polícia sob a direção do Ministério Público, ou pela polícia sob a direção do juiz da investigação<sup>166</sup> não altera o caráter dessa investigação orientada à descoberta dos fatos, e por isso não seria correto classificá-la como inquisitiva e as demais com outros adjetivos, pois em essência cumprem a mesma função.

Somado ao dito anteriormente, quero destacar que a presença ou a ausência do juiz de investigação – como já se indicou – não torna a fase da investigação mais ou menos inquisitiva. Além disso, no desenvolvimento da investigação criminal, desde a perspectiva da capacidade de intromissão estatal na esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos, sempre será uma garantia adicional que essa atividade esteja submetida ao controle de um órgão judicial independente. O que alguns chamam de inquisitório – no sentido de retrógrado ou carente de garantias – pelo fato de que um juiz dirige a investigação não é senão um *plus* de proteção para os direitos dos cidadãos: a presença de um juiz atuará como um controle para que o poder executivo, por meio dos órgãos de segurança e fazendo uso dos mecanismos de investigação criminal, não infrinjam a legalidade. Em outras palavras, a presença de um juiz é sempre uma garantia frente ao risco de abusos na investigação dos cidadãos enquanto suspeitos de haver cometido um fato delitivo. E, por outro lado, a intervenção de uma autoridade objetiva – seja o juiz ou o Ministério Público – responsável por averiguar os fatos, tanto favoráveis quanto desfavoráveis à acusação, contribui para dotar de igualdade a fase prévia ao julgamento, estando a salvo dos riscos representados pelo fato de que o mesmo juiz de investigação seja quem controle a licitude das medidas restritivas de direitos fundamentais.<sup>167</sup> Os sistemas adversariais nos quais a fase de investigação se desenvolve entre partes possui

166 Sobre a estrutura da fase de investigação dos fatos delitivos, nos sistemas de justiça penal nos países membros da União Europeia, vid. J.M. JEHLE y M. WADE, *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, Heidelberg, 2006. Em particular sobre as relações entre o ministério público e a polícia judiciária, vid., nesse mesmo volume, M. WADE, “*The Power to Decide—Prosecutorial Control, Diversión and Punishment in European Criminal Justice Systems today*”, pp. 27-126, pp. 41-52.

167 Vid., *infra* ponto IV. 2.

uma desvantagem: a parte com maiores meios para investigar a verdade dos fatos limita-se a investigar os fatos que apoiam a acusação e não aqueles que servem para exculpar o acusado. A consequência é que esses sistemas têm uma clara inclinação a favorecer a falta de igualdade na fase prévia ao processo.<sup>168</sup>

Pode argumentar-se, ao final, que nos *adversary systems* a fase prévia não é inquisitorial, porque se trata de um processo de partes: cada parte assume a busca de provas que apoiam as respectivas posições; de um lado a acusação e de outro o acusado ou suspeito. Ao não existir autoridade suprapartes, como um juiz de investigação, ela é assunto das partes e, portanto, desenvolve-se em condições de igualdade. É certo que, historicamente, esse modelo impediu que o juiz de investigação assumisse métodos de pressão sobre o acusado para obter a prova: não havia um juiz com poder quase onipotente que exercesse os mecanismos de pressão sobre o acusado. Nesse sentido, o *adversary system* era, sem dúvida, mais imune a certos abusos de poder na fase prévia ao processo. Contudo, desde o momento em que a investigação dos fatos e a recopilação das provas foi encarregada a órgãos públicos profissionais – como são as unidades especiais da polícia, seja qual for a denominação que recebem em cada ordenamento jurídico – o esquema do originário processo de partes muda. É certo que a fase preliminar ao processo segue se ajustando ao processo de partes, mas já não pode sustentar-se que o enfrentamento entre ambas as partes se efetua em condições de igualdade: o apoio que recebe a acusação do aparelho policial não é equivalente àquela que possa receber o acusado. Isso dá lugar a que, na prática, se gerem enormes desigualdades, que nem sempre logram ser equilibradas pela assistência letrada que dirige a defesa do acusado. Diante dessa situação, cabe perguntar-se se é melhor confiar a investigação a um sujeito que atue a favor da acusação e do acusado – seja o Ministério Público ou um juiz de investigação – ou se resulta oportuno seguir confiando no equilíbrio entre acusação e defesa na fase de investigação. Seria preferível que o Ministério Público se limitasse a procurar elementos incriminadores e a defesa a buscar provas exculpantes? Da nossa ótica, a resposta de um acusado sem recursos econômicos é facilmente imaginável.

#### 4.2 Superar o debate acusatório versus o inquisitorial: chaves para uma análise da investigação penal

Do que foi dito anteriormente, pode-se concluir que em todo o sistema de justiça penal classificado de acusatório existe uma fase de investigação oficial do fato delitivo e, portanto – ressalvadas as devidas nuances –, está presente um elemento inquisitivo. A pergunta que se segue naturalmente disso é se continua sendo

168 É o que J.H. LANGBEIN denomina o “*truth deficit*” do sistema adversarial, em *The origins of adversarial criminal trial*, cit., pp. 331-332.

adequado denominar acusatórios puros àqueles sistemas em que a investigação é realizada pela polícia, e acusatórios mistos aqueles em que essa investigação é realizada pela polícia, ainda que sob a coordenação do juiz.

A meu ver, para classificar um sistema de justiça penal, o verdadeiramente relevante não é quem realiza a investigação: essa é em todo ordenamento jurídico função da polícia, a qual tem recursos humanos e materiais para isso, conhece o entorno da criminalidade, possui as bases de informação e domina os métodos de investigação criminal. O decisivo é que a atuação policial esteja submetida ao controle externo. Se frente à noíctia criminis a polícia dirige a investigação até que possua provas suficientes que sustentem a acusação; ou se a polícia desde o início é controlada por um órgão público encarregado de fazer cumprir a política criminal; ou se a polícia é controlada por um órgão independente; todas essas são soluções que encontramos nos diversos ordenamentos jurídicos e, em princípio, aceitáveis cada uma dentro do seu contexto. Nosso ordenamento jurídico, por influência do código napoleônico, assumiu a opção de que um órgão judicial intervenha desde o princípio no esclarecimento dos fatos delitivos e, com o tempo, tem adaptado essa investigação à concepção atual dos direitos fundamentais e das garantias processuais.

Penso que o debate atual deve centrar-se não tanto na figura do juiz de investigação, ou na conveniência da sua substituição, quanto principalmente em buscar soluções às questões que se seguem.

