



**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Penal e Processual Penal**

ALBERTO FRANCISCO CACHUBA JUNIOR

Sistema Acusatório: Sob a Perspectiva da Verdade Real e da Gestão da Prova

Brasília-DF

2012

ALBERTO FRANCISCO CACHUBA JUNIOR

Sistema Acusatório: Sob a Perspectiva da Verdade Real e da Gestão da Prova

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Professor Hector Luís Cordeiro Vieira.

Brasília – DF

2012

Alberto Francisco Cachuba Junior

Sistema Acusatório: Sob a Perspectiva da Verdade Real e da Gestão da Prova

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Professor Hector Luís Cordeiro Vieira.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__,
com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

A presente monografia tencionou fazer um estudo do sistema acusatório tendo por premissa científica a análise de seus elementos históricos. Para tanto, iniciou o estudo através da importância da teoria dos princípios na atualidade, extraído, ainda, o princípio acusatório do sistema constitucional estabelecido pela Constituição de 1988. Definiu, também, o conceito de sistema a partir da teoria kantiana. Após, analisou a história dos sistemas processuais penais desde o sistema grego, passando pelo romano e bárbaro, chegando à Ordenação Criminal francesa de 1670 e ao Código *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, até a atualidade. Procurou, ainda, estabelecer o núcleo fundante do sistema acusatório na idéia de verdade real e gestão da prova, bem como desconstruir o mito do sistema misto. Estabeleceu a necessidade de o sistema acusatório ser calcado no princípio acusatório, o qual impõe o alheamento do juiz de toda e qualquer atividade probatória, como forma de garantir sua imparcialidade, evitando a formação daquilo que Franco Cordero definiu como “quadros mentais paranóicos”.

Palavras-chave: Sistema Acusatório. Verdade Real. Gestão da Prova.

SUMÁRIO

Introdução	5
1 Fundamentos Constitucionais do Sistema Acusatório (é possível extrair o princípio acusatório da Constituição Federal?)	11
2 Do Conceito de Sistema	16
3 Análise Histórica dos Sistemas Processuais Penais	20
3.1 Sistema Acusatório na História e sua Transição para o Sistema Inquisitório	20
3.2 Sistema Inquisitório na História	27
4 Sistemas Processuais Penais	35
4.1 Sistema Misto	35
4.2 Sistema Inquisitório	38
4.3 Sistema Acusatório	41
Conclusões	51
Referências Bibliográficas	56

INTRODUÇÃO

A mudança legislativa em nosso país é uma realidade constante. Leis são publicadas sem o menor debate técnico e sem a menor preocupação em formar um sistema coerente e lógico¹. Essa “avalanche legislativa” gera, em certa medida, uma dificuldade na aplicação do Direito e um emaranhado de leis, não raro contraditórias e conflitantes. A dificuldade na aplicação do Direito decorre do fato de que a constante mudança na legislação impede, de certa forma, que a doutrina e a jurisprudência possam consolidar e desenvolver de forma ampla seus conceitos. Muitas vezes, quando a análise de um determinado diploma normativo ou de um corpo de regras começa a ganhar uma maior sistematicidade e uma análise mais madura, vem uma nova lei, concebida muitas vezes pela necessidade momentânea de dar uma resposta a um caso específico, geralmente causador de comoção na mídia sensacionalista, e altera tudo.

Com isso não estamos, de forma alguma, pregando a estagnação legislativa, mas, sim, criticando a forma como a produção legislativa se dá em nosso país, sem que as leis sejam feitas mediante uma análise fria e objetiva, sem um simbolismo de panacéia para a solução de problemas que não deveriam ter seu foco principal no sistema penal, mas em políticas públicas de implementação de direitos sociais.

Por outro lado, essa criação legislativa desenfreada gera mais uma consequência que é a assistemática de nosso conjunto legislativo. E é nesse caos normativo que o estudo dos princípios ganha especial relevo, uma

¹ Bastante pertinente, acerca das mazelas da inflação legislativa, é a crítica de Garapon, quando afirma que: “(...) a inflação de leis que nem sempre dispõem de conteúdo normativo e a multiplicação de textos de divulgação substancialmente voláteis acabam por constituir um stock normativo dificilmente controlável e gerador de efeitos perversos. Existe, aí, uma causa do descrédito da regra – a lei dispensável não é respeitável – e um risco de crack jurídico. O recurso à regulamentação legislativa, de que o político usa e abusa, ameaça esgotar o sistema jurídico.” (GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, p.37).

vez que são eles que vão possibilitar compatibilizar regras tão contraditórias, bem como dar unidade e coerência a este corpo legislativo, possibilitando falar-se em um sistema, tal qual definiu Kant².

Daí a ideia de se tentar falar em sistema acusatório, ou seja, analisar o direito processual penal como um sistema calcado no princípio acusatório.

A importância de se estudar o sistema acusatório decorre, ainda, da contradição ideológica entre nosso Código de Processo Penal (autoritário e inquisitorial em sua origem, o que não conseguiu ser totalmente eliminado pelas inúmeras reformas pelas quais passou) e nossa Constituição de 1988 (liberal e acusatória).

Em sede doutrinária, é certo que, com o advento de uma nova Constituição, todas as normas por ela recepcionadas o são com um sentido diferente, já que orientadas por um fundamento de validade diverso, devendo

² Na teoria kantiana, sistema é idealizado sob a noção de um conjunto dotado de unidade sob um mesmo princípio. Ou seja, trata-se de um sistema harmônico e essa harmonia é justamente conferida por um princípio denominado "*princípio da unidade sistemática*" ou "*princípio reitor*", o qual vai lhe conferir unidade e coerência.

sofrer uma “filtragem constitucional”³⁻⁴. Entretanto, na prática, essas mudanças acabam sendo implementadas de forma lenta e gradual⁵.

Embora seja inconteste que nossa Constituição Federal trouxe significativos avanços democráticos no âmbito penal e processual penal, estabelecendo de forma expressa um amplo rol de direitos e garantias aos acusados em geral, existe, na prática jurídica cotidiana, um grande déficit de eficácia dos postulados constitucionais.

É possível entender e explicar a ausência de efetividade constitucional na realidade do processo penal brasileiro em decorrência de dois fatores primordiais: um fator hermenêutico e um fator cultural.

O fator hermenêutico decorre da dificuldade que os operadores do sistema processual penal têm em operar com a estrutura normativa dos princípios, especialmente quando em confronto com as regras estabelecidas pelo ordenamento infraconstitucional.

³ Tal necessidade é mais premente no Processo Penal, uma vez que, conforme afirmado por Rogério Lauria Tucci, as normas processuais penais são tidas pela doutrina alienígena e nacional como complemento ou atualização das garantias constitucionais. (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 23).

⁴ Segundo Ferrajoli: “a validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significantes com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos. Era isto, e não outra coisa – diga-se de passagem – o que entendíamos há vinte anos com a expressão ‘jurisprudência alternativa’, em torno da qual tantos equívocos surgiram: interpretação da lei conforme à constituição e, quando a contradição é insanável, dever do juiz de declarar a invalidade constitucional; portanto, já não é uma sujeição à lei de tipo acrítico e incondicional, mas sim sujeição, antes de mais, à Constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis invalidas, por meio da sua reinterpretação em sentido constitucional ou a sua denúncia por inconstitucionalidade.” (FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. **Revista do Ministério Público**. Lisboa, n.º 61, janeiro-março 1995, p. 41, apud PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 51).

⁵ A nossa Constituição Federal trouxe uma radical mudança no conteúdo do processo penal, exigindo uma grande conformação das leis processuais penais aos preceitos constitucionais. Entretanto, essa mudança de valores ainda não encontra a efetividade prática ideal, uma vez que a aplicação concreta das opções constitucionais no campo processual penal ainda mostra-se tímida na realidade forense, que ainda teima em ver o novo (sistema processual constitucional) com os olhos e instrumentos do velho (Código de Processo Penal inquisitório).

Conforme precisa lição de Alexandre Morais da Rosa:

“Apesar de nenhum ator jurídico duvidar da preponderância da Constituição sobre normas de hierarquia inferior, sua ineficácia é patente, dado que existe certo constrangimento em não se saber lidar com princípios, quando em choque com regras, confundidas corriqueiramente com normas. (...). Os atores jurídicos, entretanto, não estão acostumados a lidar com princípios, exigindo para o seu atuar o recurso imediato à regra jurídica, como bem aponta Lenio Streck. A incapacidade instrumental-prática dos princípios, portanto, fica prejudicada diante da formação positivista-legalista – leguleio – que informa o senso comum teórico dos juristas (Warat), com forte apropriação equivocada da racionalidade Weberiana, manifestada pelo legalismo fetichista e rasteiro.”⁶

O fator cultural decorre da herança de uma mentalidade inquisitorial por grande parte dos atores processuais⁷. Um grave problema dos sistemas processuais penais latino-americanos é que *“junto ao sistema inquisitivo e com suas raízes nele, existe uma mentalidade, uma cultura inquisitiva que compreende o modo como se relacionam ente si os componentes do sistema (...).”*⁸ Agrava o problema, ainda mais, a constatação de que esta cultura inquisitorial impregna não só os sujeitos processuais, mas, também, boa parte de nossos “doutrinadores”, os quais, com seu senso comum teórico⁹, não

⁶ ROSA, Alexandre Morais da. O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório? STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coordenadores). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 3-4.

⁷ Segundo Salo de Carvalho: *“(...) a justiça criminal atual é o reflexo natural do pensamento inquisitório institucionalizado desde a colonização que se consolidou ao longo do processo de formação do Estado nacional.”* (CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74).

⁸ BINDER, Alberto M. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 200 (tradução livre).

⁹ Warat, ao tratar do “senso comum teórico dos juristas”, nos ensina que:

“As significações não deixam de ser um instrumento de poder. Aceitando-se que o Direito é uma técnica de controle social não podemos deixar de reconhecer que seu poder só pode se manter estabelecendo-se certos hábitos de significação. Existe portanto um saber acumulado – difusamente presente nas redes dos sistemas institucionais – que é condição necessária para o exercício do controle jurídico da sociedade. Com isto, estamos ressaltando as dimensões políticas dos sistemas de enunciação. Quando esse sistema é autoritário precisa solidificar artificialmente as relações sociais, modelando e centralizando a produção de sentido, deixando inelutáveis a marca do Estado, fabrica então um sistema de sublimações semiológicas que servem para criar versões do mundo que nos abstraem da história.

cansam de repetir conceitos ultrapassados e desconformes com os valores ditados pela nossa Constituição, lendo-a sob a ótica do Código de Processo Penal e da legislação ordinária, e não o inverso¹⁰.

É certo que a:

(...) estruturação democrática do processo penal não se impõe simplesmente de cima para baixo, ainda que se parta da Constituição, pelo menos não sem que se vençam fortes adversários culturais, credores inabaláveis da fé na verdade real, absoluta, conquistável através de um procedimento penal de defesa social, como o inquisitório, que, embora esteja em crise, ainda se manifesta enquanto estrutura procedimental na maior parte da América Latina (...).¹¹

Aliada à cultura inquisitorial, sobressai, ainda, na cultura jurídica dos atores processuais, certa *“identificação emocional com as vítimas que teria a sua contrapartida na diabolização do culpado”*.¹²

Em que pesem as dificuldades e obstáculos advindos dos fatores hermenêuticos e culturais acima expostos, observa-se que, embora de forma lenta e gradual, dia a dia nossa Constituição vai alcançado maior grau de efetividade e de aplicabilidade nos nossos tribunais.

Enfim podemos dizer que de um modo geral os juristas contam com um arsenal de pequenas condenações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, elos rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível – o ‘senso comum teórico dos juristas’ – no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo ao poder. Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.” (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I – Interpretação da Lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Serfio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 15).

¹⁰ A título de exemplo, confira-se o escólio de Guilherme de Souza Nucci: *“o advento de um sistema acusatório puro, afastando-se completamente resquícios do trato inquisitivo, depende da edição de lei, pois somente os princípios constitucionais não são suficientes para comandar a instrução do feito, desde a ocorrência do crime até o trânsito em julgado da decisão condenatória.”* (NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25)

¹¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 37.

¹² A expressão é de Paul Ricouer, no prefácio da obra de Antoine GARAPON (op. cit., p. 12).

Em relação ao sistema processual penal, especificamente quanto à implementação de um sistema acusatório pela ordem constitucional de 1988, sua efetivação encontra alguns obstáculos que devem ser superados: primeiramente, como a Constituição não estabelece de forma expressa um princípio acusatório há que se definir se tal princípio foi implicitamente estabelecido nas diversas garantias estabelecidas; definido seu caráter constitucional há que se estabelecer de forma científica qual o seu conteúdo e suas características fundamentais.

E é exatamente essa preocupação que norteia o presente trabalho, tendo como focos de análise os conceitos de verdade material ou real e de gestão da prova, pois, segundo nosso entendimento, são esses os pontos centrais do sistema acusatório, conforme se buscará demonstrar.

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

É certo que nossa atual Constituição não estabelece de forma expressa um sistema processual acusatório¹³, não falando explicitamente que o processo penal dever reger-se por um princípio acusatório. Entretanto, é preciso ter em mente que nossa Constituição Federal, rompendo com um estado totalitário e repressor, estabeleceu no seu rol de direitos e garantias fundamentais¹⁴ uma grande quantidade de regras e princípios que limitam o exercício do *jus puniendi* pelo Estado, exigindo, para que seja possível aplicar uma sanção penal, a observância de um devido processo legal, onde não de ser respeitados diversos direitos e garantias fundamentais do imputado¹⁵.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o autoritarismo repressor de nosso corpo legislativo, em especial do Código de Processo Penal de 1941, já não pode mais subsistir, uma vez que não recepcionado pela nova ordem constitucional.¹⁶

¹³ Ressalte-se, em relação à influência das normas constitucionais na definição dos sistemas processuais penais, a observação de Frederico Marques de que: "(...) o sistema processual deve ser plasmado em função dos fins do processo e das normas constitucionais que dão os fundamentos políticos e institucionais." (MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal: volume I**. 1ª Ed. – 2ª tiragem, revista e atualizada por Victor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1998, p. 68). É de se ressaltar, ainda, a estreita vinculação que existe entre processo penal e Constituição, o que levou, inclusive, Claus Roxin a afirmar que o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição de um Estado, de forma que cada mudança na estrutura política do Estado também conduz a transformações no processo penal. (ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 10).

