



Aury Lopes Jr.
advogado

brasileiro é primitivo e inquisitório

Pela imersão no problema, não somos capazes — muitas vezes — de fazer

o esforço do afastamento, do estranhamento, em relação ao ritual judiciário¹ brasileiro, especialmente na esfera penal. Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório. Que falta uma preocupação com a "estética" de imparcialidade, uma "aparência" de estranhamento e afastamento de quem julga em relação a quem acusa (problemática já consagrada na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em vários julgados)².

Quando o acusador senta ao lado do julgador, e ambos, afastados da defesa, isso é sintoma de um processo penal primitivo, retrógrado e tendencioso. Não se pode diminuir a importância da luta pelo fim desse "espaço cênico", porque isso é fundamental para mudar comportamentos e a cultura judiciária. Em nenhum sistema judicial minimamente democrático e processualmente evoluído uma cena assim é admissível.

Dar mais importância ao "ritual judiciário" é fundamental para melhorar a própria estrutura do processo penal brasileiro, nitidamente inquisitório, ainda que alguns insistam em pensar que o conceito de "sistema processual misto" dê conta ou os imunize. Na mesma linha da insuficiência conceitual estão aqueles que sustentam que basta a "mera separação inicial" das funções de acusar e julgar para que o processo seja acusatório. Ora, isso não funda nada, ainda mais quando se permite que o juiz, depois de iniciado o processo, faça o que quiser, atuando de ofício (e ferindo de morte o *ne procedat iudex ex officio*, a estrutura dialética, o contraditório e, por fim, mas não menos importante, a imparcialidade), ou mesmo condenando sem pedido (!!), como autoriza o artigo 385 do CPP. O atuar de ofício (juiz-ator-inquisidor) está autorizado e tolerado pelos tribunais superiores (que nunca veem "prejuízo" em nada, ainda que seja um atroz atropelo das regras do devido processo, pois sedados pelo consequencialismo e uma equivocada concepção de instrumentalidade). Portanto, é elementar que a separação inicial das funções, quando não seguida de uma separação até o final, com cada parte ocupando o seu espaço demarcado pela dialética de *actum trium personarum*, é absolutamente insuficiente para salvar o processo do primitivismo inquisitório.

Dizer que o processo penal brasileiro é misto é não dizer nada, pois na atualidade todos o são (tipos processuais puros são históricos). Ainda que "misto", há que se questionar (como ensina a exaustão e em inúmeros trabalhos Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) diretamente o núcleo do sistema, onde está o "princípio fundante", que é a gestão da prova. Se a gestão da prova estiver nas mãos das partes, temos a observância do Princípio Dispositivo (ou Acusatório); mas se a gestão da prova estiver nas mãos do juiz (um juiz-ator, portanto), está consagrada a adoção do Princípio Inquisitivo, que funda um sistema inquisitório. Não é preciso mais do uma rápida leitura do artigo 156 do CPP ou mesmo do artigo 385 para ver ali consagrada a adoção do Princípio Inquisitivo na fase processual, ou seja, a assunção de que o processo penal brasileiro é inquisitório, em absoluto desprezo ao modelo acusatório-constitucional-convencional.

Mas minha intenção não é seguir na discussão teórica dos sistemas, pois outros já a fizeram com mais brilho e também porque dela estou um pouco estafado, senão alertar para a necessidade de — com urgência e de forma radical — mudar o próprio ritual judiciário brasileiro. Especialmente no que tange a uma estética, a uma aparência de debate acusatório com um juiz efetivamente estranho à arena das partes.

Não existe a imparcialidade do juiz — que é o Princípio Supremo do Processo, ensinam Werner Goldschmidt e Pedro Aragonese Alonso — sem um real e efetivo distanciamento entre julgador-acusador no processo e no ritual judiciário. Isso é óbvio! Mas não para nós brasileiros, imersos na cultura inquisitória e pródigos em aceitar como normal o anormal funcionamento da Justiça Criminal.