1) *O controle sobre os pressupostos que justificam iniciar a investigação.* Independentemente de a investigação ser iniciada por um órgão ou outro, o importante para a proteção dos cidadãos é que o aparelho estatal seja utilizado para o esclarecimento dos fatos delitivos e não para outros fins não legítimos. Deve articular-se adequadamente um equilíbrio de poderes, de tal modo que o Estado vele pela segurança dos cidadãos e dê uma resposta eficaz frente à criminalidade, ao mesmo tempo em que garanta a liberdade do cidadão frente ao uso abusivo do processo penal por parte do poder. Para tanto, deve existir um caminho para assegurar que a investigação somente se inicie contra um cidadão quando concorram determinados indícios delitivos. Do contrário, seriam incrementados os riscos de inquisições gerais<sup>169</sup>, as quais, como a história já demonstrou, são notavelmente danosas para as liberdades individuais. Igualmente, o controle deve dirigir-se a evitar áreas ou situações de impunidade: ou seja, que concorrendo indícios suficientes, não se inicie a investigação dos fatos delitivos. Para esse propósito, cada sistema pode optar por uma margem maior ou menor de discricionariedade, mas, em todo o caso, deve ser

169 Sobre os pressupostos para a iniciação de um processo penal e a proibição de inquisições gerais, vid. a STC 41/1998, de 24 de fevereiro (assunto Juan Guerra).

articulado o mecanismo adequado que controle se tal discricionariedade é utilizada ou não dentro das margens admitidas, sem dar lugar a uma “justiça seletiva”. O sistema espanhol é, nesse ponto, a meu ver, um expoente magnífico do jogo de equilíbrios, de *checks and balances* no âmbito processual: no início da investigação penal intervêm – ou podem intervir – o juiz de investigação, o Ministério Público, o ofendido e qualquer cidadão que inicie a ação popular<sup>170</sup>. Isso permite um contrapeso de poderes e um controle mútuo das ações de cada um por parte dos demais, o que produz como resultado um controle eficaz na fase de iniciação do processo penal. Quiçá possa criticar-se essa estrutura desde a ótica da eficácia, mas duvido muito que caiba colocar objeções desde a perspectiva das garantias e do controle mútuo de cada um dos sujeitos que intervêm no processo penal<sup>171</sup>. Nesse contexto, convém perguntar-se o que é melhor, o Ministério Público em caráter exclusivo, que deve tomar a decisão sobre o início do processo penal, com o conseqüente risco de interferências do poder executivo nessa decisão ou sacrificar alguma eficácia do processo penal no interesse de um controle maior desse poder público por parte dos membros da sociedade, permitindo-lhes que atuem, seja a título individual, seja a título coletivo. Em minha opinião, são tão abundantes os exemplos atuais de justiça seletiva nos ordenamentos jurídicos nos quais o Ministério Público exerce a ação penal em caráter de monopólio, para concluir claramente a favor de uma intervenção maior de sujeitos particulares na decisão de iniciar o processo penal. Se essa solução pode implicar certo desequilíbrio no confronto em contraditório, a solução contrária carrega um risco, a meu ver ainda maior, de quebra da igualdade e, acima de tudo, de respeito aos princípios do Estado de Direito. Repito: os exemplos por todos conhecidos que encontramos tanto nas chamadas democracias modernas, para não mencionar as democracias dos países do leste europeu, quanto em países em fase de consolidação democrática na América Latina, nos quais certos sujeitos vinculados ao poder nunca são submetidos ao sistema de justiça penal em termos de igualdade com os demais cidadãos, não acredito que deixe lugar a dúvidas: um poder que monopoliza o exercício da ação penal por parte do Estado por meio do Ministério Público, implica sérios riscos para a igualdade e, portanto, para a justiça.

2) *Quem deve vigiar que as medidas de investigação sejam lícitas e proporcionais em cada caso.* Existe um amplo consenso – ainda que não unânime, tendo em conta a doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – de que as medidas de investigação que incidem na esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos devem

170 N.T. A ação popular corresponde a uma forma de se iniciar o processo penal, por sujeito que não seja o ofendido (nem obviamente o Ministério Público). A ação popular se soma à ação penal privada e pública por iniciativa do Ministério Público. Como ação, se sujeita a condições.

171 Os problemas de controle no nosso sistema não se encontram na fase judicial, senão, quiçá, na fase prévia à judicialização da investigação, que, a meu ver, deveria ser regulada em detalhes.

estar submetidas ao controle judicial. Mas, não há de se perder de vista que a maioria das medidas de investigação policial afeta de uma maneira ou outra os direitos fundamentais de um indivíduo, pelo que, em princípio, parece que a posição mais garantista deveria advogar em favor da presença de um juiz em toda a fase da investigação. Isso, por sua vez, cria a interrogação sobre qual é a melhor solução: a que prevê o controle por parte de um juiz de garantias alheio à investigação, ou a que confia a investigação a um juiz implicado nessa investigação? Não é o caso de entrar aqui em um intenso debate sobre quem deve dirigir a investigação<sup>172</sup> ou analisar a fundo a questão de se é o mesmo juiz que assume a função de esclarecimento do fato delitivo o mais adequado para validar as medidas que restringem direitos fundamentais dos sujeitos investigados. Basta apontar que se trata de assuntos que não podem ser ignorados em uma futura reforma do sistema de justiça penal na Espanha. Em todo o caso, acredito ser importante assinalar que não considero um argumento válido aludir, sem mais, às soluções adotadas por outros ordenamentos jurídicos que optaram por abolir a figura do juiz de investigação. Entre outras razões, porque em alguns ordenamentos – como o inglês desde o final dos anos de 1980 – se sucederam debates sobre a conveniência de implantar a figura do *investigating* ou *examining judge* em seu sistema de justiça penal, com o fim de incrementar o controle da investigação.<sup>173</sup> Em todo caso, não resta dúvida de que o juiz implicado diretamente na busca de provas seja o encarregado de velar para que nessa investigação se respeitem as garantias fundamentais do imputado, não é a solução mais garantista, pois sempre existe o risco de que se veja minguada a sua imparcialidade. O sistema mais respeitoso dessa imparcialidade advogaria que o controle da licitude das medidas restritivas de direitos fundamentais, ao menos aquelas que supõem uma restrição mais severa do âmbito dos direitos individuais, será confiada a um sujeito “externo” a essa investigação. Esse é um princípio básico de qualquer sistema de controle, seja de legalidade ou de *compliance*, como orçamentário. Isso passaria por estabelecer um juiz de garantias como controle adicional à decisão adotada pelo juiz de investigação. Mas, uma vez mais, esse não é um argumento para sustentar que se deve eliminar o juiz de investigação para que o Ministério Público assumira as suas funções.