¹⁴ Quer lei mais restritiva de direitos fundamentais que a norma penal sancionadora? quer patrimônio mais inalienável e carente de proteção que a liberdade?

¹⁵ Exatamente por isso é que Aury Lopes Jr. vai reter o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais. *In verbis*: "nossa opção é pela leitura constitucional e, dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais." (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**: Volume I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7). O mesmo autor prossegue afirmando, mais adiante, que: "somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui-a-ção), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá através da sua instrumentalidade constitucional. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição." (op. cit., p.8).

¹⁶ Como bem observa L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho:

O estado de direito estabelecido pela nossa Constituição exige, que entre a liberdade e sua restrição, deva prevalecer esta última, salvo se observadas todas as garantias explícitas e implícitas estabelecidas pelo devido processo legal constitucional. É exatamente por isso que o ilustre Ministro Eros Grau afirmou que: “*essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão.*”¹⁷

A Constituição Federal impõe critérios jurídicos e éticos para que a persecução penal e a sanção penal possam ser legítimas, pois, como bem nos lembra Geraldo Prado:

(...) contemporaneamente, não mais se concebe a atuação do Estado em busca da imposição da sanção penal aos autores das infrações penais, fora dos marcos processuais estabelecidos pelas leis e, principalmente, pela Constituição.¹⁸

Dessa forma, resta saber de quais dispositivos constitucionais é extraído o princípio acusatório.

Primeiramente, podemos encontrar o princípio acusatório implicitamente na própria noção de Estado Democrático de Direito (art. 1ª da Constituição Federal)¹⁹⁻²⁰, uma vez que o Estado Democrático de Direito configura-se em

“(...) o país de hoje não é o mesmo daquele de 1941; a Constituição não é aquela de 1937; (...).
(...)”

Com efeito, muita coisa mudou entre o Código de 1941 e a Constituição de 1988; a alteração foi de estrutura, foi subjacente, o que provoca uma ruptura de grande monta que deita raízes profundas na estrutura jurídico-política.

(...)”

O Código de Processo penal há, por isso, de refletir esse Estado Democrático, especialmente no papel a ser desempenhado pelos sujeitos da relação processual.” (CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2-4).

¹⁷ Voto proferido no seguinte julgado: STF, HC 95009, Pleno, DJe n.º 241, publicado em 19/12/2008, Ementário n.º 2346-6.

¹⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1.

¹⁹ Tendo-se em mente que o princípio constitucional do Estado Democrático de Direito afigura-se como um superconceito do qual se extraem diversos outros princípios (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149).

²⁰ Ada Pellegrini Grinover já afirmava na década de setenta que: “(...) no Estado de Direito não há outro processo possível, senão o acusatório (...).” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1982, p.

um modelo em que o poder estatal (e o *jus puniendi* é nitidamente um poder estatal) é limitado pelo direito e por uma série de direitos e garantias fundamentais²¹. Em um Estado Democrático de Direito o processo penal só se legitima se observadas as regras procedimentais estabelecidas pela legislação e se efetivados os direitos e garantias fundamentais do acusado, entre os quais se destaca a presunção de inocência, o direito de ser julgado por um juiz imparcial e mediante um devido processo legal.

Como bem afirma Aury Lopes Jr.:

a **democracia** é um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado e que se manifesta em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo no fortalecimento do sujeito passivo do processo penal.²²

Prossegue, mais adiante, afirmando que:

(...) uma Constituição Democrática deve orientar a democratização substancial do processo penal e isso demonstra a transição do direito passado ao direito futuro. Num Estado Democrático de Direito, não podemos tolerar um processo penal autoritário e típico de um Estado-policia, **pois o processo penal deve adequar-se à Constituição e não vice-versa.**²³

É o sistema acusatório o sistema processual penal que de forma mais efetiva fortalece a posição do sujeito passivo na relação processual²⁴ e, por via

56). No mesmo sentido é a posição de Geraldo Prado, ao afirmar que: “*acreditamos sinceramente que a eleição ideológica do sistema acusatório é uma natural consequência das influências do princípio democrático em relação ao direito (...)*” (op. cit., p. 34).

²¹ Conforme bem nos lembra Felipe Martins Pinto: “*(...) a democracia, enquanto eixo estruturante de um Estado, não se restringe, simplesmente, à forma de seleção dos agentes políticos, compondo-se como critério para o exercício do poder estatal em todos os seus estratos.*” (PINTO, Felipe Martins. *A Natureza Jurídica do Processo Penal e a Estrutura Democrática do Estado*. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruana (Coordenadores). **A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 106.

²² LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37.

²³ Op. cit., p. 38.

²⁴ O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de asseverar que: “*(...) nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. (...)*” (HC 91232, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 06/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00098 EMENT VOL-02302-02 PP-00284)

de consequência, mais garante o respeito aos seus direitos e garantias constitucionais. O princípio acusatório é, portanto, uma decorrência lógica do próprio Estado Democrático de Direito²⁵ estabelecido pela nossa ordem Constitucional, configurando-se o processo penal um dos indicadores mais importantes do caráter autoritário ou democrático de uma nação. No escólio de James Goldschmidt, o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição.²⁶

E dentro do processo penal o sistema acusatório é o mais importante indicador desse caráter democrático ou autoritário do Estado.

Há que se observar, ainda, que a legitimidade do exercício do poder é fonte da democracia e o processo penal (como exercício do poder estatal que é) só será legítimo se observados os vetores constitucionais, os quais exigem um sistema acusatório, mesmo que implicitamente.

Além do mais, a legitimidade da atuação jurisdicional decorre da própria Constituição e não da vontade popular direta; logo, a atuação jurisdicional se legitima mediante o estabelecimento de um processo que seja instrumento de efetivação das “promessas” constitucionais²⁷.

O princípio acusatório decorre também da dignidade da pessoa humana²⁸ (é o sistema acusatório o sistema processual que de forma mais

²⁵ Ressalte-se que a teoria do garantismo penal opõe o Estado Democrático de Direito ao Estado autoritário e, como consequência, o modelo jurídico garantista (acusatório) ao modelo inquisitório, estabelecendo modelos paradigmáticos em tensão. (nesse sentido: CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1-4.)

²⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p. 7.

²⁷ Importante, em relação à efetivação das “promessas” constitucionais, a afirmação de Clèmerson Merlin Clève, acerca das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais sociais, mas em tudo aplicável às normas processuais penais, de que: “*o que temos na normativa constitucional não é uma promessa vã, uma promessa inútil. É, antes, a resposta normativa à realidade crua que nós conhecíamos e não tolerávamos, porque nós queríamos – e queremos – um mundo novo, sensivelmente diferente. Reside aqui a dimensão utópica e fundante da Constituição.*” (CLÈVE, Clèmerson Mèrlin. **O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. texto disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acessado em 24 de maio de 2012, p. 2).

²⁸ Conforme expresso pelo Tribunal Constitucional de Portugal: “*o arguido só será respeitado na sua dignidade de pessoa se for tratado como sujeito do processo, e não como simples objecto de uma decisão judicial.*” (Acórdão n.º 49/86, Processo n.º 200/85)

efetiva garante a posição do acusado como sujeito de direitos²⁹), da imparcialidade do juiz (o juiz inquisidor, por ser um juiz ator – no sentido de exercer uma atividade instrutória – é por essência um sujeito processual parcial) e do devido processo legal (o qual já não pode mais ser entendido como mera conformidade com o procedimento, mas também como uma garantia de que o procedimento servirá como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais).

²⁹ No sistema inquisitório o acusado é objeto do processo e meio de prova, o que ocasiona (ou pode ocasionar) o desaparecimento da figura do cidadão. Por outro lado, no sistema acusatório o imputado é sujeito de direito, livre para exercer sua defesa de forma ampla, garantindo-se, dessa forma, sua condição de cidadão.

2. DO CONCEITO DE SISTEMA

Antes de se proceder especificamente um estudo mais detalhado acerca dos sistemas processuais penais e de seus princípios reitores, é imprescindível fazer uma breve introdução acerca do conceito de sistema em direito³⁰, pois a falta de compreensão de seu significado impossibilita um estudo mais aprofundado acerca do tema específico desta monografia.

A ideia de sistema encontra-se calcada na noção de unidade³¹, a qual só é possível através da identificação de princípios reitores, uma vez que os sistemas puros são sistemas ideais que inexistem na complexidade de nossa sociedade pós-moderna.

Na atualidade, os sistemas são compostos por diversos elementos, muitos dos quais conflitantes, já que provenientes de ideologias distintas que se mesclam e se agrupam na complexidade em que vivemos. Entretanto, inobstante a presença de elementos provenientes de distintos modelos ideais,

³⁰ É imperioso salientar a dificuldade de tentar estabelecer um estudo acerca do tema, pois como bem nos adverte Norberto Bobbio: “o problema do sistema jurídico foi até agora escassamente estudado. Juristas e filósofos do Direito falam em geral do Direito como de um sistema; mas em que consiste este sistema não fica muito claro.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. Leite dos Santos. 10ª Ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1999 (reimpressão 2006), p. 71). Prossegue afirmando, mais adiante, que: “o termo ‘sistema’ é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências.” (op. cit., p.76).

³¹ Conforme bem explica Rodrigo Régner Chemim Guimarães: “a palavra ‘sistema’ e sua noção elementar têm origem grega, derivando da conjugação das palavras ‘sýn’ (que quer dizer: com ou junto) e ‘histánai’ (isto é, colocar, pôr), vindo a significar ‘conjunto’, ‘composto’, ‘construído’ ou, ainda, ‘totalidade construída’ e, para estar presente, o sistema deve obedecer a uma ‘unidade de comando’, a fim de evitar visões distorcidas nas interpretações das regras que o estão a compor.” (GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Ensaio em Busca dos Sistemas Processuais Penais**. texto disponível em: http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=categy&id=10&Itemid=19. Acessado em 05 de maio de 2012, p. 5). Juarez Freitas nos ensina, com propriedade, que: “como objeto de cognição e de compreensão, o sistema jurídico mostra-se dialeticamente unitário, aperfeiçoando-se no intérprete, sendo ele – o interprete-positivador – quem, na multiplicidade cambiante e enigmática da vida, outorga, por assim dizer, unidade ao ordenamento, epistemológica e ontologicamente considerado.” (FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito**. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 33-34). E são justamente os princípios reitores ou fundantes que propiciam ferramentas ao intérprete para que possa conferir unidade ao sistema jurídico, muito embora ostente diversas normas de caráter aparentemente conflitante.

o sistema guarda a ideia de coerência e unidade, que advém justamente de seus elementos unificadores, que são os princípios reitores.

Adota-se, portanto, a noção kantiana, segundo a qual a ideia de sistema vincula-se à perspectiva de unidade, que somente pode ser conferida pelo “princípio unificador”, o qual tem por escopo unificar e dar coerência ao conhecimento.³²

Conforme já afirmado anteriormente³³, na teoria kantiana sistema é idealizado sob a noção de um conjunto dotado de unidade sob um mesmo princípio. Trata-se de um sistema harmônico, cuja harmonia é justamente conferida por um princípio denominado “*princípio da unidade sistemática*” ou “*princípio reitor*”, que vai lhe conferir unidade e coerência³⁴. Na precisa lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, sistema seria um “(...) *conjunto de temas, colocados em relação, por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade.*”³⁵

É característica essencial de todo sistema a presença de elementos fundantes, que necessariamente devem estar presentes, sob pena de desconfigurar suas características, os quais, quando ausentes, importam na configuração de um outro ou novo sistema. Encontram-se presentes, ainda,

³² Nesse sentido, confira-se a seguinte passagem: “(...) *embora seja impossível um todo absoluto da experiência, no entanto, a ideia de um todo do conhecimento segundo princípios em geral é aquilo que unicamente pode fornecer-lhe uma certa espécie de unidade, a saber, a de um sistema, sem a qual o nosso conhecimento não é senão fragmento, sem poder ser utilizado para o fim supremo (que é sempre apenas o sistema de todos os fins); (...).* As ideias transcendentais exprimem, pois, a destinação própria da razão, a saber, de um princípio de unidade sistemática do uso do entendimento.” (KANT, Immanuel. **Prolegómenos a toda a Metafísica Futura**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, p. 140.)

³³ Nota de rodapé n.º 2.

³⁴ Conforme lição precisa de Rodrigo Régner Chemim Guimarães: “*temos, então, de forma precisa o pensamento kantiano a respeito de sistema, estabelecendo que ele parte de uma ideia fundante e se orienta por princípios unificadores, sem o que o conjunto de regras é assistemático. Além disso, é necessário que o sistema seja construído a priori, a partir da referida ideia fundante e não a posteriori pela mera constatação empírica, ou pela reunião selecionada de fatos concretos.*” (op. cit., p. 21).

³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n.º 30, p. 165.

elementos variáveis, que podem ou não estar presentes em um determinado sistema, sem que sua ausência implique em qualquer desconfiguração.³⁶

Os elementos fundantes ou fixos são aqueles que dão essência ao sistema acusatório, podendo ser conceituados como seus elementos essenciais.

Estabelecidas as premissas conceituais acerca da noção de sistema, há que se definir o modelo de análise que será utilizado para identificar os princípios reitores que caracterizam os sistemas processuais penais, dada a existência de ingente divergência entre os diversos doutrinadores acerca dos elementos constitutivos de cada um dos sistemas. Referida divergência decorre principalmente do método utilizado³⁷ e da ausência de critérios científicos³⁸.