Por conta desse perigoso processo de dessensibilização, é preciso reeducar nosso sistema imunológico, recorrendo ao olhar do 'estrangeiro'. Vivemos quase um romance do absurdo, tomando emprestada a lição de Alberto Camus.

O advogado australiano Geoffrey Robertson, que atuou como observador estrangeiro no "caso do triplex" e a condenação de Lula, já deu uma importantíssima contribuição para nosso debate. Deixemos de lado a questão política-polarizada do ex-presidente e nos centremos no relato que o observador fez, pois o que ele assistiu e criticou é o que ocorre todos os dias em todos os tribunais brasileiros (sendo, portanto, irrelevante para o problema aqui analisado o fato de o acusado ser o ex-presidente Lula):

"Cheguei ao tribunal esperando assistir a um julgamento justo, mas vi o promotor sentado com os juízes, tomando café, passando o tempo e almoçando juntos. Inacreditável. Visualmente, é uma corte tendenciosa. Tenho de dizer: o Brasil tem um sistema primitivo no qual não há juízes independentes(...)3".

Experimentei uma sensação de espanto igual, mas em sentido inverso, quando passei uma semana no Chile (com um grupo de juristas brasileiros) assistindo a julgamentos e fazendo o curso de capacitação "*Herramientas para La Implementación de un Sistema Acusatorio en Brasil*", promovido pelo *Centro de Estudios de Justicia de las Americas* (Cejas) e o *Justice Studies Center of the Americas* (JSCA)⁴. Uma sala de audiências completamente diferente, com três juízes (julgamento colegiado já em primeiro grau) sentados de frente para duas mesas, iguais e postas lado a lado, onde estavam advogados de defesa e acusador(es) público(s). No primeiro momento, com o olhar viciado pelo anacronismo inquisitório brasileiro, não identifiquei quem era quem, tamanha a igualdade estética e de tratamento. Para completar, advogados e promotor entraram juntos, pela mesma cancela e pela mesma porta da sala de

audiência (nada de promotores entrando com juízes pela porta privativa). E essa é a prática recorrente, nada isolado, da dinâmica das relações.

E por aí seguiu o ritual judiciário, inclusive nas audiências de custódia, com "el juez de garantías" (sim, lá eles não se envergonham de ter um "juiz das garantias" que jamais atuará na fase processual, pois obviamente juiz-prevento é juiz contaminado, que não pode julgar). Os julgadores, que nada conheciam do caso penal (a tão buscada "originalidade cognitiva" já tratada aqui)⁵ e tampouco tiveram acesso aos autos da investigação preliminar (sim, a minha "utópica" luta para excluir fisicamente os autos do inquérito policial⁶), assistiram atentamente a todas as oitivas (lembrem do fator "atenção" da teoria da dissonância cognitiva do Schünemann?⁷).

Para nosso espanto (grupo de juristas brasileiros), absolutamente nenhuma pergunta foi feita pelos magistrados chilenos em toda a instrução (feita inteiramente em um dia). No intervalo, uma aula de "esclarecimentos" sobre o julgamento e uma pergunta sintomática de Jacinto Coutinho: "Mas vocês não fizeram nenhuma pergunta. Vocês não tem vontade de perguntar?". Depois de olhares incrédulos (deles) que sequer compreendiam nossa preocupação, veio a resposta: "Excepcionalmente, mas muito excepcionalmente, podemos fazer alguma pergunta sobre algo que não tenhamos entendido, mas isso é muito raro. A produção das provas é ato das partes, a elas compete a produção da prova, não aos juízes". Bingo (diria Streck), eles sabiam o que realmente era um sistema acusatório e, principalmente, o que era uma cultura da oralidade e do processo acusatório.