3) *Como garantir a máxima eficácia da investigação.* O desenvolvimento eficaz da fase de investigação do delito depende da existência de profissionais com suficientes meios materiais e capacidade de buscar elementos probatórios, que evitem o desaparecimento de provas ou que elas percam sua eficácia probatória. A polícia judiciária necessita contar com um alto grau de qualificação profissional e um

172 Vid., a esse respeito, a bibliografia citada na nota núm. 42.

173 R. VOGLER, ob. cit., p. 154.

marco normativo completo que defina quais são as atividades concretas que lhes corresponde realizar no âmbito de uma investigação penal. Por outro lado, sua formação deve abarcar não apenas os conhecimentos de criminologia e de ciências forenses. É preciso também, para o correto funcionamento do sistema, que sejam conhecedores dos limites de atuação e relevância do operar dentro do marco dos direitos fundamentais, de modo que não sejam invalidados os elementos de prova.

4) *O valor probatório que se outorga a esses atos realizados na fase de investigação sem contraditório.* A meu ver, este é um dos pontos cruciais no desenho de qualquer processo penal para que logre respeitar o direito de defesa e igualdade de armas. Se as provas obtidas na fase de investigação tivessem pleno valor probatório, o juízo consistiria em uma mera ratificação delas, com uma quebra radical do princípio da igualdade e do direito de defesa. Assim acontecia no processo inquisitorial. Por isso, uma instrução processual que seja plenamente contraditória quanto à sua configuração externa, se fica reduzida à discussão das provas obtidas na fase de investigação de modo não contraditório, não apenas quebra o princípio da igualdade, senão que esvazia o princípio de imediação. A esse respeito, a finalidade de preservar a igualdade e o significado do debate em contraditório como momento da realização da prova pode ser alcançado adotando-se teoricamente uma das seguintes soluções: ou bem se transforma a fase de investigação em fase com contraditório, ou bem se retira o valor probatório dos atos da fase de investigação preliminar ao processo. Essa segunda opção é a que se segue nos sistemas como o espanhol, o italiano, o alemão ou o inglês, se bem que todos eles admitem limitadas exceções ao princípio da imediação. Estabelecer um sistema contraditório na fase de investigação nem sempre é factível: primeiro, porque nem sempre existem duas partes e, segundo, porque o fim de esclarecimento do fato delitivo impede que a parte investigada tenha conhecimento de todos e de cada um dos atos. Ademais, pode citar-se aqui o argumento de Alonso Martínez, quem reconhecia que a igualdade plena na fase inicial do processo é difícil de ser estabelecida, porque na investigação do fato delitivo parte-se de uma situação desigual, pois uma parte – o suposto autor – conhece como se sucederam os fatos, e a outra não<sup>174</sup>. Isso não impede que aqueles atos que forem praticados em contraditório, com todas as garantias em uma fase preliminar ao processo, como o interrogatório de testemunhas, possam adquirir valor probatório para efeito de condenação se não puderem ser reproduzidos na instrução processual. Por outro lado, todo sistema que deseje o máximo de garantias deve facilitar que o imputado participe e seja informado o quanto antes de todos os atos

174 Exposição de motivos da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882: “Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro; desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable”.

que não ponham em perigo a investigação. E, em todo caso, haverá de ser dada ao acusado a oportunidade de aportar fatos e elementos de provas em seu favor, seja por meio de seus advogados – no sistema da *common law* – ou por meio do órgão público encarregado da investigação. Arrolar adequadamente as exceções ao princípio da imediação, os requisitos da prova antecipada e o acesso à prova por parte da defesa, assim como garantir a possibilidade de que possa aportar elementos de prova em favor do defendido, são questões que devem regular-se adequadamente para que um processo com a etiqueta de “acusatório” não esconda um processo que, na prática, seja “inquisitorial”.

## 5. JUÍZO ORAL ACUSATÓRIO E FASE DE INVESTIGAÇÃO.

### 5.1. A nova dimensão da investigação e seu reflexo no juízo oral

A instrução processual é o ato primordial do processo penal no qual se reflete o paradigma do modelo acusatório que, como já temos reiterado, consiste no enfrentamento de duas partes em posição de igualdade frente a um juiz imparcial. Esse tribunal imparcial, como regra, somente pode fundamentar a sentença no alegado e provado pelas partes em juízo público, oral e contraditório. Apenas os juízes que presenciaram a instrução estão em condições de valorar corretamente a prova, e, por isso, deve preservar-se a imediação no processo penal. Embora a regra de que a sentença condenatória deva apenas basear-se no realizado durante a instrução siga sendo válida e de caráter primordial, a transformação dos instrumentos de investigação conferiram, a meu ver, uma nova dimensão aos atos de investigação.

Em um processo em que as provas, além de objetos ou instrumentos materiais, são fundamentalmente de caráter oral – prova testemunhal e confissão –, a realização da prova frente ao tribunal julgador permite que se cumpra plenamente o princípio do contraditório, na medida em que ambas as partes têm as mesmas possibilidades de interrogar essas testemunhas e questionar o grau de credibilidade que merecem as declarações, de realizar alegações sobre os objetos encontrados, etc. Ademais, a imediação não apenas permite uma valoração mais correta das condutas dos sujeitos de prova, senão que constitui também um elemento de garantia de que suas declarações não são fruto de pressões.

Todo o expressado em relação à prova testemunhal segue sendo tão válido na instrução do processo continental europeu quanto no processo adversarial da *common law*, no qual a prova testemunhal continua sendo de grande relevância para o julgamento. Todavia, estamos assistindo, há algumas décadas, a importantes transformações no que se refere aos métodos de investigação e de obtenção de provas. Atualmente, no processo penal, a prova pericial tem adquirido

uma importância crescente, como as amostras de DNA, as análises químicas, as provas de balística, as impressões digitais ou os laudos forenses. A isso se soma o caráter determinante que também adquiriram outras provas obtidas durante a investigação com prévia autorização judicial, como as gravações telefônicas ou videográficas ou o registro de comunicações e arquivos informáticos. A evolução dos métodos de investigação determinou que o praticado na fase da investigação preliminar ao processo possua uma relevância inquestionável, a ponto de que, em muitas ocasiões, serão esses elementos de prova os que determinarão não apenas a abertura do processo, senão a sentença condenatória.