Dessa forma, a fim de tentar estabelecer os elementos constitutivos de cada sistema, mediante um critério racional e científico que minimize manipulações ideológicas, tencionamos estabelecer as premissas teóricas dos sistemas processuais penais mediante uma análise de seus elementos históricos³⁹, sem, contudo, buscar uma identificação exata entre os sistemas

³⁶ Como bem ensina Mauro Fonseca Andrade: “*assim, os elementos fixos são aqueles que sempre devem estar presentes em um determinado sistema jurídico, pois sua finalidade é permitir sua criação e diferenciação ente os sistemas já existentes. Eles podem ser considerados como o núcleo duro do sistema jurídico, fazendo com que não exista um sistema jurídico exatamente igual ao outro. Já os elementos variáveis são aqueles cuja presença não é obrigatória nos sistemas jurídicos, pois se destinam simplesmente a permitir sua mobilidade ou funcionamento. Isso implica dizer que esses elementos não determinam a existência ou natureza jurídica de um determinado sistema jurídico, pois poderão estar presentes ou ausente ao longo de toda sua existência.*” (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33).

³⁷ É comum o estabelecimento dos elementos dos sistemas processuais penais (mesmo que de forma não explícita ou consciente), mediante a criação de sistemas ideais (tipos ideais weberianos); ou seja, como conceitos teóricos idealizados e exagerados que não necessariamente correspondem aos sistemas historicamente existentes. Com isso, é importante que se diga, não estamos defendendo um estudo exclusivamente histórico dos sistemas processuais penais, mas, sim, estabelecendo a necessidade de a teoria ter por norte (a fim de ser possível estabelecer um estudo com um conteúdo científico mínimo) a história e os mecanismos de criação que levaram ao estabelecimento dos sistemas processuais penais.

³⁸ Uma vez que muitos dos doutrinados estabelecem proposições acerca do tema sem uma análise da origem dos institutos, mas, simplesmente, mediante sua premissa ideológica de Direito; ou, o que é pior, mediante a simples reprodução de conceitos alheios.

³⁹ Como bem observa Mauro Fonseca Andrade, para quem o estudo dos sistemas processuais penais exige a análise de sua gênese histórica, a fim de permitir diferenciar as formas históricas das teóricas: “(...) os sistemas processuais penais nada mais são do que

processuais e todos os elementos empíricos presentes nos ordenamentos jurídicos ao longo da história⁴⁰. Portanto, a análise histórica servirá para definir os princípios reitores dos sistemas processuais penais⁴¹, sem a correlação exata entre os sistemas teóricos e os sistemas empíricos, uma vez que é impossível a identificação de um sistema processual, de um determinado país, ao longo do tempo, que seja absolutamente puro, pois todos os sistemas históricos são influenciados por diversas ideologias, o que significa que inexistem sistemas concretos puramente acusatório ou inquisitório.

manifestações históricas de como o processo penal de um determinado período da humanidade foi regulamentado.” (op. cit., p. 37.).

⁴⁰ Pois, como nos ressalva Ferrajoli, embora a construção teórica dos sistemas processuais penais se vincule às tradições históricas, sua definição se dá no campo convencional. *In verbis: “obviamente a construção teórica dos dois modelos e a decisão a respeito do que neles é essencial e do que, ao invés, é contingente são amplamente convencionais, sendo vinculados apenas à tendente presença dos elementos como constitutivos nas respectivas tradições históricas e sobretudo à sua compatibilidade lógica. Além disso, a seleção dos elementos teoricamente essenciais nos dois modelos inevitavelmente é condicionada por juízos de valor em virtude da conexão que indubitavelmente pode ser instituída entre sistema acusatório e sistema garantista e, por outro lado, entre sistema inquisitório, modelo autoritário e eficiência repressiva. Tudo isso torna ainda mais essencial, no pleno metodológico – de modo a evitar operações ideológicas de desvirtuamento histórico ou construções teóricas logicamente inconsistentes e axiologicamente inúteis -, manter bem distinta a noção teórica e convencional dos dois modelos de reconstrução das suas características empíricas nas diferentes experiências históricas. Embora de fato dessa reconstrução possa resultar um esclarecimento dos nexos funcionais que ligam os diversos elementos de qualquer modelo teórico, na experiência prática estes nunca aparecem em estado puro, mas sempre misturados a outros não logicamente e nem axiologicamente necessários.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 519).*

⁴¹ A importância da análise histórica decorre do fato de que: “(...) o saber histórico não coleciona curiosidades do passado, mas sim o conhecimento que permite orientar-se no presente.” (BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro, I**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002, p. 11.) Ademais, “todo saber – ou ciência, se se preferir – é produto da acumulação prolongada de dados e experiências. Mas um saber pode esquecer uma parte mais ou menos extensa de seus dados e, em razão direta disso, imbecilizar-se. Se a parte da memória cancelada é importante, o saber que vive num eterno presente se degenera numa sucessão de técnicas conjunturais, que ignoram para que servem, e mesmo se servem para alguma coisa.” (op. cit., p. 11).

3. ANÁLISE HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Existe certa divergência doutrinária acerca de qual dos sistemas processuais penais apareceu primeiro, havendo prevalência de que o sistema acusatório precedeu o inquisitório. Entretanto, em que pese tal discussão doutrinária, começaremos o estudo dos sistemas processuais penais com o Direito ateniense, uma vez que a escassez de elementos dos ordenamentos jurídicos anteriores dificulta sua análise.

3.1 Sistema acusatório na história e sua transição para o sistema inquisitório

Atenas é considerada o berço do sistema acusatório, embora alguns doutrinadores afirmem que a sociedade ateniense anterior a Drácon ostentasse um sistema processual inquisitivo.⁴²

O sistema acusatório ateniense tem seu embrião nas reformas levadas a efeito por Solon, consolidando-se com o surgimento de sua democracia (século V e IV a.C).

O sistema processual ateniense pode ser classificado como acusatório popular, uma vez que a regra era a legitimidade popular para a persecução penal (havendo acusação popular de todos os cidadãos nos delitos públicos e do ofendido ou seus representantes nos privados; sendo o julgamento, em ambos os casos, popular). Ademais, o juízo era oral, público e contraditório, sendo a liberdade a regra durante o curso do processo⁴³.

⁴² Nesse sentido, ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50 e seguintes.

⁴³ Conforme ensinado por Julio Maier: "*los acusados, si podían asegurar su comparecencia al debate público por intermedio de tres ciudadanos, gozaban de libertad casi sin excepción, salvo raros casos de traición o conspiración.*" (MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**:

Podemos elencar, ainda, as seguintes características do sistema ateniense, em relação aos delitos públicos: a) vedação dos magistrados acumularem suas funções com o exercício do poder de acusar⁴⁴, o que garantia ao povo a liberdade acerca da iniciativa persecutória penal⁴⁵; b) controle prévio da admissibilidade da acusação por um magistrado antes de levar o caso a julgamento pelos tribunais populares⁴⁶ c) vinculação dos magistrados aos fatos narrados e à pena requerida⁴⁷; d) passividade na colheita das provas (alheamento), não assistindo ao magistrado o poder de investigação acerca dos fatos, sendo a colheita das provas função das partes; e) igualdade entre as partes; f) irrecorribilidade das decisões populares.

Embora a importância histórica do modelo ateniense, é de se ressaltar que seu sistema não era perfeito, havendo diversos aspectos problemáticos, como a legitimação popular para a acusação, a qual poderia gerar impunidade, já que muitas vezes o cidadão estava desprotegido de garantias que o possibilitassem exercer esse direito sem represálias ou interferências. Ademais, o sistema exigia uma espécie de custas antecipadas do requerente, o que poderia impossibilitar o exercício da acusação pelas classes menos favorecidas. Havia, ainda, certa tendência de a vitória ser dada àquele que melhor exercesse a oratória, independente de estar com a razão, uma vez que

Tom I, Fundamentos. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p.270).

⁴⁴ Tal imposição buscava resguardar a imparcialidade da atividade julgadora.

⁴⁵ Embora a ocorrência de algumas exceções, uma vez que, quando estivessem ameaçados os interesses ou a própria existência do Estado ateniense, os tesmótetas poderiam investigar os fatos, os quais, após sua apuração, eram encaminhados ao Senado ou à Assembleia do Povo, que designava um cidadão para oferecer a acusação perante o tribunal competente. Os tesmótetas podiam, ainda, acusar diretamente em algumas situações específicas.

⁴⁶ Conforme Julio Maier: “*em lós delitos públicos, quien asumía el papel de acusador producía su acusación ante um arconte, que se encargaba de juzgar la seriedad y formalidad de La acusación, conforme a lós elementos de prueba que ella citaba. Si La admitía, tomabajuramento AL acusador y recibía La caución, elementos que aseguraban que no bandonaría el procedimiento hasta La decisión de tribunal, designaba el tribunal y lós jueces que lo componían y les tomaba también juramento, convocándolos para el día del juicio público.*” (op. cit., p. 271).

⁴⁷ Ressalte-se, por oportuno, que a vinculação à pena requerida não ostentava relação direta com o sistema acusatório, mas era uma questão de ordem prática, uma vez que os juízes decidiam por votos, ao invés de uma deliberação consensual, o que implicava na impossibilidade de ser acolhida apenas uma parcela da alegação das partes (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores.** 1ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p. 59).

os juízes eram leigos, o que muitas vezes transformava o julgamento em um teatro ou palco de guerra⁴⁸. Lado outro, o sistema ateniense, embora não tivesse institucionalizada a tortura⁴⁹, não a repudiava como inválida.

O modelo acusatório grego foi paulatinamente incorporado pela República romana, a qual teve o grande mérito de desmistificar a persecução penal, tendo como método de investigação a reconstrução histórica do fato, rompendo, dessa maneira, a concepção de processo como meio de disputa entre as partes.

O Direito romano na época da República foi caracterizado pela publicidade na persecução penal dos delitos, sendo que o sistema acusatório teve seu embrião através das leis *valeriae*, que institucionalizaram a jurisdição popular⁵⁰.

Paulatinamente o Direito romano foi se transformando, acabando por liberalizar e democratizar a persecução penal, passando o poder de julgar e de iniciar a persecução penal aos cidadãos (sistema acusatório popular, onde qualquer cidadão detinha o poder de iniciar a persecução penal nos delitos públicos). Vedava-se a persecução penal de ofício (*ne proceda iudex ex officio – nemo iudex sine actore*), sendo imprescindível a formulação de uma acusação por um cidadão, ao qual cabia a coleta dos elementos de prova que fundavam sua pretensão. Havia, ainda, tal qual no Direito grego, um exame prévio da admissibilidade da pretensão acusatório por um magistrado (pretor). A liberdade era a regra durante o curso do processo⁵¹. Ao acusado era garantido o direito ao silêncio. Vedava-se, ainda, a persecução penal dos

⁴⁸ Crítica essa totalmente aplicável ao tribunal do júri em nosso tempo.

⁴⁹ A tortura era mais utilizada nas testemunhas, especialmente se se tratasse de escravo.

⁵⁰ Cabe observar que a jurisdição popular nessa fase se constituía na faculdade de exercer a *provocatio*, ou seja, de invocar a jurisdição popular (recorrer à assembleia popular) a fim de buscar a anulação das sentenças ditadas pelo inquisidor público; mas, é importante que se diga, nessa fase, a legitimidade para exercer a jurisdição penal permanecia nas mãos do Estado (do poder real).

⁵¹ Conforme o ensinamento de Mauro Fonseca Andrade: “apesar de a prisão ser obrigatória nos casos em que o acusado confessava, a regra era de que ele respondia ao processo em liberdade, concedida mediante caução ou fiança. Tal garantia poderia ser prestada em dinheiro ou de modo pessoal, sendo que esta última ocorria quando uma pessoa se responsabilizava pelo comparecimento do acusado na data do julgamento, sob pena de ser condenada em substituição a ele.” (op. cit., p.88).

ausentes. Segundo Mauro Fonseca Andrade, a tortura era admitida em face dos escravos, uma vez que as Leis Semprônias vedavam tal expediente em relação aos cidadãos romanos^{52, 53}.

O sistema romano dessa época teve o mérito de desmistificar o exame da prova, que deixou de ser valorada como um meio que a divindade utilizava para mostrar quem detinha a razão, passando a ser um meio de reconstrução histórica de um acontecimento pretérito, mediante a análise dos elementos perceptíveis pelos sentidos acerca do fato que se buscava demonstrar.

Com a queda da República e o surgimento do Império, o sistema acusatório que imperava em Roma vai dando espaço a um sistema de persecução penal, de acordo com os valores e necessidades políticas do novo regime. Em decorrência da mudança quantos ao detentor da legitimidade da soberania (do povo na república, para o imperador no império), fazia-se

⁵² Op. cit., p. 87.