Mas e no júri brasileiro então? Sejamos honestos: alguém realmente acredita que a estética do júri brasileiro é adequada para um processo penal democrático e acusatório? Para um julgamento justo? Elementar que não. Considerando que temos sete jurados leigos, suscetíveis aos "argumentos de autoridade", existe de largada um imenso prejuízo decorrente do lugar do acusador (ao lado do juiz) e do discurso que está legitimado a fazer, eis que se autodenomina acusador público "imparcial". Parênteses: quem sustenta que o Ministério Público é uma "parte-imparcial" desconhece a impossibilidade semântica da expressão e ainda ignora a origem e o lugar do MP (é preciso ler Canelutti, *Mettere il pubblico ministero al suo posto*, só para começar). Ou, se sabedor, o faz por conveniência punitiva, uma pura manipulação discursiva para "manter o jurado em crença". De qualquer forma, deprecia a própria instituição do Ministério Público, que se vê reduzida no seu fundamental papel na estrutura acusatória.

A partir daí, segue-se um jogo absolutamente desigual e inadmissível para o que se espera de um processo penal constitucional, democrático e em pleno século XXI, com ausência de produção de provas em plenário (a regra é interrogatório e debates, com a prova sendo produzida na primeira fase), um sistema problemático de quesitação e, principalmente, com os jurados decidindo por íntima convicção (à la Idade Média) e sem fundamentar (o que é completamente inadmissível e perfeitamente corrigível em qualquer reforma legislativa). Mas, para salvá-lo, por que não se muda o júri brasileiro? Porque não se quer; porque não existe choque cultural para romper com essa estrutura inquisitória; porque é conveniente manter-se hígida estrutura inquisitória (afinal, são mais de 700 anos de tradição).

Então, lutar por um processo penal democrático e acusatório é muito mais do que ficar discutindo se historicamente (e cada um conta a sua história da história...) o processo romano admitia ou não a iniciativa probatória do juiz; é muito mais do que ficar no reducionismo de que basta a mera separação inicial das funções; é muito mais do que pensar que oralidade é simplesmente gravar a oitiva das testemunhas e (raramente) ter um debate oral ao final.

É preciso romper com a cultura inquisitória vigente e despertar desse ingênuo sono de que as coisas vão bem no processo penal brasileiro. Fazer um exercício de estranhamento. Vivemos em situação similar àquela descrita por Platão na "alegoria da caverna". Sair da caverna, romper com os grilhões que culturalmente nos aprisionam a um processo penal primitivo e ver que existe (muita) vida inteligente fora. Que, sim, é possível fazer o ritual judiciário e o julgamento de forma completamente diferente. Muita gente vem tentando mostrar o mundo exterior, mas acaba sendo incompreendido e ridicularizado pelos que permaneceram presos na caverna. E, provavelmente, não será muito diferente agora, com esta coluna...

É compreender o sistema acusatório no século XXI, dentro da sua complexidade, como uma estrutura dialética que realmente crie condições de possibilidade para termos um juiz imparcial (com a compreensão ampla de tudo que isso exige e representa); que radicalize na busca por um procedimento em contraditório (Fazzalari); que se paute pela oralidade e a originalidade cognitiva do juiz; que não transija no tratamento igualitário entre as partes; que faça uma recusa ao consórcio de justiceiros (relação — incestuosa — entre julgador e acusador tão "naturalizada" entre nós) e que não descuide nunca da estética do ritual judiciário, com partes sendo partes e juiz sendo juiz. Seria um bom começo para deixarmos de ter um processo penal primitivo.

1 Quando tratamos do “ritual judiciário”, o fazemos na perspectiva de Antoine Garapon, na obra *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*, publicado pela editora Piaget.

2 Sobre o tema, remetemos o leitor para nossa obra *Direito Processual Penal*, 15ª edição, editora Saraiva, 2018.

3 Entrevista concedida a vários órgãos de imprensa, mas aqui reproduzimos especificamente um trecho trazido pelo jornal *Zero Hora* do dia 26/1/2018.

4 Agradecimento especial aos ilustres juristas Eduardo Gallardo, Leonel González e Jaime Arellano pelas preciosas lições e a rica experiência.

5 <http://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>

6 Desde a primeira edição da obra *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, publicada em 2001 pela editora Lumen Juris e, antes dela, na tese de doutorado defendida em 1999.

7 <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>

Date Created

16/03/2018