Acontece, não obstante, que na obtenção dessas provas, por sua própria natureza ocultas, a parte imputada não pode participar. Para preservar o princípio do contraditório, que não pode ser cumprido no momento de se obter os elementos de prova, e a possibilidade de que cada uma das partes possa debater sobre o modo como se obtiveram essas provas e sobre a valoração dos resultados obtidos, esses elementos de prova são introduzidos na instrução processual. Em muitos casos, especificamente nas provas periciais realizadas por órgãos oficiais, a fase da instrução processual limita-se a validar o que já consta no laudo elaborado pelos peritos. E, se não existem laudos em sentido contrário, a prova de certos fatos virá já determinada por aquilo que foi realizado na fase de investigação. De modo semelhante, a existência de gravações videográficas, por exemplo, de um assalto a um posto de gasolina, nas que se identifica o sujeito que cometeu o delito, serão decisivas para a formação da convicção do juiz sobre os fatos e, portanto, sobre a condenação. O fato de que sejam introduzidas no debate contraditório é imprescindível para que se observe a garantia de direito de defesa pela parte acusada, mas, no que se refere à eficácia probatória, o realizado em juízo pouco ou nada servirá, no exemplo mencionado, para a determinação dos fatos. A realidade mostra-nos que, diversamente do que acontecia e acontece com a prova testemunhal – ou a declaração da parte –, que não existe até que a testemunha ou a parte sejam interrogadas frente ao juiz imparcial na instrução processual, muitos elementos probatórios já estão definidos na fase preliminar ao processo, ainda que sua eficácia processual venha condicionada a que sejam introduzidos ou reproduzidos na instrução.

Assim, nesse contexto, e sem questionar o papel central da instrução processual, não acredito que se possa seguir afirmando, pelo menos no processo penal da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola, que a fase de investigação tem um caráter meramente preparatório do processo. Se levarmos em conta, por exemplo, o disposto no art. 788.2 LECrim, sobre a introdução como prova documental dos laudos “emitidos por laboratórios oficiais sobre a natureza, quantidade e pureza de substâncias entorpecentes quando neles conste que se realizaram seguindo os protocolos científicos

aprovados pelas normas correspondentes”,<sup>175</sup> temos de admitir que essa prova pericial não tem caráter meramente preparatório. Quando observamos na prática, comprovamos que em raras oportunidades o debate em contraditório sobre esses laudos servem para alterar seu resultado ou valoração. Gozam de um caráter praticamente irrefutável, ainda que tenham sido elaborados sem a presença de ambas as partes e em contraditório. A confiabilidade do órgão que os emite e a necessidade de se otimizar os recursos levaram o legislador a outorgar a essa prova pericial valor probatório, ainda que não seja praticada na instrução processual: basta com que seja introduzida por escrito. No que se refere ao resultado dessas análises, a instrução limitar-se-á a introduzir o escrito que contém o resultado da diligência da investigação.

Fazendo as devidas ressalvas, e ainda nos casos nos quais o perito comparece em juízo para ratificar o seu laudo escrito, o certo é que muitas das diligências que se desenvolvem na fase de investigação com grande frequência têm um caráter determinante na sentença. Essas provas têm alguns traços que também estavam presentes nas práticas inquisitivas: a obtenção de provas realiza-se sem contraditório, documenta-se o resultado por escrito e, com base nesse registro, o tribunal pode construir sua decisão – isso sim, com prévio debate contraditório. Como vamos valorar essa presença de traços inquisitivos em alguns elementos de prova? Devem ser limitados, justamente, por lembrar sistemas inquisitoriais? Ou devemos reconhecer que os atuais sistemas de investigação, que derivam da pré-constituição de certos elementos de prova, deram uma nova dimensão ao processo de investigação?

Com o dito anteriormente, não queremos tirar importância da fase de instrução, mas sim destacar que a fase de investigação preliminar adquiriu um alcance não imaginado pelo legislador da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola em relação a determinadas provas. Por isso, acredito importante intensificar o respeito às garantias na fase de investigação e regular com maior detalhe os atos policiais. O estrito cumprimento das garantias processuais na fase de investigação servirá a uma dupla finalidade: por um lado, a proteção dos direitos do imputado e, por extensão, dos direitos de todos os cidadãos; e por outro lado – e não de pouca importância – para evitar que elementos de prova essenciais se tornem ineficazes por terem sido obtidos de modo irregular.

## 5.2. Acesso aos autos de investigação e direito ao juiz não prevento

O processo penal desenhado pela *Ley de Enjuiciamiento Criminal* combina uma fase de investigação, sob a direção de um juiz de investigação e/ou do

175 Sobre esse preceito e acordos de unificação de critérios aprovados pelo Supremo Tribunal, vid. A análise realizada por B. VARGAS CABRERA, “*Dictámenes periciales sobre sustancias estupefacientes. Estudio jurisprudencial*”, Ley núm. 6682, de 29.3.2007, pp. 1 ss.

Ministério Público e uma fase em contraditório da instrução processual. A instrução não será iniciada se não existe uma prévia acusação formulada por um sujeito diverso do juiz – Ministério Público, acusador particular e popular – e o juiz da investigação não fará parte do tribunal julgador. Com isso, ao separar as funções de investigar, acusar e julgar consegue-se superar o declínio da imparcialidade que implica que o mesmo juiz que investiga, também acuse e julgue. A separação dessas funções busca preservar a imparcialidade do Tribunal, como já argumentou Alonso Martínez na exposição de motivos da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, e como de modo uniforme assume toda a doutrina. Se um sujeito tem contato direto com a investigação e as provas antes da instrução processual, teve já a oportunidade de formar um juízo prévio sobre os fatos e a culpabilidade do imputado, o que o impede de aproximar-se sem pré-juízos da instrução processual e, portanto, julgar de modo imparcial relativamente à igualdade das partes. Essa é em essência a justificação da separação de funções e uma das garantias ou um aspecto do princípio da imparcialidade, que nosso sistema de justiça cumpre estritamente. Essas afirmações são pacíficas e foram abordadas amplamente tanto pela doutrina científica como pela jurisprudência.