⁵³ Bem sintetizou Julio Maier as características do sistema de persecução penal estudado: “*su base la constituía la persecución penal por una persona extraña al órgano de la jurisdicción (ne proceda iudex ex officio – nemo iudex sine actore), que así limitaba el poder del tribunal y el objeto de su decisión. Comenzaba cuando el acusador promovía la acción (postulatio), después de lo cual, y como preliminar del debate oral y público, se cumplían una serie de actos referidos a la admisión de la acusación, al acusador principal que ejercería la función requirente (divinatio) y a la formación concreta de su pretensión (nominis delatio e inscriptio) – ver supra, inmediatamente antes –. A partir de allí, investido por el magistrado, el acusador llevaba a cabo una suerte de investigación preliminar para coleccionar los elementos de convicción de los cuales se valdría en el debate, cuyo carácter – público o secreto – no se ha podido afirmar con certeza. Constituido el tribunal de jurados, según métodos ya estudiados, se citaba al debate (dei dictio), en cuyo transcurso se producía ampliamente la contradicción entre las partes (altercatio) y la recepción de la prueba, finalizando con la sentencia que condenaba, absolvía o mandaba ampliar la vista (ampliatio). El debate comenzaba con la exposición del acusador, quien exponía el hecho que imputaba, sus circunstancias y lo calificaba; luego respondía el acusado que se defendía por sí mismo en los primeros tiempos, hasta que en las postrimerías de la República se admitió que lo asistiera un patronus o defensor; no existían réplicas pero las suplía la altercatio, diálogo o discusión entre las partes o sus defensores; seguía la recepción de la prueba, comenzando por los documentos, prosiguiendo con los interrogatorios de los testigos y después con la tortura (quaestio), como modo de obtener la verdad de los diversos órganos de prueba, instrumento tan conocido como discutido entre los romanos, pero sólo desde el punto de vista de su idoneidad para arribar a la verdad, sin reparar en motivos de humanidad o relativos a la dignidad humana: por último comparecían los laudatores, amigos y protectores del acusado que sólo deponían a su favor, exponiendo los hechos principales de su vida y dando fe de su probidad, virtud y servicius a la República; sin discusión, que, según vimos, se producía antes de la recepción de la prueba, el debate terminaba con la orden de quien lo presidía para comenzar el juzgamiento.” (op. cit., p. 282-283).*

necessário alterar também a persecução criminal, como forma de consolidar e manter a nova estrutura política do Estado.⁵⁴

Inicia-se, assim, a fase denominada de *cognitio extra ordinem*, que vai lentamente cambiando as características do sistema processual penal vigente durante a República (sistema acusatório popular). Em decorrência da transferência da titularidade da soberania (do povo para o imperador), as funções de julgar e de perseguir penalmente foram sendo transferidas para funcionários estatais, restringindo a participação popular nos assuntos judiciais penais (e na administração estatal em geral)⁵⁵. Nasce, assim, o sistema de persecução penal pública (levado a efeito por representantes do Estado).⁵⁶ A partir daí, ressurgem a possibilidade de o processo ser iniciado de ofício pelo próprio magistrado em determinadas hipóteses, bem como o aparecimento das características ligadas a tal poder, quais sejam: forma escrita, segredo, recorribilidade das decisões ao outorgante da delegação do poder da justiça (imperador). Embora ainda coexistisse o debate oral e público, as instruções escritas e secretas levadas a cabo pela iniciativa dos magistrados, decorrentes da crescente concentração de poderes pelo aparato oficial para perseguir penalmente, ganharam terreno considerável, até constituírem a principal parte do procedimento, o que veio a ser o gérmen da inquisição.⁵⁷

As principais características, que revelam os traços inquisitoriais do sistema são: concentração de poderes na mão do julgador, que detinha a função de acusar e de decidir e procedimento escrito e secreto.

⁵⁴ Mais uma vez se verifica a estreita relação ente sistema político e persecução penal. Ressalte-se, entretanto, que Mauro Fonseca Andrade defende que tal mudança não decorreu do interesse do poder central, mas de uma necessidade de salvar Roma (Ob. Cit., p. 99), posição com a qual não concordamos. Nesse particular, cabe observar que é bastante comum o estabelecimento de regimes totalitários com o falacioso discurso salvacionista; assim, por exemplo, a ditadura brasileira tinha como fundamento salvar o Brasil do perigo comunista, e o seu regime penal total, de matriz utilitarista, seria um instrumento de efetivação dessa salvação e não um instrumento que servia aos ideais políticos do sistema. A salvação, o inimigo e o medo são elementos comuns do discurso totalitário, que são criados e/ou amplificados com o intuito de legitimar a restrição dos direitos e garantias até então conquistados.

⁵⁵ Conforme Julio Maier: “*se nota aquí también cómo, al residir la soberanía em el poder de emperador y no em el pueblo, los ciudadanos debieron, necesariamente, retirarse lentamente del ejercicio de su función representativa de la comunidad.*” (op. cit., p. 286-287).

⁵⁶ Embora defendam alguns autores não tenha sido a *accusatio* abolida completamente, havendo certa coexistência ente os dois sistemas.

⁵⁷ MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 287.

Com a queda do Império romano, a invasão bárbara importa em substancial transição, havendo, nessa época, certa junção dos dois sistemas. Podem-se traçar as seguintes características oriundas do sistema bárbaro: a) caráter predominantemente consuetudinário; b) inexistência de distinção entre infrações penais e cíveis; c) ampla prevalência da legitimidade da vítima ou de seus familiares (*Sippe*) para iniciar a persecução penal, pois as infrações eram consideradas uma forma de rompimento da paz e a persecução penal um instrumento de recuperação da paz perdida, e a persecução penal judicial ostentava, ainda, um caráter secundário, surgindo apenas quando não fosse alcançada a composição privada, sendo admitida, posteriormente, a reclamação judicial por parte do ofendido ou seus familiares; d) o procedimento somente se iniciava em havendo o fracasso da composição privada ou por reclamação unilateral da vítima ou de seus familiares; e) impossibilidade de iniciar-se a persecução judicial sem a prévia provocação da parte prejudicada; f) subjetividade da prova⁵⁸; g) os julgamentos eram orais, públicos e contraditórios, presididos por um juiz que dirigia o debate e propunha a sentença, mas não exercia poder decisório; h) o tribunal era composto pelas pessoas capazes para a guerra (*Thing*), sendo sua realização em lugares abertos; i) em razão da natureza popular dos julgamentos estes eram inimpugnáveis.⁵⁹

O Direito germânico caracterizava-se, portanto, como um sistema acusatório privado, exercendo grande influência em todo o continente europeu.

A partir de uma determinada época, o Direito bárbaro passa a receber a influência do Direito romano, principalmente da época do império, ensejando uma paulatina transmutação desse sistema acusatório, nascendo o germe do

⁵⁸ A prova servia mais como meio de mostrar quem tinha razão, em decorrência de uma intervenção sobrenatural, do que um modo de reconstruir um fato (predominava a crença de que a divindade intercederia no sentido de demonstrar a verdade e fazer prevalecer a justiça por intermédio de signos exteriores identificáveis). Era, portanto, um meio de luta ente as partes, através da qual cada uma delas dava maior força às suas afirmações subjetivas. Existiam aqui as ordálias, os duelos e os juízos de Deus.

⁵⁹ Acerca do sistema bárbaro e de suas características, MAIER, Julio B. J. **La Ordenanza Procesal Penal Alemana: Su Comentario y Comparación con los Sistemas de Enjuiciamiento Penal Argentinos, Volumen I**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978, p.24-29.

sistema inquisitório, que iria se desenvolver e se incorporar em todo o continente por obra da Igreja católica.

A transição começa com o fortalecimento da organização monárquica (fortalecimento do poder estatal)⁶⁰ e com a divisão entre o poder político e o poder da Igreja, gerando o fortalecimento da jurisdição eclesiástica.

Pode-se estabelecer como ponto inicial da transmutação do sistema a admissibilidade da indicação do juiz presidente do tribunal popular pelo soberano, aliada à paulatina admissibilidade da participação de outras pessoas por ele indicadas, cuja principal função consistia em propor a sentença e, em casos extremos, efetuar a persecução oficial (*Rügeverfahren*). De outro lado, passa-se a admitir a persecução oficial para os delitos mais graves e os julgamentos deixam de ser um ato público, realizado nos espaços abertos, passando a ocorrer em lugares fechados, embora seja mantida a publicidade.

Dessa forma, na segunda metade da idade média, com o triunfo da monarquia absoluta como organização política⁶¹, aliado à incorporação do

⁶⁰ Nessa fase, embora o delito ainda seja encarado sob o aspecto da perda da paz, a restauração da paz deixa de ser um ato individual da vítima ou de seus familiares contra o ofensor, passando a ser encarada num sentido de proteção de própria comunidade. Surge a ideia de que o Direito do rei é o responsável pela paz comunitária, transferindo-se, dessa forma, paulatinamente, a legitimidade da persecução penal da pessoa da vítima para a pessoa do rei (persecução estatal). Com o fortalecimento do poder central, havia a necessidade de o monarca chamar para si o monopólio da persecução penal, como forma de fazer prevalecer seus interesses em face dos interesses dos senhores feudais, consolidando-se a centralização do poder nas mãos dos monarcas. A recepção do Direito romano-canônico pelos estados absolutistas foi um eficaz modo de efetivar a transferência de poder dos senhores feudais para os monarcas. Esse fenômeno ocorreu de forma generalizada no continente europeu, com exceção da Inglaterra.

⁶¹ Durante a segunda parte da idade média houve uma disputa de poder, entre o monarca e os senhores feudais, acerca do domínio político sobre as diferentes comarcas que integravam seus territórios. Nessa disputa houve o triunfo do rei sobre os senhores feudais, o que importou no fortalecimento de um poder central como forma de organização política, abrindo espaço para a criação dos estados nacionais absolutistas. Por outro lado, conforme esclarece Mayer: “*en el campo del derecho, la lucha entre el señorío local, feudal, y el poder central, real, se tradujo como el avasallamiento del Derecho local, foral, germano, con fuente en la tradición popular, por el Derecho romano (imperial) canónico, Derecho culto que se había conservado en Europa continental en las universidades, a través de sus principales códigos y de los glosadores italianos, y, fundamentalmente, en la Iglesia, a través de la cual adquirió universalidad, de la mano de su creciente influencia, poderío y organización. Es el fenómeno que se conoce con el nombre de Recepción del Derecho romano-canónico y del que, en Europa, sólo resultó una excepción Inglaterra. Se cerró así para el Derecho germano toda una época de ideas, formación y desarrollo propios y comenzó otra de asimilación del Derecho extranjero.*” Prosseguindo, afirma que: “*la transformación de la organización política fue la*

Direito romano, o modelo germânico acusatório privado passa a dar espaço, principalmente através do direito canônico, à inquisição.

3.2 Sistema inquisitório na história

A transmutação do sistema acusatório em inquisitório tem seu início quando se passa a admitir a *denúncia*⁶², inclusive a anônima, como forma de iniciar a investigação dos fatos, primeiro passo para a admissão da persecução penal de ofício, a qual passaria a ser autorizada posteriormente.⁶³

A expansão da inquisição ocorreu com a própria expansão da jurisdição eclesiástica⁶⁴, a qual, em um primeiro momento, restringia-se ao julgamento do clero por infrações leves, passando, depois, a julgar todas as infrações, e dando prosseguimento à sua expansão mediante a possibilidade de julgar certos laicos, o que foi ocorrendo em uma escala cada vez mais abrangente, por meio do discurso legitimante da sua competência para o julgamento dos atos contrários à fé (o que acabou abarcando uma infinidade de condutas).⁶⁵

O pano de fundo da expansão da jurisdição eclesiástica era a pretensão da Igreja de universalizar-se como instituição hegemônica detentora do

causa principal del cambio. En este sentido, el Derecho romano-canónico se comodaba perfectamente a la idea del imperio como universitas christiana que reinó en la época, especialmente en Alemania a través de CARLOS V, a modo de superación del localismo que creó la invasión bárbara en el continente europeo a la caída del Imperio Romano, y, después, a la consolidación de un fuerte poder central, depositario de todos los atributos de la soberanía, a través de las monarquías absolutas.” (MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal: Tomo I, Fundamentos**. 2ª Ed. 3ª Reimpresão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p.289).

⁶² É de se observar, contudo, que o termo *denúncia* utilizado não tinha a conotação de petição inicial de um processo condenatório, como se entende hoje, mas como notícia crime que obrigava à investigação (PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 82, nota de rodapé n.º 72).

⁶³ MAIER, Julio B. J. Ob. Cit., p. 292.

⁶⁴ Oportunidade em que ocorre “a promiscuidade conceitual ente delito e pecado, da qual resulta a sacralização do primeiro e a politização do segundo (...)” (BATISTA, Nilo. Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro, I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan:ICC, 2002, p. 163)..

⁶⁵ Conforme Geraldo Prado: “a jurisdição eclesiástica a princípio destinava-se ao julgamento de membros da Igreja, porém conforme o poder temporal desta última foi se expandindo, resvalou para a sua competência uma enorme gama de infrações penais consideradas contrárias, mesmo que distantemente, aos interesses da Igreja.” (op. cit., p. 82).

monopólio espiritual, o que ensejou, inclusive, a perseguição e o combate armado contra outras religiões. Ademais, a Igreja não auspicava apenas o monopólio da fé, mas também a expansão e afirmação de sua autoridade política (instituição de Estado), a qual restou sobremaneira fortalecida após a revolução gregoriana.⁶⁶

A partir do estabelecimento das condições políticas e históricas que propiciaram o surgimento da inquisição, conforme exposto no capítulo anterior, o Papa Inocêncio III implementa o sistema inquisitório, em 1215, no IV Concílio de Latrão⁶⁷, de forma definitiva⁶⁸, sendo de vital importância à implementação do novo regime a incorporação do dogmatismo romano justiniânico ao inquisitorialismo canônico, uma vez que tal racionalidade romana servira perfeitamente de instrumento para a aplicação do sistema inquisitório.

Como características do novo sistema criado por Inocêncio III, verifica-se que a persecução penal deixa de ter seu início condicionado à provocação de um terceiro, passando a ocorrer de ofício; a publicidade dos atos passa a ser restringida, transformando o procedimento em um ato secreto, acabando, ainda, com os debates orais e públicos, em que a investigação e o julgamento passam a ser levados a cabo em um procedimento secreto e escrito; o acusado deixa de ser sujeito de direitos, transformando-se em objeto de investigação⁶⁹.

⁶⁶ Conforme bem observa Nilo Batista, “a hegemonia política da igreja católica, que alcançará o ápice no contexto da chamada reforma gregoriana, como oportunamente veremos, terá no exercício implacável – e pioneiramente transnacional – do poder penal seu mais poderoso instrumento. Operando em esferas paralelas e complementares, o direito penal canônico e o direito penitencial não apenas exprimirão a ideologia legitimadora do exercício daquele poder, mas sobretudo introduzirão concepções e práticas que, explícita ou implicitamente, subsistem até hoje.” (op. cit., p. 163).

⁶⁷ Embora seja possível afirmar que a fase inquisitorial, no âmbito da Igreja católica, tenha seu início com o Concílio de Verona (1184).

⁶⁸ Ressalte-se, entretanto, que a Igreja anteriormente praticava um sistema acusatório, sendo as formas do Direito canônico modificadas com Inocêncio III, sob a alegação inicial da necessidade de investigar as condutas desviadas dos clérigos.

⁶⁹ Segundo Nilo Batista, um dos pilares da inquisição era a *desqualificação jurídica do réu*, como expediente básico de exclusão, de desvinculação do sujeito da ordem jurídica. Tal expediente busca convertê-lo num objeto indigno de proteção e misericórdia, ameaçador e temível. (op. cit., p. 168). Veja-se que na atualidade o direito penal do inimigo importa em certa reconstrução jurídica dessa ideia, em que os direitos e garantias são conferidos apenas aos

A descoberta da verdade era o objetivo primevo da persecução, razão pela qual se utilizava a tortura como método de descoberta dessa verdade, pois a confissão era a forma mais eficaz de descobri-la, e a sanção era a penitência devida para a reparação da violação da fé, que deveria ser descoberta de qualquer forma, sendo legítima toda sorte de procedimentos que tivessem por fim alcançar tal desiderato.

Como consequência da necessidade de descoberta da verdade (violação da fé), a investigação e a persecução das condutas desviadas não poderiam ficar nas mãos de terceiros, exigindo-se que tal tarefa fosse levada a cabo pela própria Igreja, o que deu ensejo a um amplo ativismo do julgador, o qual deveria, necessariamente, buscar as provas da verdade que queria descobrir (persecução penal de ofício e ativismo probatório do julgador). Por outro lado, como o suspeito era o principal objeto de investigação da violação da fé (verdade), este deveria perder sua condição de sujeito de direitos e seus direitos de defesa daí decorrentes, passando a ser encarado como objeto de prova. A prisão do suspeito passa a ser a regra (necessitava o inquisidor deter fisicamente a pessoa do investigado à sua disposição, a fim de que fosse possível arrancar-lhe a verdade⁷⁰), uma vez que seria muito mais difícil buscar a confissão do acusado se este estivesse em liberdade. Existia, ainda, a presunção absoluta de que todo acusado obstaculizava a investigação da verdade.⁷¹

cidadãos, não se aplicando aos inimigos, os quais são submetidos a um regime de exceção típico da guerra.

⁷⁰ Engraçado como os tempos mudam, os valores constitucionais são outros, mas ainda se vê na prática cotidiana inúmeras representações de autoridades policiais pleiteando a prisão preventiva ou temporária de alguém investigado sob as alegações da necessidade de interrogá-lo, ou para que seja mais bem elucidado o fato. Na verdade, o que se quer nesses expedientes não é resguardar a investigação ou a ordem pública, mas, sim, ter o corpo do investigado a sua disposição para obter a “verdade” dos fatos; aqui, tal qual na inquisição, encara-se o suspeito como objeto de prova, que deve servir não como um sujeito de direitos, mas como um meio importante de se elucidar o fato criminoso. Já é chegada a hora de se entender que o investigado não é objeto de prova, que a confissão não é mais a rainha das provas e que a investigação deve ser levada a efeito independentemente da colaboração do investigado, o qual deve ser encarado como sujeito de direitos, garantindo-se o exercício de todas as suas faculdades defensivas.

⁷¹ Conforme Mayer: *“por supuesto, la posición del inquirido fue trágica, pues perdió toda posibilidad de defenderse, toda facultad como sujeto del procedimiento, al reputarse de antemano como cierto el temor de que él obstruyera la averiguación de la verdad, razón por la*

Conforme bem observou Nilo Batista, a inquisição canônica construiu um novo sujeito culpável, que deveria internalizar sua culpa e confessá-la com sua própria boca. Nesse novo réu a resistência à punição é antevista como persistência no ilícito, ilícito que agora tem na conduta punível objetiva não mais que uma referência sintomática de uma condição espiritual negativa que é seu verdadeiro cerne. O sistema penal canônico se apresenta, assim, como o instrumento de uma ordem totalizante e inexorável, que não admite contestação ou desobediência, e a submissão do réu é recortada também a partir de uma drástica redução na operatividade de sua defesa.⁷²

Um dos aspectos epistemológicos da inquisição residia na imputação de responsabilidade penal, não a um fato pré-determinando como criminoso, mas sim a uma personalidade desviante (pecador/herexe). A classificação do desviante como herege indica a tendência de criminalização do álter (do outro, enquanto diferente, no sentido de não repetidor das verdades estabelecidas pelo poder dominante).⁷³

Há uma estreita relação no sistema inquisitório entre verdade real⁷⁴ (perversa e sabiamente denominada de pecado e heresia) e atividade

cual su prisión se transformó en una regla, y significó también un método adecuado para la expiación." (MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal: Tomo I, Fundamentos**. 2ª Ed. 3ª Reimpresão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p.293).

⁷² Op. cit., p. 164-165.

⁷³ Nesse sentido, CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 14-15.

⁷⁴ Conforme bem explica Leonardo Boff, a leitura que a Igreja fazia e ainda faz é a de que as escrituras são o caminho para ter-se acesso às verdades divinas. Nas escrituras estão todas as verdades necessárias para a salvação. Mas o livro pode ser lido de diversas maneiras, razão pela qual Deus criou o magistério: o Papa e os bispos, cuja missão é defender as verdades divinas, razão pela qual gozam de infalibilidade.

O magistério, portanto, é portador de uma verdade absoluta. A Igreja detém o monopólio dos meios que abrem o caminho para a eternidade.

Sendo as coisas assim, só existe um perigo fundamental: a heterodoxia, a heresia e o herege. Em outras palavras, a grande oposição se dá entre o dogma e a heresia. Erro radical é a heresia ou a suspeição de heresia. Aqui se negam as verdades necessárias e se fecha o caminho para a eternidade. A perda é total. O mal, absoluto. O herege é o arquiinimigo da fé. O ser perigosíssimo. Se o perigo é máximo, máximas devem ser a vigilância e a repressão.

Por isso, nessa visão, o portador da verdade é intolerante. Deve ser intolerante e não tem outra opção. Caso contrário a verdade não é absoluta.

Os inimigos da verdade e da reta doutrina (ortodoxia), os hereges verdadeiros ou presumidos, devem ser perseguidos lá onde estiverem e exterminados. Deve-se esquadrihar suas mentes, identificar os acenos do coração, desmascarar ideias que possam levar à heresia. Contra o mal absoluto – a heresia – valem todos os instrumentos e todas as armas. Pois se trata de

instrutória do magistrado (inquisidor), sendo as demais características geralmente identificadas com o referido sistema (inexistência de separação das funções de julgar e acusar, restrições aos direitos do acusado, objetivação da condição do sujeito passivo da relação processual, etc.), embora importantes, meras consequências da consecução do objeto selecionado (verdade/pecado).

Verifica-se, portanto, que o objeto da inquisição era a verdade real⁷⁵, identificada no discurso do pecado e da heresia, e a atividade instrutória do juiz era seu imprescindível instrumento de efetivação. Impossível o desiderato inquisitório sem tal instrumento, uma vez que a verdade que se queria buscar só poderia ser alcançada mediante a ampla atividade persecutória do julgador (juiz ator, com amplos e ilimitados poderes instrutórios, detentor do poder de gestão da prova). Do pressuposto da verdade real sobreleva, ainda, a importância dada à tortura pela inquisição, já que tal método era o mais eficaz para a obtenção deste desiderato, tendo em conta que a verdade era algo que se encontrava dentro do culpado (pecador/herexe)⁷⁶.

Existe, dessa forma, estreita relação entre inquisição, verdade real e gestão da prova, sendo tais elementos seus princípios reitores. Por outro lado, as demais características podem ser definidas como instrumentos secundários, já que possível a existência de um sistema tipicamente inquisitório sem a presença destes elementos, o que não acontece com os conceitos de verdade real e ativismo probatório (gestão da prova). A verdade real era o elemento

salvaguardar o bem absoluto – a salvação eterna, apropriada pela adesão irrestrita à verdade absoluta como vem proposta, explicada e difundida pela Igreja. Fora da Igreja não há salvação, porque fora dela não existe revelação divina e por isso verdade absoluta.

Ao instaurar a inquisição, a Igreja produz e habita esse discurso totalitário e intolerante. (prefácio de: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores – revisto e ampliado por Francisco de La Peña**. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: 2ª Ed. Rosa dos tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993, p. 9-13).

⁷⁵ Leonardo Boff nos ensina que a lógica inquisitorial encontra sua centralidade na verdade absoluta revelada para nossa salvação, a ser sempre defendida a todo preço, uma vez que admitir qualquer erro na bíblia ou nos ensinamentos da Igreja seria fatal, destruiria a base da afirmação de que a Igreja seria a portadora da verdade absoluta. (op. cit., p. 15-16).

⁷⁶ Pois, conforme leciona Salo de Carvalho: “(...) o réu, longe de ser um sujeito (de direito) processual, é um mero objeto de investigação: o imputado detém com exclusividade a verdade histórica (material) – o inquisidor investiga, procurando buscar signos do delito, e trabalho sobre os acusados, porque, culpados ou inocentes, sabem tudo o que se requer para decisões perfeitas; tudo se resume a fazê-lo dizer. E se é o único detentor de uma ‘verdade’ não mais passível de experimentação empírica, ou ainda de uma verdade unicamente sua, necessária seja exposta, sem reservas (...)” (op., cit., p. 18).

discursivo fundante do sistema inquisitório e a gestão da prova seu instrumento imprescindível de realização.

A verdade não se encontrava presente apenas na justificação da inquisição, mas também na ideologia que se pretendia consolidar⁷⁷. Sob o palio discursivo da obtenção da verdade pelo processo, mascarava-se e escondia-se a verdadeira intenção dos poderes centrais, que era o estabelecimento de uma verdade (e seu controle mediante a persecução penal – o processo penal servia como instrumento de controle da alteridade e das ideias contrárias aos seus interesses). Portanto, encoberta no discurso da necessidade de perseguir a verdade, o sistema buscava impor, mediante a instrumentalização da persecução penal, um conceito de verdade de acordo com suas pretensões políticas e ideológicas⁷⁸ (o herege e o pecador eram em realidade muito mais

⁷⁷ Conforme Leonardo Boff: “*nos primeiros séculos, os portadores de pensamentos divergentes eram punidos com a excomunhão, vale dizer, eram excluídos da comunidade eclesial. Portanto, era uma questão meramente intra-eclesial. Mas, quando o Cristianismo se transformou em religião oficial do Império, a questão virou política. O cristianismo era considerado o fator principal de coesão e união política. Então, qualquer doutrina divergente colocava em risco a unidade política. Os representantes das novas doutrinas eram tidos por hereges. A punição era a excomunhão, o confisco dos bens, o banimento e mesmo a condenação à morte.*” (op. cit., p. 13).

Afirmando, mais adiante, que: “*com a transformação do cristianismo em religião do Império (séculos IV e V), novas responsabilidades tiveram que ser assumidas pelos cristãos (eram menos de 1/6 dos habitantes). Estes sentiram a necessidade de organizar-se e institucionalizar certas funções. foi então que o aspecto jurídico ganhou corpo, assimilando a tradição jurídica romana, que sempre foi fascinante. Surgiu o corpo clerical, distinto do corpo laical. Emergiu um corpo de peritos do sagrado que acumulou toda a responsabilidade pelo espaço da fé: produziu o discurso, o ethos e o rito. E articulou o poder religioso com o poder político dominante. O que se criou foi considerado oficial.*” (op. cit., p. 21).

⁷⁸ O discurso legitimante da inquisição é um discurso criado, o qual é fortalecido mediante um processo de dogmatização. Entretanto, conforme observa Leonardo Boff esse discurso “*é um discurso ideológico, porque todo discurso ideológico é um discurso do interesse real ou escuso do ator à custa do interesse dos outros. Esse discurso é apresentado como intocável e inquestionável porque de origem divina. Todos os professantes da fé cristã devem aceitá-lo humildemente e jamais colocá-lo sob qualquer dúvida. Na verdade, trata-se de um discurso humano, demasiadamente humano, legitimados dos direitos, privilégios e interesses históricos dos detentores de poder na Igreja.*” (op. cit., p. 23). Prosseguindo afirmando que: “*a leitura doutrinária da revelação de verdades absolutas mascara o real conflito subjacente à Igreja: o poder de uns sobre outros. Alguns detêm o poder de decidir sobre a verdade, dar-lhe uma formulação única, de definir qual é o caminho necessário para a eternidade. Decretam que a sua verdade é absoluta. E a impõe aos outros. Por isso o discurso do outro é um discurso impossível. Deve ser silenciado, perseguido estrangulado. Daí se entende o rigos da inquisição. O que está em jogo, realmente, é o poder do corpo clerical, que não tolera nenhum concorrente ou nenhum confronto. Ele quer se manter como o único. É ele que se entende como absoluto e terminal. Não a verdade e a revelação, pois estas, por serem realidades divinas, são sempre abertas e passíveis de novas achegas e novas leituras, sem jamais esgotar sua riqueza interior.*” (op. cit., p. 24).

que seres desviados das normas morais; eram um perigo para o sistema, eram alguém que representava um risco às pretensões políticas do poder central e, portanto, precisavam ser neutralizados, mediante a persecução penal). Aqui reside um dos grandes engenhos (perverso, mas genial) da inquisição, sob o pálio do processo penal como instrumento de busca da verdade real criava um eficaz instrumento de imposição de uma verdade construída e adequada às suas pretensões temporais de dominar o ambiente político. Verifica-se, dessa forma, que o processo penal inquisitório era um importante instrumento de dominação política e contenção das ideias contrárias aos seus interesses. A verdade absoluta é um importante meio de dominação, pois não admite contestação nem alteridade.

A normatização do sistema inquisitório dessa época dar-se-á através da edição das Bulas Papais, sobretudo a Bula *Ad Extirpanda* (1252).

Nos séculos posteriores, ocorrerá o predomínio do sistema inquisitório também nos sistemas laicos, uma vez que os regimes absolutistas fortalecidos transportam o sistema eclesiástico para as suas justiças, como instrumento de fortalecimento de seu poder central, em razão do sistema inquisitório, a par de sua aparente superioridade sobre o sistema acusatório privado, ser um eficaz instrumento de gestão à disposição do poder dominante (é a inquisição uma forma de expansão/manutenção do poder e da dominação).