O ponto que não resulta tão claro é o relativo ao acesso aos autos ou às peças da investigação por parte do órgão julgador. Se a imparcialidade requer que o tribunal que preside a instrução processual forme sua convicção sobre a base do praticado nesse juízo, sobre a base das provas realizadas em um debate oral em termos de igualdade, o tribunal não deveria ter contato prévio com o que foi coligido na fase da investigação preliminar. Nossa *Ley de Enjuiciamiento Criminal* contempla a possibilidade de que o órgão julgador tenha acesso aos atos realizados na fase de investigação e que tenham ficado registrados por escrito. O acesso aos autos, no meu entender, dificulta uma aproximação plenamente neutra do assunto. Dito de outra forma, qualquer pessoa que leia os atos de investigação inevitavelmente tenderá a formar um juízo prévio sobre os fatos que serão debatidos no processo. E essa opinião, juízo ou posição prévia, antes de presenciar o enfrentamento entre as partes, é o que implica um prejuízo à garantia da imparcialidade.

Resulta pouco coerente que a instrução processual, afirmada como em contraditório e acusatória, mantenha um traço do processo inquisitivo que merece uma valoração negativa – negativa não tanto por que estivesse presente em um processo inquisitivo, senão porque não contribui para a eliminação dos riscos que podem afetar a imparcialidade. Quiçá seria conveniente refletir sobre essa questão<sup>176</sup> e questionar se se deve manter a atual possibilidade de acesso aos autos, ainda que a

176 Dessa opinião também O.K.F. KLUG, “*Sobre el proceso penal como proceso de partes*”, em *Constitución y sistema acusatorio*, cit., pp.111-121, 121.

custo de possíveis riscos para a imparcialidade; ou se se deveria restringir esse acesso aos autos e reforçar o significado do debate em contraditório, a custo de conferir maiores poderes às partes e exigir-lhes um maior esforço para expor oralmente o caso frente ao juiz que não teve acesso aos atos preliminares. Essa última opção favorável ao contraditório é a que foi adotada no processo penal italiano,<sup>177</sup> seguindo os processos estabelecidos dentro do *adversary system*.<sup>178</sup> Nessa reflexão sobre a conveniência em manter o acesso aos autos de investigação ou, pelo contrário, negar esse acesso ao tribunal, não se deve esquecer que potencializar as garantias da imparcialidade e reforçar o modelo contraditório pode, ao mesmo tempo, implicar numa maior margem de erro no julgamento, porque a visão que adquirirá o juiz dos fatos dependerá em maior medida da habilidade de cada uma das partes para expor e defender suas posições. Em outras palavras, cada opção carrega seus riscos: potencializar o respeito ao direito ao juiz não prevento e dar prioridade absoluta ao realizado na instrução pode implicar, todavia, um maior risco de julgamentos errôneos, isso sim, falsamente legitimados pelo contraditório processual: se a convicção do juiz será baseada exclusivamente no realizado em juízo, o julgamento dependerá perigosamente da atuação da defesa do acusado em juízo. E não é necessário explicar que essa atuação mais ou menos brilhante também depende, na realidade, salvo contadas exceções, dos recursos econômicos do acusado. Assim que, desde aqui se deve insistir em avaliar desapaixonadamente todos os princípios em jogo antes de se pronunciar enfaticamente a favor de uma solução ou outra.

### 5.3. O juízo oral e a eficácia do sistema de justiça penal

No debate sobre o processo penal, a estrutura e a função da instrução seguem ocupando um lugar primordial: a instrução é o paradigma do modelo de administração de justiça, e os atos anteriores devem servir basicamente para preparar e possibilitar esse ato, ou para decidir que não deva celebrar-se. A quase totalidade dos sistemas jurídicos denominados civilizados ou modernos adotou um processo penal com uma fase de instrução processual, em que a parte acusadora enfrenta o acusado diante do juiz, o qual, em princípio, goza de independência e imparcialidade. O processo como via de garantias dos cidadãos frente ao exercício do *ius puniendi* por parte do Estado adota, assim, a forma contraditória própria dos *adversary systems*. Frente a essa regulação legal, na Espanha podemos felicitar-nos de ter um sistema de justiça penal baseado na garantia que representa para o acusado a existência de uma instrução plenamente contraditória, em condições de igualdade – ao menos formalmente.

177 Vid. G. ILLUMINATI, “El sistema acusatorio en Italia”, cit., pp. 177-194.

178 Na doutrina espanhola, se ocuparam do sistema adversarial dos Estados Unidos, entre outros, J.L. GÓMEZ COLOMER, “Adversarial system, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado a los Estados Unidos de Norteamérica”, cit., pp. 25-77.

A realidade, todavia, é muito diferente: cada vez mais ordenamentos jurídicos arbitram soluções para resolver os assuntos penais sem necessidade de celebrar a instrução. As soluções de consenso, em suas diversas variáveis, se foram generalizando na administração da justiça penal, ao ponto de as instruções processuais se converterem, em termos proporcionais, em uma realidade anedótica. Os dados estatísticos são muito reveladores: mais de 90% das questões penais nos Estados Unidos são resolvidas em caráter prévio à instrução, na grande maioria pelo *plea bargaining*<sup>179</sup>; no nosso país, segundo as estatísticas realizadas pela *Fiscalía General del Estado*, entre 60 e 70% dos assuntos resolvem-se mediante consenso<sup>180</sup>. Este não é o lugar para se aprofundar na regulação de fórmulas de consenso.<sup>181</sup> Aqui preferi tomar como ponto de partida uma realidade inegável: existem diversos fatores que propiciam o aumento das soluções de consenso no seio do processo penal, dentre eles a evolução dos métodos de investigação, a incerteza do resultado do processo, a obtenção de benefícios na pena, a ausência de publicidade do processo<sup>182</sup> e a importante redução de custos tanto para o acusado como para a administração de justiça.

A valoração desses dados não é simples: quando a prática reflete que, na maioria dos casos, a opção de celebrar o processo é evitada, isso pode interpretar-se tanto como um êxito absoluto do sistema quanto como um fracasso total. Depende da perspectiva. Há autores que consideram o modelo do fracasso, e de traços inquisitivos, um sistema que resolve 90% dos casos sem celebração da instrução processual<sup>183</sup>; há outros que classificam como um absoluto êxito o fato de que os juízos rápidos sejam resolvidos em nosso país majoritariamente pelo consenso,<sup>184</sup> entendendo que se alcança assim um difícil equilíbrio entre as exigências da eficácia e da justiça.