Em decorrência de a inquisição servir de instrumento de fortalecimento de um poder central (o rei nas monarquias absolutas e o papa no direito eclesiástico), o qual delegava uma parcela desse poder a funcionários inferiores, surge a recorribilidade das decisões, como instrumento de controle do poder central, servindo como uma espécie de devolução ao poder delegado. Por outro lado, da necessidade de instituir mecanismos de controle do déspota sobre as decisões de seus subordinados (recursos), surge a necessidade de que o procedimento fosse formalmente documentado (ressurge o predomínio do procedimento escrito, em detrimento do procedimento oral). A publicidade do procedimento também vai cedendo lugar ao segredo, procedimento este que historicamente sempre esteve conectado com a forma escrita.

Com o decorrer do tempo, a Igreja, como instituição política, sofre expressivo declínio, ocorrendo uma gradual e constante retomada da persecução penal por parte dos Estados, e o declínio da jurisdição eclesiástica, o que culmina com a *Ordonnance Criminelle* de Luís XIV (1670)⁷⁹.

Entretanto, é importante que se diga, embora a partir do século XVII tenha se iniciado a desconstrução das verdades reveladas pelo clero, o declínio da jurisdição da Igreja não implicou em mitigação no sistema inquisitório, mas apenas na laicização do inquisitorialismo vigente. Saía de cena o inquisidor eclesiástico e entrava em seu lugar o inquisidor real.

Com a laicização do Direito e do estado, que paulatinamente surgem nos Estados europeus, propiciando o surgimento dos estados modernos, bem como com as críticas levadas a efeito pelas diversas escolas filosóficas que se insurgiram contra o sistema vigente, em especial o movimento iluminista, vai ocorrendo o declínio do sistema acusatório, podendo ser fixada a revolução francesa como o marco inquestionável do declínio do *ancien régime*.

Ocorre, portanto, a partir do século XIX, o declínio do sistema inquisitório, até chegarmos aos sistemas da atualidade.

Analisados os aspectos históricos, passemos agora ao estudo dos sistemas processuais penais.

⁷⁹ Onde se iniciará a ruptura da identificação ente delito e heresia, bem como certa mitigação ao uso da tortura como método de obtenção da verdade. Entretanto, somente com a edição da *Ordonnance Criminele* de 1682, igualmente assinada por Luis XIV, é que haverá a ruptura completa entre heresia e delito, em decorrência da supressão da tipificação dos crimes de Lesa Majestade Divina.

4. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Sustenta a doutrina majoritária a existência de três sistemas penais: inquisitório, acusatório e misto.

4.1 Sistema misto

Para parcela dos nossos doutrinadores, no Brasil prevaleceria o sistema misto (predominantemente inquisitório na fase do inquérito e predominantemente acusatório na fase do processo).⁸⁰ É comum, ainda, a afirmação de que como os sistemas puros seriam sistemas ideais, sem correspondência com os sistemas concretos, os quais são permeados por elementos presentes tanto no sistema acusatório como no inquisitório, os sistemas processuais penais seriam todos mistos.

Entretanto, tal posição não passa de um reducionismo ilusório e ausente de fundamentação científica com base na teoria dos sistemas. Na atualidade inexistem sistemas puros, entretanto, tal fato não os torna mistos, pois o que lhes caracteriza é o princípio reitor (fundante), que nunca pode ser misto⁸¹.

Para quem defende a existência de um sistema misto, o que definiria o sistema como acusatório ou inquisitório seria a separação das funções de acusar e julgar⁸².

A concepção de sistema misto apresenta duas falhas principais: primeiramente, a constatação de que os modelos puros são realidades apenas históricas, sem correspondência com os modelos da atualidade, deixa de lado

⁸⁰ Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 116-119;

⁸¹ Conforme já explicado alhures, sistema, no sentido Kantiano, se define pelo princípio unificador, e não pelas características de pureza.

⁸² Em sentido contrário: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, p 406.

a tormentosa questão de identificar o núcleo fundante que lhe dá coerência e unidade; ademais, a separação da função de acusar e julgar não é um elemento central para a caracterização do sistema.⁸³

A questão da separação das atividades de acusar e julgar, apontada pela doutrina como o fator crucial na distinção entre o modelo acusatório e o inquisitório, embora importante, não é o único, nem o principal elemento de distinção entre os sistemas.⁸⁴ De nada adianta haver uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação se, depois, ao longo do processo, permite-se ao juiz uma postura ativa na busca de elementos probatórios, ou mesmo na adoção de atitudes típicas de parte acusadora (v.g prisão preventiva e busca e apreensão por ato de ofício do magistrado; ouvir testemunhas não indicadas pelas partes; determinar diligências de ofício, etc)⁸⁵.

⁸³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**: Volume I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 70.

⁸⁴ Juan Montero Aroca chega a afirmar que a separação ente acusador e julgador não é algo próprio de um determinado tipo de processo (o acusatório), correspondendo à própria noção de processo. Confira-se:

“Se corresponde con la misma noción de proceso el que tiene que existir una persona que acuse y el que la misma no puede ser el juez. La distinción entre parte acusadora y juez no es algo propio de una clase de proceso (el llamado proceso acusatorio), sino que atiende a la esencia del proceso.” (AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan-Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. **Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal**. 10ª Ed. Valência: Tirant lo blanch, 2001, p. 22).

⁸⁵ A situação mostra-se ainda mais grave nos sistemas jurídicos, como o brasileiro, onde vige o princípio da obrigatoriedade da ação penal. No sistema brasileiro a situação é agravada ainda mais pela possibilidade legal (que embora inconstitucional é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência) de o magistrado condenar independente do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público (art. 385 do CPP). No sistema pátrio, a conjugação das características anteriormente descritas demonstra a fragilidade da garantia do cidadão, na consubstanciação do sistema acusatório, apenas na separação entre Ministério Público e órgão julgador, uma vez que a investigação dos elementos configuradores da materialidade e autoria delitiva, a serem analisados no momento de iniciar a persecução penal, são confiados ao poder executivo (polícia judiciária), havendo a obrigatoriedade do oferecimento da denúncia, o que, aliada a ampla possibilidade de o magistrado investigar, podendo, inclusive, condenar independentemente de requerimento da acusação nos delitos público, torna meramente aparente a configuração de um processo democrático. Ou seja, em um modelo de processo regido por tais regras o magistrado deixa de ser um árbitro imparcial, que tem a função de resguardar os direitos fundamentais, para se tornar uma parte parcial que acusa e julga, uma vez que tem amplos poderes instrutórios, podendo, inclusive, condenar a revelia da existência de uma pretensão acusatória, já que pode condenar independentemente de requerimento condenatório do Ministério Público. Portanto, é patente a fragilidade da formulação do sistema acusatório na mera separação formal entre órgão acusado e julgador.

Não é, portanto, a presença de um órgão público independente do julgador que marca a distinção entre os sistemas processuais. Segundo Franco Cordero, o órgão do Ministério Público já aparece na França desde o século XVII, na Ordenação Criminal de 1670, que é um monumento do engenho inquisitorial, com disposições sobre o monopólio da ação penal, referindo-se aos homens do rei⁸⁶. Se tal distinção entre órgão acusador e julgador existiu em um sistema nitidamente inquisitorial, como foi a Ordenação Criminal de 1670, é óbvio que a referida separação não é o ponto nodal da questão, até porque, historicamente, a inquisição e seu sistema foram erigidos sobre o conceito de verdade real e da necessidade de o julgador não ficar atrelado à atividade das partes (ativismo probatório do juiz).

Dessa forma, mostra-se imprescindível estabelecer o conteúdo dos princípios acusatório e inquisitório, tendo por norte seus fundamentos históricos, uma vez que a inquisição surgiu historicamente sobre os pilares da verdade real e da outorga de poderes instrutórios ao juiz.

Ademais, mostra-se insuficiente e carente de amparo científico a definição de um sistema misto (algo incompatível por si só, pois importa em estabelecer um sistema carente de unidade, uma vez que regido por princípios antagônicos entre si – inquisitório e acusatório).

Resta observar, ainda, que em um sistema processual democrático, pautado por princípios liberais, a investigação preliminar (dado o seu caráter inquisitorial) não tem, ou ao menos não deveria ter, a função de colher provas, devendo servir apenas de filtro processual, a possibilitar a elaboração da denúncia ou queixa e evitar acusações infundadas, tanto no momento de sua elaboração, quanto, e principalmente, no momento de seu recebimento. A investigação preliminar deve ter caráter absolutamente administrativo, não constituindo fase integrante do processo (não podendo os elementos colhidos – salvo exceções excepcionais, como as provas antecipadas e as perícias – serem considerados elementos de prova aptos a serem utilizados de qualquer forma durante a fase judicial).

⁸⁶ CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Milão: UTET, 1986, p. 47.

Há que se ressaltar, ainda, que *Code d'Instruction Criminelle* de 1808⁸⁷, foi, em verdade, uma grande farsa, uma vez que serviu de instrumento para que um ditador (Napoleão) preservasse a essência inquisitiva do processo penal, iludindo o anseio que se instalava pela criação de um sistema acusatório⁸⁸, uma vez que a “*prova*” é colhida mediante expediente inquisitório⁸⁹, sujeito ao poder executivo⁹⁰, o que possibilita ampla manipulação ideológica.

4.2 Sistema inquisitório

Conforme explanado no capítulo destinado ao estudo histórico dos sistemas processuais penais, o modelo inquisitivo de persecução penal surgiu com a reutilização pela Igreja Católica dos institutos do direito romano da

⁸⁷ Foi o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 o diploma que inaugurou um sistema processual bifásico (dividindo a fase da investigação da fase do julgamento propriamente dito), ao qual a doutrina denomina misto.

⁸⁸ Portanto, ousamos discordar de Ada Pellegrini Grinover quando esta afirma que o referido diploma implicou em um retorno parcial ao sistema inquisitório (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1982, p. 40). Em verdade, o referido sistema serviu como instrumento de manutenção do *status quo* inquisitorial (embora de forma mascarada). Conforme o escólio de Franco Cordero da investigação ao julgamento, onde passamos das trevas para a luz do dia, há um labirinto escrito e secreto, firmado inteiramente ao lado dos interesses repressivos. Inquisição e espetáculo acusatório, mas, conforme já havíamos notado, tal partilha seria apenas aparente: o verbo instrutório pesando sobre a decisão. (CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 1995, p. 66). Precisa é a lição de Aury Lopes Jr., ao tratar do sistema misto: “*a fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.*” (op. cit., p. 71).

⁸⁹ Uma vez que a investigação do delito e a colheita dos principais elementos a serem utilizados na fase judicial eram realizados na fase de investigação onde imperava o princípio inquisitório.

⁹⁰ No sistema do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 as autoridades encarregadas da investigação criminal eram vinculadas e subordinadas ao Imperador (nesse sentido, por exemplo, o art. 9, o qual afirmava que: “*la police judiciaire sera exercée sous l'autorité des cours royales (...)*” - Texte intégral de la version en vigueur en 1929, texto disponível em http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1929/code_1808_1.htm, acessado em 25 de maio de 2012).

época do Império, sendo posteriormente incorporados aos sistemas de persecução penal dos Estados absolutistas.

As características marcantes deste sistema eram: a) a identificação entre acusador e julgador, iniciando-se o processo mediante acusação *ex-officio*; b) a objetivação da pessoa do acusado, que era visto não como sujeito de direitos, mas como objeto de investigação; c) o acusado encontrava-se em uma posição inferior durante a persecução penal, ostentando o magistrado uma posição de superioridade em face ao arguido; d) institucionalização da tortura como método de obtenção da verdade; e) forma escrita e sigilosa; f) burocratização do aparato de persecução penal, mediante o estabelecimento de um corpo especialmente estabelecido para tal fim; g) hierarquização da estrutura punitiva, mediante o estabelecimento de um sistema recursal como forma de controle e devolução da decisão ao poder delegante (papa/rei); h) a prisão do acusado durante o curso do processo era a regra; i) ausência de coisa julgada; j) prova tarifada.

A inquisição tinha como fundamento teórico-ideológico o conceito de verdade material, e como princípio reitor a gestão da prova nas mãos do magistrado, sendo as demais características acima referidas desdobramentos consequenciais deste princípio.

Portanto, o que vai definir o conteúdo do sistema inquisitório (princípio reitor) serão os conceitos de verdade material e de gestão da prova.

Conforme demonstrado alhures, a inquisição foi construída historicamente sobre os pilares da verdade real⁹¹ e da outorga de poderes instrutórios ao juiz⁹², sendo a união de funções e a objetivação do sujeito passivo da persecução meras consequências desses vetores.

⁹¹ Segundo Aury Lopes Jr. a estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**: Volume I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 67.)

⁹² Se o processo busca a reconstrução de um fato histórico (o crime é sempre passado) é a gestão da prova que caracteriza o princípio unificador que confere conteúdo ao sistema. Nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho“(…) o sistema inquisitivo, regido pelo princípio

Frise-se, ainda, que verdade real e gestão da prova são conceitos que andam juntos, uma vez que os poderes instrutórios do juiz encontram sua justificação na busca de uma suposta verdade real.⁹³

Nesse sentido, Gilberto Thums afirma com propriedade que:

“(...) o processo penal é nutrido por um discurso sobre a verdade que fundamenta a outorga legal de poderes ao magistrado para a busca desta verdade. Este discurso sobre a verdade e os poderes conferidos ao juiz é o divisor de águas ente os sistemas processuais.”⁹⁴

A inquisição estruturou-se, justamente, mediante a dogmatização da verdade, sendo que a transmutação da legitimidade da persecução penal do cidadão para o inquisidor (juiz) deu-se com base na necessidade de garantir o monopólio da persecução penal, bem como de garantir instrumentos necessários para a descoberta da verdade material. A verdade material como objeto de conhecimento do processo penal só pode ser alcançada pelo juiz ator, o qual sai em busca dos elementos necessários para alcançar tal desiderato, não podendo sua atividade ficar limitada pela iniciativa das partes, a qual é, inclusive, desnecessária, servindo, na concepção paranoica do inquisidor, como empecilho à descoberta da verdade que ele busca encontrar.

Conforme nos ensina Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

“A principal e única diferença definitiva remete à extrema concentração de poderes nas mãos do órgão julgador, no sistema inquisitório, o qual recolhe a prova (antes de qualquer outro) e determina sua produção. Nele, o acusado é mero objeto de investigação e por isso a regra é que seja decretada sua prisão cautelar, ficando, assim, à disposição da instrução enquanto verdadeiro objeto e

inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui o acusado é mero objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador.” (Ob. Cit. p. 166.)

⁹³ Nesse sentido, é precisa a lição de Gilberto Thums quando afirma que o modelo inquisitório “(...) se utiliza da verdade como instrumento de dominação e legitimação a justificar qualquer procedimento, inclusive com poderes investigatórios conferidos ao julgados; (...)” (THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 186.)

⁹⁴ Ob. Cit. p, 187.

meio de prova. De certa forma, desaparece o cidadão, ou pode desaparecer.”⁹⁵

Portanto, o sistema inquisitório rege-se pelo princípio inquisitório, que encontra seu fundamento no conceito de verdade real e de gestão da prova.

4.3 Sistema acusatório

O sistema acusatório tem sua base histórica no processo grego, podendo ser descritas as seguintes características: a) separação da função de julgar e acusar; b) exercício da jurisdição por jurados populares; c) igualdade entre as partes, ostentando o juiz a condição de árbitro, sem iniciação de investigação⁹⁶; c) o acusado é sujeito de direito; d) forma oral pública e contraditória; d) a regra é a liberdade do acusado durante o curso do processo; e) existência de coisa julgada; f) aferição da prova pelo critério da livre convicção.

Em decorrência do que foi até agora exposto, pode-se afirmar ser o sistema acusatório regido pelo princípio acusatório⁹⁷, o qual impõe o banimento da ideia de verdade real⁹⁸, bem como exclui a possibilidade de qualquer atividade probatória do juiz⁹⁹, como forma de garantir sua imparcialidade.

⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um Devido Processo Legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema do CPP, de Todo Inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coordenadores). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 255.

⁹⁶ BARREIROS, José António. **Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 12.

⁹⁷ Ressalte-se, por oportuno, que parcela da doutrina afirma que o sistema acusatório é regido pelo princípio dispositivo. Entretanto, inexistente distinção substancial de conteúdo com o aqui exposto, sendo a questão meramente terminológica.

⁹⁸ O conceito de verdade real é um conceito que deve ser banido como objeto do processo penal. A própria noção de verdade mostra-se problemática, dada a impossibilidade de compreensão do objeto cognossente de forma absoluta, sem a influência das pré-compreensões do sujeito (o observador, com sua carga pessoal, influencia decisivamente no objeto a ser analisado, sendo a observação um resultado da junção ente aquilo que o objeto represente por si mesmo e as características próprias do sujeito que leva a observação a cabo).

Interessante construção é a elaborada por Salah Khaled Jr, o qual busca substituir a noção de *aletheia* (verdade que está na própria realidade – concordância ente o juízo e seu objeto) pela noção de *veritas* (fidelidade em relação ao que aconteceu), estabelecendo a dimensão do

Bem sintetiza as características principais do sistema acusatório, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

“O mais importante, contudo, ao sistema acusatório – é bom que se diga desde logo –, é que da maneira como foi estruturado não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo de Cordero, com razão, chamou de ‘quadro mental paranóico’, em face de não ser, por excelência, o gestor da prova pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual torna como verdadeiro.”¹⁰⁰

O processo acusatório pode ser definido, portanto, como o instrumento de efetivação da pretensão acusatória, onde se garante a igualdade das partes e a imparcialidade do julgador, mediante seu alheamento da atividade probatória¹⁰¹, pois conforme salientado por Aury Lopes Junior:

objeto de saber no processo, calcado na idéia não de certeza absoluta, mas sim do conceito de verossimilhança significativa amparada em provas, mas que atribui o devido peso ao convencimento do juiz. (KHALED JUNIOR, Salah H. **A Ambição de Verdade no Processo Penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real**. Salvador: Podivm, 2009, p. 29-33).

⁹⁹ Veja-se que a inatividade probatória do magistrado é um elemento histórico do processo acusatório. Conforme lição de Juan Montero Aroca, as configurações do processo penal acusatório são as seguintes:

“1.º) *El proceso se ponía en marcha únicamente cuando el particular formulaba la acusación.*

2.º) *La acusación determinaba los ámbitos objetivo (el hecho que se imputaba) y subjetivo (la persona a la que se acusaba).*

3.º) *El juez no podía ni investigar los hechos, ni practicar prueba que no le hubiera sido solicitada por las partes.*

4.º) *La sentencia tenía que ser congruente, de modo que no podía condenarse a persona distinta de la acusada por el particular, ni por hechos distintos, ni a pena diferente de la solicitada por el acusador.*

5.º) *La actividad jurisdiccional era un verdadero proceso, esto es, estaba sujeta a los principios de dualidad, contradicción e igualdad.”* (AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan-Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. **Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal**. 10ª Ed. Valência: Tirant lo blanch, 2001, p. 15).

¹⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coordenador). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 32.

¹⁰¹ Conforme precisa lição de Gustavo Badaró: “o processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, que são atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório. E, além de suas características históricas de oralidade e publicidade, vigora, no processo acusatório, o princípio da presunção de inocência, permanecendo o acusado em liberdade até que seja proferida a sentença condenatória irrevogável. Ainda do ponto de vista histórico, o juiz não possuía qualquer

(...) a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.¹⁰²

A gestão da prova pelo magistrado implica em inevitável contaminação de sua imparcialidade, uma vez que a atividade probatória do juiz ocasiona aquilo que Franco Cordero denominou de “*primado das hipóteses sobre os fatos*”, gerando no magistrado “*quadros mentais paranóicos*”¹⁰³. Ou seja, possibilita ao magistrado a formação de uma pré-compreensão acerca dos fatos, com a conseqüente busca de provas para justificar seu julgamento prévio, decorrente não dos fatos, mas de suas impressões pessoais, muitas vezes decorrente de uma personalidade narcisista.¹⁰⁴

Na precisa lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

“O juiz, senhor da prova, sai em seu encaço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato, privilegiando-se o mecanismo ‘natural’ do pensamento da civilização ocidental que é a lógica dedutiva, a qual deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão por que pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão.”¹⁰⁵

Portanto, o sistema acusatório, regido pelo princípio acusatório, é aquele onde a gestão da prova está nas mãos das partes.¹⁰⁶

iniciativa probatória, sendo um assistente passivo e imóvel da atividade das partes, a quem incumbia a atividade probatória.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 102-103).

¹⁰² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**: Volume I, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73.

¹⁰³ CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Milão: UTET, 1986, p. 51.

¹⁰⁴ Conforme anota Geraldo Prado: “*quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa um inclinação ou tendência perigosamente comprometedor da imparcialidade do julgador.*” (op. cit., p. 137).

¹⁰⁵ Op. cit., p. 256.

¹⁰⁶ Ressalte-se, entretanto, que tal fundamentação não é abordada pela doutrina tradicional, existindo, ainda, grande resistência em sua aceitação por um determinado setor da nossa doutrina. Nesse sentido, por todos: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, especialmente p. 207 e seguintes.

Nesse modelo processual, de forte matriz democrática, o magistrado é encarado como um terceiro imparcial, sem qualquer poder probatório que possibilite qualquer mácula a essa característica, tendo como principal função garantir os direitos e garantias assegurados pela Constituição.

Conforme Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

“No sistema acusatório, por outro lado, o juiz tem, primordialmente, a função de garante das regras do jogo, cabendo às partes apresentarem suas provas, lícitamente obtidas, razão por que é imprescindível a paridade de armas. O acusado é, assim, sujeito de direitos, pois pode se defender em posição de igualdade em relação à acusação (logo, em liberdade: ganha expressão capital a presunção de inocência), buscando apresentar o que lhe couber de favorável. Visualiza-se o processo como ‘uma discussão, luta ou duelo que entre acusador e defensor se estabelece, perante o olhar imparcial do juiz’.”¹⁰⁷

A própria exigência da separação entre acusador e julgador, além de ser consequência necessária da transferência da gestão da prova para as partes, provém da exigência jurídica de imparcialidade do órgão julgador.¹⁰⁸⁻¹⁰⁹

¹⁰⁷ Op. cit., p. 255-256.

¹⁰⁸ Nesse sentido, Teresa Armenta Deu esclarece, com absoluta precisão, que a separação de funções provém da exigência jurídica de imparcialidade. Afirmando, ainda, que, no sistema inquisitivo, o órgão julgador reuniu em uma única pessoa essas duas facetas somente conjugáveis ao preço da perda absoluta de uma das características essenciais da função jurisdicional: a imparcialidade. (DEU, Teresa Armenta. **Principio Acusatorio y Derecho Penal**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995, p. 44-45).

Figueiredo Dias vai nos ensinar que o processo inquisitório é um processo sem partes, já que a investigação da verdade e, em suma, a consecução do fim do processo, depositam-se exclusivamente nas mãos do juiz. Prosseguindo, esclarece que a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os fatos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na “acusação” –, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases. Sabe-se já, porém, o preço incomportável por que se pagaria uma tal vantagem: antes de tudo, a impossibilidade “psicológica” de preservar a imparcialidade de julgamento de um juiz no qual convergissem as qualidades de instrutor, acusador e julgador. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Reimpressão da 1ª Ed. de 1974. Portugal: Coimbra, 2004, p. 246-247).

Entretanto, em que pese a perfeição da lição do mestre português, acerca da imparcialidade do julgador, mostra-se equivocada a caracterização do processo inquisitório como um processo sem parte, uma vez que tal característica é meramente acessória pois, conforme bem demonstrou Franco Cordero, é falso que o método inquisitório equivalha a processo sem ator: na Ordenação Criminal de 1670, monumento do engenho inquisitorial, o monopólio da ação cabia aos homens do rei (CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Milão: UTET, 1986, p. 47).

¹⁰⁹ Inclusive, Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, na excelente obra Comentário ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, embora negando vinculação ao sistema

Estabelecidas as premissas do presente trabalho, o qual buscou demonstrar a vinculação entre o princípio acusatório e a inércia probatória do julgador, há que se analisar, ainda, a tese defendida por Geraldo Prado, de possibilitar, em casos excepcionais, a atividade probatória do juiz para buscar provas da absolvição do acusado¹¹⁰. Nesse particular, há que se observar o perigo de tal flexibilização, pois como observa Paulo Rangel:

no Código de Processo Penal brasileiro, elaborado na época de Getúlio Vargas, ditador, juiz não investiga para absolver, até porque, se não tem provas deve o réu ser absolvido. A investigação probatória é típica do inquisidor (...).¹¹¹

Ademais, a não realização, pela defesa, de uma prova de que haja indícios da inocência do acusado, pode não ter sido realizada exatamente pelo fato de o acusado saber que aquela prova lhe trará prejuízos, servindo de elemento desfavorável à sua defesa. Dessa forma, mostra-se extremamente perigosa tal flexibilização, uma vez que a prova, depois de produzida, passa a ser do juízo e pode ser utilizada para a condenação.

Por outro lado, tendo em vista que a carga probatória deve recair toda na acusação, mostra-se carente de razão uma flexibilização do princípio acusatório sob o pretexto da possibilidade de favorecer o réu, até porque se corre o risco de que sob o manto discursivo de proteger o acusado sejam produzidas provas pelo juiz que posteriormente venham a fundamentar uma eventual condenação, gerando a possibilidade de manipulações ideológicas discursivas. Ou seja, cria-se uma válvula de escape, dificilmente controlável,

acusatório e a vedação de produção de provas pelo magistrado, vão afirmar que a iniciativa probatória do juiz deve ser analisada no âmbito da possível afetação de sua imparcialidade. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentário ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 294).

¹¹⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 137. *In verbis*: “entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção da inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneira supletiva provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa.”

¹¹¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.

para a retomada de expediente inquisitório, bastando a mera alegação de que a prova é produzida para beneficiar o acusado, para que se autorize a busca dos mais variados elementos de prova por parte do órgão julgador, com sensíveis prejuízos para o sistema acusatório e para a garantia da imparcialidade do juiz.

Há que se analisar, ainda, a argumentação de parcela de nossa doutrina, que vai defender a diferenciação entre o sistema acusatório e o sistema *adversarial*, sendo que somente neste último é que preponderaria a inércia probatória do juiz.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover vai defender que o sistema acusatório seria caracterizado pela atribuição das atividades processuais a órgãos distintos, não se relacionando à iniciativa instrutória do juiz no processo penal, que, em seu entender, diria respeito unicamente ao denominado *adversarial system*, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao *inquisitorial system*, da Europa continental e dos países por ela influenciados. Para a ilustre processualista, a associação ente sistema acusatório e ausência de poderes de investigação do juiz decorreria da confusão entre os termos acusatório-inquisitório, de um lado, e *adversarial-inquisitorial*, de outro, aduzindo que “*um sistema acusatório pode adotar o adversarial system ou o inquisitorial system, expressão que se poderia traduzir por ‘processo de desenvolvimento oficial’*. Ou seja, firme estando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial”¹¹².

Entretanto, em que pese o brilhantismo da doutrinadora, tal separação mostra-se frágil e artificial, uma vez que pretende estabelecer duas classes de processos acusatórios, o acusatório-acusatório (denominado pela autora de *adversarial system*) e o acusatório-inquisitório (denominado pela autora de *inquisitorial system*). Não considera, ainda, uma premissa básica, qual seja, a incompatibilidade lógica entre o sistema acusatório e o inquisitório, os quais

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 71-79, 1999, p. 71-72.

não podem coexistir. Conforme já demonstrado, o fato de inexistir sistema puro não significa que exista sistema misto, uma vez que inexistente princípio reitor misto.

Por outro lado, deixa de fora a questão principal de se estabelecer o princípio reitor do sistema (princípio acusatório), o qual, conforme demonstrado, encontra-se assentado na gestão da prova.