A eficácia de um sistema é medida em termos de adequação entre meios e fins. Para avaliar se um sistema é eficaz, devemos definir previamente qual é o fim do processo penal. Por sua vez, a análise dos fins do processo penal não pode

179 As estatísticas do ano de 2004, elaboradas pelo *Bureau of Justice Statistics (US Department of Justice)*, refletem que, no âmbito da justiça penal federal, 96% dos processos foram resolvidos por meio do *guilty plea* ou *no contest*. Vid.: < <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/fed.htm> >

180 Vid. os dados incluídos no *Memorias de la Fiscalía General del Estado* em: <<http://www.fiscal.es>>

181 Sobre os mecanismos de consenso no sistema espanhol vid., entre outros, S. BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994; L.A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, Valencia, 1997; M. AGUILERA MORALES, *El principio del consenso: la conformidad en el proceso penal español*, Barcelona, 1998; P. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad en el proceso penal*, Madrid 1998.

182 É interessante o trabalho de A. ESER ao destacar como a garantia da publicidade do processo é uma máxima que se encontra em profunda crise e se refere à perversão da publicidade. Atualmente, mediante os meios de comunicação, o que tradicionalmente foi um instrumento de controle frente ao poder do juiz, no presente, adquiriu um novo significado, podendo ser convertido em uma ameaça para os direitos do próprio acusado, vid. “Un cambio en las máximas del proceso penal: ¿hacia una «reprivatización» del proceso penal?”, em *Constitución y sistema acusatorio*, cit., pp. 51-92, pp. 67-68

183 J. MONTERO AROCA, “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, cit., pp. 26-28

184 S. BARONA VILAR, “Conformidad del acusado. Paradigma de eficiencia de la justicia penal”, em *Terrorismo y proceso penal acusatorio* (dirs. J.L. Gómez Colomer y J.L. González Cussac), Valencia, 2006, pp. 399-433



deslindar-se da análise dos fins do próprio direito penal. Podemos certamente adotar uma definição asséptica: o processo penal é um caminho legal para a aplicação do direito penal com plenas garantias. Mas, em realidade, a regulação do processo penal dependerá de como se abordem a compreensão e a solução do conflito que o legislador qualifica como penal. Existe um consenso no que diz respeito aos fins gerais da justiça penal: evitar altos índices de impunidade em uma sociedade – o que gera insegurança, sempre inimiga do direito –, dar proteção à vítima, alcançar que nenhum acusado se veja privado de seu direito de defesa e, por último, evitar que um inocente seja condenado. Dentro dessas premissas básicas, o processo pode ser concebido como caminho para a pacificação social, para a resolução de conflitos intersubjetivos, para prevenir a criminalidade ou para garantir a igualdade na aplicação da lei penal, dentre outras. Dependendo da medida com que se cumprem esses objetivos, o processo será mais ou menos eficaz. Por exemplo, se colocamos como fim imediato do processo penal o esclarecimento dos fatos e, em caso de serem delitivos, a imposição da sanção apropriada, seria necessário, para avaliar a eficácia do sistema, elaborar estatísticas sobre a porcentagem de casos esclarecidos e punidos. Se o fim é a pacificação social, haveria que estudar o impacto das soluções processuais na evolução do fato criminoso, etc.

Definitivamente, dependendo de qual dos fins se considere prioritário em uma determinada sociedade, e portanto em seu sistema jurídico, assim deverá também articular-se o processo penal, as soluções de consenso, as soluções por meio da mediação e, inclusive, a discricionariedade no exercício da ação penal. Mas não pode concluir-se que um sistema de justiça é um exemplo de fracasso pelo mero fato de que a maioria de seus assuntos se resolva pelo consenso. As soluções de consenso deverão ser valoradas desde o ponto de vista de sua eficácia e da eficácia do sistema de justiça penal em geral. De tal modo que, se o que se busca com as soluções de consenso é uma redução de custos econômicos do processo, quanto menos custo implique a resolução de cada caso, mais eficaz será a solução adotada.

No contexto da administração da justiça e dos recursos econômicos, argumenta-se que se está sacrificando o valor justiça – cujo paradigma seria o direito do acusado a um julgamento justo, oral e público – ao custo de soluções de consenso, que resultam menos custosas. A esse respeito, sendo inquestionável que a redução de custos não pode erigir-se como fim último do sistema processual, nem tampouco pode definir-se como fim prioritário, creio ser irreal legislar ou defender um sistema sem tomar em consideração as implicações econômicas.<sup>185</sup> Não podemos tapar a

185 Vid. as consideraciones sobre o argumento econômico realizadas por L.M. Díez-Picazo, *El poder de acusar*, Barcelona, 2000, pp. 17-22. Embora esse autor centre-se no debate sobre a discricionariedade do Ministério Público, a argumentação relativa aos recursos econômicos na administração da justiça são aqui aplicáveis.

realidade de uma situação de recursos limitados – pelo menos essa é a experiência em matéria de administração da justiça – e, dentro desse contexto, deve-se tentar arbitrar sistemas que, dentro âmbito do respeito às garantias e aos direitos fundamentais, permitam canalizar os conflitos penais de maneira mais eficaz, tanto em termos econômicos como dos fins gerais e concretos do processo penal.

Em suma, as soluções de consenso propriamente não são nem boas nem más pelo fato de que com elas é possível economizar custos que seriam suportados pelo sistema de justiça penal. Tampouco são em si mesmas um elemento negativo porque levam à exclusão da instrução processual. Os mecanismos merecerão um juízo negativo dos seus pressupostos. Primeiro, quando não contribuem para reduzir os custos econômicos e o tempo do processo. Segundo, quando entram em conflito com noções fundamentais de justiça, isto é, levam a excluir, na prática, o direito de defesa e que um inocente se declare culpado e seja condenado. Vale a pena chamar a atenção para a realidade que descreve S. Thaman, em seu trabalho sobre o processo penal nos Estados Unidos da América. Ressalta esse autor a pressão que pode sofrer o acusado para aceitar a solução de consenso que é oferecida pelo Ministério Público no processo norte-americano, o que nos remete às práticas mais negativas dos processos inquisitoriais medievais, nos quais alcançar a confissão era o fim primordial.<sup>186</sup> Ou à situação que se dá em alguns países do leste europeu em que foram estendidas as soluções de consenso, sobretudo devido à forte pressão que pesa sobre qualquer detido pela mera possibilidade de que possa ser adotada a prisão preventiva: as condições penitenciárias em determinados países leva a que muitos detidos, inclusive inocentes, se conformem com uma pena de multa – ainda que seja elevada –, antes de ter que passar pelo trauma de ingressar em um centro penitenciário mais próprio das novelas de Dostoievski do que da ideia de direitos humanos do século XXI.<sup>187</sup>

Em consequência, para avaliar o significado da diminuição de instruções processuais em um determinado sistema judicial, não será suficiente analisar as estatísticas numéricas e a redução de custos, senão que é preciso analisar quais são os motivos que levam o cidadão a assumir uma sentença consensual. Se o acusado opta pela solução de consenso devido à pressão da acusação, estamos diante de uma conduta própria de um sistema inquisitivo, contrária à concepção mais elementar

186 Também J. MONTERO AROCA, embora baseando-se em outros argumentos, destaca a presença de traços inquisitivos no processo penal dos Estados Unidos. vid. *“Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”*, ob. cit., p. 25.

187 Sobre a coerção exercida para obter um *plea agreement*, em algumas repúblicas ex-soviéticas e na Georgia em particular, vid. J. MURDOCH, *Country Report on Georgia, Combating Ill-treatment and Impunity and Effective Investigation of Ill-treatment, Consejo de Europa, Estrasburgo*, 2011, paras. 55-62. Vid. também o relatório de *Transparency International, “Plea Bargaining in Georgia: Negotiated Justice”*, de dezembro de 2010, disponível em: <[http://transparency.ge/sites/default/files/post\\_attachments/Plea%20Bargaining%20in%20Georgia%20-%20Negotiated%20Justice.pdf](http://transparency.ge/sites/default/files/post_attachments/Plea%20Bargaining%20in%20Georgia%20-%20Negotiated%20Justice.pdf)>

do direito de defesa. Por outro lado, se o acusado opta pela solução de consenso pela imprevisibilidade e incerteza que para ele representa a instrução processual e a sentença, então sim, deve encontrar-se a razão na articulação desse julgamento, pois não parece oferecer as garantias que enquadrámos dentro do processo justo. Mas, se a opção do acusado é resultado de uma eleição voluntária, porque essa lhe representa benefícios em relação à pena, ou porque lhe supõe uma redução de custos e tempo, ou bem porque prefere evitar a publicidade de uma instrução processual, acredito que as soluções de consenso devem ser aplaudidas, porque permitem incrementar a eficácia do sistema do ponto de vista da otimização de recursos económicos. Definitivamente, não pode sacrificar-se a justiça em prol da eficácia – económica –, mas tampouco é admissível regular os sistemas de justiça penal ignorando a realidade e, em particular, sem levar em consideração os recursos materiais disponíveis em uma determinada sociedade. Cada opção acarreta riscos, e a valoração desses riscos deve medir-se em relação às vantagens que trazem cada solução, não apenas do ponto de vista teórico.

Por outro lado, caberia perguntar-se se as soluções de consenso representam uma renúncia ao valor justiça, na medida em que a sentença não se baseia na verdade material determinada na instrução. A esse respeito, penso que temos de reconhecer que a busca da verdade é um fim até certo ponto utópico, pois em todo processo se buscam determinar os fatos para aplicar a lei aos mesmos: nem os métodos utilizados no processo inquisitorial eram adequados para chegar a uma fidedigna reconstrução dos fatos, nem os atuais avanços técnico-científicos permitem alcançar sempre e em todos os casos a verdade material. Se partimos desse reconhecimento, e admitirmos que o fim do processo penal não é a busca absoluta da determinação da verdade, as soluções de consenso, depois de se levar a cabo uma investigação que possibilite o esclarecimento dos fatos, não se opõem, por si mesmos, a uma concepção material de justiça.

Por último, e ainda que talvez não seja necessária a seguinte consideração, não é demais recordar que as soluções de consenso não são patrimônio exclusivo dos sistemas acusatórios nem dos sistemas em que o acusador goza de amplo poder discricionário. Se é verdade que este sistema de resolução do processo penal nasce dentro dos sistemas acusatórios, nos quais a busca da verdade não se esgrima como máxima ou como fim do processo, isso não obsta que nos processos denominados “acusatórios mistos” ou propriamente modernamente inquisitivos, diferentes fórmulas de consenso sejam admitidas.

## 6. CONCLUSÕES

Os conceitos jurídicos são úteis, ainda mais se existe um consenso quanto ao seu significado. Do contrário, podem levar a uma confusão entre os diversos interlocutores. O termo “acusatório” é entendido, às vezes, num sentido muito concreto, como a proibição de acumulação das funções de investigar, acusar e julgar em um mesmo órgão, e, outras vezes, em um sentido amplíssimo, para fazer referência ao processo penal com todas as garantias. Nos parágrafos antecedentes, tentamos explicar as razões pelas quais a frequente identificação do “acusatório”, como o ideal processual, e o “inquisitorial” como tudo de negativo no processo, não apenas é reducionista, senão também incorreta. Além disso, vimos como em todo o sistema de justiça penal – ocidental – convivem elementos que caracterizaram ou surgiram com o processo inquisitorial e elementos que foram chamados de acusatórios. Por isso, considero que centrar o debate na caracterização desses modelos perdeu grande parte da sua utilidade, ao menos como eixo sobre o qual – se afirma – deveriam ser articuladas as reformas da justiça penal no âmbito das democracias ocidentais.

Num momento em que as convenções internacionais, os textos constitucionais e a doutrina dos tribunais, tanto nacionais como internacionais, alcançaram uma ampla compreensão do significado das garantias processuais, e, especificamente, das garantias que devem ser respeitadas no processo penal, há já provavelmente pouco interesse em recorrer ao termo “acusatório” como ícone de todos os avanços. Concordo nisso com Montero Aroca, que classifica o termo acusatório como “slogan político”,<sup>188</sup> e com Gómez Colomer, quando põe em destaque que uma concepção comum das garantias faz com que os diferentes modelos processuais não difiram substancialmente.<sup>189</sup> Quiçá tenha chegado o momento de desmitificar o conceito de acusatório como paradigma da *fairness* e da igualdade.

A história proporciona numerosos exemplos que atestam que nem todos os processos acusatórios merecem ser idealizados. Em certos momentos, esses processos conviveram com sistemas irracionais de prova e, inclusive, com o uso de tortura;<sup>190</sup> em outras ocasiões, deram lugar ao “linchamento” público de um cidadão pelas mãos de seus vizinhos, convertidos em membros de um júri; o julgamento baseado no confronto oral entre as partes não poucas vezes se converte em uma encenação, na qual os advogados recorrem a técnicas próprias de representação teatral ou de manipulação psicológica mais do que a sólidos argumentos jurídicos; isso para não

188 J. MONTERO AROCA, “*Principio acusatorio y prueba en el proceso penal...*”, ob. cit., pp. 64-66.

189 J.L. GÓMEZ COLOMER, ob. cit., p.72.

190 Entre os anos de 1540 e 1640, a Inglaterra também recorreu à tortura no processo penal, embora normalmente limitada aos casos de traição; vid. J.H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime*, cit., pp. 81-128.

recordar as sentenças abertamente discriminatórias contra cidadãos afro-americanos que surgiram de processos formados por jurados e que se desenvolveram formalmente com respeito a todos os princípios que caracterizam o processo acusatório nos Estados Unidos. É preciso reconhecer que um processo de “partes”, se bem que é mais imune frente aos possíveis abusos por parte do poder estatal, também implica grandes riscos em termos de igualdade entre as partes, pois somente aquela parte que conte com um advogado experiente e com recursos para balancear a investigação da acusação pública poderá equilibrar os termos do debate. O famoso julgado de O.J. Simpson, claro expoente dos desequilíbrios de um processo estritamente de partes, evidenciou os defeitos do sistema acusatório norte-americano.<sup>191</sup>

Na busca de soluções para um processo penal justo e eficaz, partindo do consenso sobre a garantia da imparcialidade, acredito que chegou a hora de superar a dicotomia “acusatório” *versus* “inquisitorial”. A meu ver, o estudo será muito mais proveitoso se se analisam os diversos mecanismos por meio dos quais se articulam as garantias do processo penal nos diferentes processos “acusatórios”; concretamente, por meio da análise de: 1) como funciona a divisão entre as funções de investigar, acusar e julgar; 2) como se equilibram os poderes de cada uma das partes que intervêm no processo penal;<sup>192</sup> 3) a quem é atribuída a responsabilidade de decidir sobre o início da investigação e, sendo o caso, da abertura da instrução processual; ou 4) como são canalizadas e controladas as soluções negociadas ou de consenso no processo penal; 5) como se cumprem as garantias de defesa do acusado, dentro de um marco de proteção à vítima.

Toda a análise do processo penal requer necessariamente conhecer a evolução histórica do julgamento dos fatos delitivos, com o fim de aprender com os erros da experiência e tentar não voltar a cometer os mesmos equívocos. Mas o debate, no meu entender, não pode continuar girando em torno de modelos processuais cujos perfis não estão definidos e ademais, foram modificando-se ao longo da evolução histórica; não parece que se possa seguir baseando-se na defesa intransigente de um princípio, o acusatório, quando seu conteúdo não está previamente definido e não existe consenso sobre o seu significado.<sup>193</sup> E, se se admite que a essência do princípio acusatório consiste em que não pode haver julgamento sem uma acusação prévia – que delimite o âmbito do processo – e em que quem investiga e acusa não pode julgar, isso não nos faz avançar muito na problemática do processo penal,

191 Vid. R. VOGLER, ob. cit., pp. 154-155.

192 Sobre esse contrapeso constitucional de poderes referente à figura do acusador, vid. o excelente trabalho de L.M. Díez-Picazo, *El poder de acusar*, Barcelona, 2000.

193 J.L. GÓMEZ COLOMER, “*Adversarial system...*”, ob. cit., p. 70, considera que ainda é muito arriscado prescindir do debate sobre o conceito de acusatório “*porque no se entendería, sobre todo por quienes no han comprendido lo que es el sistema acusatorio*”.

pois essas garantias já estão mais que assentadas no âmbito processual europeu sem necessidade de importar formalmente – e às vezes acriticamente – modelos estrangeiros de *adversary system*.

No presente, um debate sério sobre a articulação do processo penal necessariamente deve ter em conta as soluções adotadas em outros países. O recurso ao direito comparado é inevitável na ciência jurídica e imprescindível para legislar com acerto. Para isso, deve-se analisar como operam as instituições jurídicas nos países objetos de estudo, quais são os problemas gerados, e em que medida têm servido para dar uma resposta eficaz às necessidades do sistema de justiça penal.<sup>194</sup> Sem esquecer que as soluções jurídicas não podem ser tiradas, sem mais nem menos, fora do contexto no qual operam.

A análise do processo penal deve recorrer ao direito comparado, cada vez mais relevante em um espaço jurídico europeu no qual se apreciam as vantagens de um processo de harmonização de sistemas e garantias processuais. Mas, sem dúvida, o verdadeiramente relevante para avançar no desenho de um processo penal é partir de uma profunda compreensão de como deve configurar-se o equilíbrio entre os elementos: de um lado, a proteção do cidadão frente ao Estado e o respeito aos direitos fundamentais, e, de outro, a eficácia na repressão da criminalidade e a proteção adequada da vítima. Frente a quem demoniza o processo denominado acusatório misto por não ser suficientemente “acusatório”, são ilustrativas as palavras de um autor como Langbein,<sup>195</sup> com um grande conhecimento atual e histórico tanto do processo penal da *common law* como do processo continental europeu. Indica esse autor, que um processo tecnicamente muito superior ao acusatório medieval, como era o inquisitorial, se fez, todavia, digno do desprezo que recebeu por parte dos juristas ingleses, devido à utilização da tortura. Mas se, com o tempo, fundamentalmente ao longo do século XIX, esse processo que surgiu do direito romano-canônico foi superando os defeitos que o faziam indigno de ser seguido, o processo acusatório mantém uma das principais deficiências que o caracterizam desde o século XVIII: a falta de um sistema objetivo de busca da verdade na fase prévia ao juízo, “*the failure to develop institutions and procedures of criminal investigation and trial that would be responsible for and capable of seeking the truth*”.

194 É preciso citar aqui, novamente, como exemplo magnífico de estudo de direito comparado, o trabalho de L.M. Díez-Picazo, *El poder de acusar*, cit. Exemplos de estudos valiosos de direito comparado referentes ao sistema de justiça penal e, em particular, sobre a figura do Ministério Público são, entre outros o já citado J.M. Jehle y M. Wade, *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, cit. Vid. também, T. Vander Beken y M. Kilchling (eds.), *The Role of the Public Prosecutor in the EU Criminal Justice Systems*, Brussels, 2000; e P. Tak (ed.), *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, Nijmegen, 2004.

195 Vid. J.H. Langbein, *The Origins of Adversarial Criminal Trial*, cit., pp. 342-343.