Fixadas as premissas do sistema acusatório, resta observar a flagrante inconstitucionalidade dos dispositivos legais que conferem poderes instrutórios ao magistrado, possibilitando produza ele provas de ofício (v.g. artigos: 13, II e 156, ambos, do Código de Processo Penal) ou determine medida cautelar independente de requerimento (v.g. artigos: 282, §2º e 4º; 311, ambos, do Código de Processo Penal). É inconstitucional também a concessão de poderes ao magistrado para requisitar a instauração de inquérito policial (artigo 5º, I, do Código de Processo Penal), bem como a titularidade de completar o ato de arquivamento (artigo 28 do Código de Processo Penal).

Em que pesem as fundamentações expostas, os mais diversos dispositivos legais incompatíveis com o sistema acusatório encontram o beneplácito de nossa jurisprudência majoritária, que tem transformado nosso sistema processual acusatório em um conjunto vazio de sentido, em decorrência do referendo da aplicação prática de um processo penal totalitário e antidemocrático¹¹³, de nítido caráter utilitarista.

Entretanto, inobstante ainda imperar uma mentalidade dotada de certo caráter retrógrado em nossa jurisprudência, nossos tribunais vêm paulatinamente

¹¹³ Nesse aspecto basta ver a origem fascista do nosso Código de Processo Penal, cópia malfeita do Código Rocco (Código de Processo Penal Italiano de 1930, idealizado para servir à ideologia fascista de Benito Mussolini). Bem retrata tal realidade a exposição de motivos do nosso ainda vigente Código de Processo Penal, o qual, inobstante suas múltiplas reformas parciais, ainda ostenta a influência do verbo autoritário da opressão, estruturando-se como um diploma de nítido caráter inquisitório.

superando o dogmatismo legalista imperante, concretizando, embora de forma lenta, mas constante, um processo democrático¹¹⁴.

¹¹⁴ Digno de nota, neste aspecto, é o voto proferido pelo ilustre Ministro Eros grau no HC 95009, Pleno, DJe n.º 241, publicado em 19/12/2008, Ementário n.º 2346-6, onde deixou consignado que:

“(…).

18. *O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. Divisão de funções, não separação de poderes, qual tenho insistido em textos acadêmicos e em inúmeros votos prolatados neste Tribunal.*

O combate a criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), seja através da polícia, coma se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, quanto do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I).

19. *O combate a criminalidade, garantia da segurança pública, inevitavelmente entra em testilhas, em certos momentos, com pretensões, legítimas ou não, de direito individual. Eis porque nos Estados de direito há, a disposição dos cidadãos, um Poder Judiciário independente, com a função de arbitrar asses conflitos, declarando ao individuo quais constrangimentos o ordenamento jurídico o obriga a suportar, quais os que se não lhe pode impor. Isso tem sido no entanto ignorado nos dias que correm, de sorte que alguns juízes se envolvem direta e pessoalmente com as agentes da Administração, participando do planejamento de investigações policiais que resultam em ações penais de cuja apreciação e julgamento eles mesmos serão incumbidos, superpondo os sistemas inquisitório e misto, a um tempo só recusando o sistema acusatório.*

Este, contemplado pelo nosso ordenamento jurídico, impõe sejam delimitadas as funções concernentes a persecução penal, cabendo a Polícia investigar, ao Ministério Público acusar e ao Juiz julgar, ao passo que no sistema inquisitório essas funções são acumuladas pelo Juiz. Basta tanto para desmontar as estruturas do Estado de direito, disso decorrendo a supressão da jurisdição. O acusado já então não se vera face a um Juiz independente e imparcial. Terá diante de si uma parte acusadora, um inquisidor a dizer-lhe algo coma ‘já o investiguei, colhi todas as provas, já me convenci de sua culpa, não lhe dou crédito algum, mas estou a sua disposição para que me prove que estou errado!’ E isso sem sequer permitir que o acusado arrisque a sorte em ordálias...

20. *Em outra ocasião detive-me sobre o tema da ética judicial, afirmando serem três, em linhas gerais, os seus cânones primordiais. A neutralidade, a independência e a imparcialidade.*

21. *- A neutralidade impõe que a juiz só mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. Seus interesses não devem, sob nenhuma maneira, entrar em jogo no conflito que ele deve resolver. Por isso e apenas assim será capaz de dizer a direito, não se engajando no conflito, mantendo-se estranho a ele.*

Somente desde essa perspectiva podemos falar em neutralidade política de qualquer intérprete do direito, inclusive do intérprete autêntico, o juiz. Pois é certo que – ainda que na interpretação do direito deva prevalecer a força dos princípios [são eles que dão coerência ao sistema] – a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na praxis do direito ela se dissolve, sempre.

Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas; que o ato de julgar consubstancia uma experiência existencial.

A neutralidade do juiz há de ser concebida, portanto, exclusivamente no sentido acima indicado. Mas nesse sentido se impõe, plenamente. Haverá neutralidade quando nenhum interesse do juiz estiver em jogo no conflito que lhe incumbe resolver.

Essa neutralidade se desdobra em independência e imparcialidade.

22. *- A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo --- quando o exijam a Constituição e a lei --- mas também impopulares, que a*

O e. Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de diploma normativo que determinava a realização de atividade probatória pelo Magistrado. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1570-2¹¹⁵, restou reconhecida a incompatibilidade com o sistema constitucional pátrio da norma estabelecida pelo artigo 3º da Lei n.º 9.034/95¹¹⁶, que determinava a realização de diligência diretamente pelo magistrado processante.

imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A vinculação do juiz a ética da legalidade algumas vezes o coloca sob forte pressão dos que supõem que todos são culpados até prova em contrário.

23. *A imparcialidade, por fim, é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe.*

24. *Perdoem-me por falar em 'interesses das partes' e em 'conflito' no processo penal, mas desejo vigorosamente afirmar que a independência do juiz criminal impõe sua cabal desvinculação da atividade investigatória e do combate ativo ao crime, na teoria e na prática.*

O resultado dessa perversa vinculação não tarda a mostrar-se, a partir dela, a pretensão de implantar-se a ordem, instalando-se pura anarquia. Dada a suposta violação da lei, nenhuma outra lei poderia ser invocada para reger o comportamento do Estado na repressão dessa violação. Contra 'bandidos' o Estado e seus agentes atuam como se bandidos fossem, à margem da lei, fazendo massa da Constituição. E tudo com a participação do juiz, ante a crença generalizada de que qualquer violência é legítima se praticada em decorrência de uma ordem judicial. Juízes que se pretendem versados na teoria e prática do combate ao crime, juízes que arrogam a si a responsabilidade por operações policiais transformam a Constituição em um punhado de palavras bonitas rabiscadas em um pedaço de papel sem utilidade prática, coma diz FERRAJOLI. Ou em papel pintado com tinta; uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada a coisa nenhuma, qual nos versos de FERNANDO PESSOA.

(...)"

¹¹⁵ Confira-se a ementa do julgado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. ACÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquiridor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (ADI 1570, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838)

¹¹⁶ Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

É imprescindível, portanto, construir um processo penal acusatório na prática jurídica cotidiana, “blindando” os jurisdicionados da possibilidade de uma atuação “*paranóica*” por parte do magistrado; garantindo-se aos acusados o julgamento por um juiz efetivamente imparcial, que exerça efetivamente sua função constitucional de guardião dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, sem qualquer possibilidade de imiscuir-se em atividade que não lhe pertence, especialmente a atividade probatória.

§ 1º *Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.*

§ 2º *O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.*

§ 3º *O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.*

§ 4º *Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.*

§ 5º *Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto sigredo de justiça.*

CONCLUSÕES

1. Em uma sociedade dotada de alta complexidade como a nossa, onde impera uma elevada inflação legislativa, carecendo os diversos diplomas legais de unidade e coerência entre si, mostra-se imprescindível o estudo dos princípios jurídicos.

2. Tendo em vista a existência de profunda contradição entre a Constituição Federal de 1988, de caráter liberal e acusatória, e a legislação processual penal, especialmente o Código de Processo Penal, de nítido caráter autoritário e anti-democrático, mostra-se imprescindível o estudo do princípio acusatório, como forma de dar coerência e legitimidade ao sistema de persecução penal. Daí a necessidade de se estudar o sistema acusatório, ou seja, analisar o direito processual penal como um sistema calcado no princípio acusatório.

3. Embora nossa Constituição não estabeleça de forma expressa o princípio acusatório, este decorre implicitamente do Estado Democrático de Direito, podendo ser extraído, ainda, da dignidade da pessoa humana, da imparcialidade do juiz e do devido processo legal.

4. Sistema, na noção kantiana, vincula-se à ideia de unidade, que é conferida pelo princípio reitor (também denominado de princípio unificado), o qual estabelece coerência e harmonia ao todo.

5. A fim de empregar um caráter científico, minimizando as manipulações ideológicas, buscou-se estabelecer uma análise histórica dos elementos identificadores dos sistemas processuais penais como critério a fundamentar o estabelecimento dos seus elementos reitores, sem, contudo, estabelecer uma identificação exata entre os sistemas processuais e todos os elementos empíricos presentes nos ordenamentos jurídicos ao longo da história.

6. Historicamente, o sistema acusatório surgiu na Grécia, tendo como principais características a legitimidade popular para a persecução penal

(havendo acusação popular de todos os cidadãos nos delitos públicos e do ofendido ou seus representantes nos privados e julgamento popular); júízo oral, público e contraditório; tendo a liberdade como regra durante o curso do processo.

7. O modelo acusatório grego foi incorporado pela República romana. Entretanto, com o surgimento do Império, o Direito romano foi se transformando paulatinamente, cedendo lugar a um sistema pautado por características inquisitórias, iniciando-se, assim, a fase denominada *cognitio extra ordinem*. Nessa época ressurge a possibilidade de o processo ser iniciado de ofício pelo próprio magistrado, passando a persecução penal a ser marcada pela forma escrita e secreta e pela recorribilidade das decisões ao outorgante da delegação do poder (imperador).

8. Com a queda do Império romano, a invasão bárbara importa em substancial transição, voltando a prevalecer um sistema acusatório privado, pautado na legitimação ordinária do ofendido para a persecução penal.

9. Na segunda metade da idade média, com o triunfo das monarquias absolutas como forma de organização política dominante, e em decorrência da incorporação do direito romano, o modelo germânico acusatório privado passa a dar espaço, principalmente através do direito canônico, à inquisição.

10. A inquisição é implementada de forma definitiva em 1215, no IV Concílio de Latrão.

11. O sistema inquisitorial criado por Inocêncio III caracteriza-se pela persecução penal de ofício, pelo sigilo dos atos processuais, pela forma escrita e pela objetivação da condição processual do acusado - o qual passa a ser encarado como objeto de investigação, razão pela qual a prisão era a regra (necessitava o inquisidor deter fisicamente a pessoa do investigado a sua disposição a fim de que fosse possível arrancar-lhe a verdade).

12. No sistema inquisitório, o objeto do processo era a descoberta da verdade, sendo a tortura amplamente utilizada para a consecução deste

desiderato. A própria persecução penal de ofício fundamentava-se na necessidade da descoberta da verdade real.

13. O sistema inquisitório fundava-se no binômio persecução penal de ofício e ativismo probatório do julgador.

14. Há uma estreita relação no sistema inquisitório entre verdade real (perversa e sabiamente denominada de pecado e heresia) e atividade instrutória do magistrado (inquisidor).

15. Paralelamente à inquisição da Igreja Católica ocorrerá paulatino predomínio do sistema inquisitório também nos sistemas laicos.

16. Com o fortalecimento do poder central e o declínio do poder eclesiástico ocorre uma constante retomada da persecução penal por parte dos Estados, havendo o declínio da jurisdição eclesiástica, o que resta culminado com a *Ordonnance Criminelle* de Luís XIV (1670).

17. O declínio da jurisdição da Igreja não importou em mitigação no sistema inquisitório, mas apenas na laicização do inquisitorialismo vigente.

18. Para boa parte da doutrina pátria, predominaria no Brasil o sistema misto (predominantemente inquisitório na fase do inquérito e predominantemente acusatório na fase do processo).

19. A opção por um sistema misto mostra-se carente de fundamentação científica, configurando-se um reducionismo ilusório.

20. A inexistência de sistemas puros não significa a existência de sistemas mistos, pois o que lhes caracterizará será o princípio reitor (fundante), que nunca pode ser misto.

21. O *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 foi uma grande farsa, servindo como instrumento para que um ditador (Napoleão) preservasse a essência inquisitiva do processo penal, iludindo os anseios que se instalavam pela criação de um sistema acusatório.

22. A separação das funções de acusar e de julgar não é um elemento central para a caracterização do sistema.

23. Embora importante, a presença de um órgão público independente do julgador não é o traço essencial (princípio reitor) à caracterização de um sistema acusatório. Tal posição, inclusive, ostenta um obstáculo histórico intransponível, uma vez que tal distinção apareceu na Ordenação Criminal francesa de 1670, que era um sistema nitidamente inquisitorial.

24. O sistema inquisitório se funda no conceito teórico-ideológico de verdade material, tendo como princípio reitor a gestão da prova nas mãos do magistrado.

25. O sistema inquisitório rege-se pelo princípio inquisitório, que encontra seu fundamento no conceito de verdade real e de gestão da prova.

26. O sistema acusatório é regido pelo princípio acusatório, o qual impõe o banimento da ideia de verdade real, bem como exclui a possibilidade de qualquer atividade probatória do juiz, como forma de garantir sua imparcialidade.

27. O processo acusatório pode ser definido como o instrumento de efetivação da pretensão acusatória, onde se garante a igualdade das partes e a imparcialidade do julgador, mediante seu alheamento à atividade probatória.

28. A gestão da prova pelo magistrado implica em inevitável contaminação de sua imparcialidade, uma vez que lhe possibilita a formação de uma pré-compreensão acerca dos fatos, com a conseqüente busca de provas para justificar seu julgamento prévio, decorrente não dos fatos, mas de suas impressões pessoais, muitas vezes oriunda de uma personalidade narcisista.

29. Mostra-se perigosa e violadora do sistema acusatório a possibilidade de o magistrado exercer qualquer atividade probatória, mesmo que sob o argumento de buscar demonstrar a inocência do imputado.

30. Mostra-se carente de fundamentação a tentativa de manter as características do sistema inquisitório entre nós mediante a artificial distinção entre *adversarial systeme* e *inquisitorial system*, onde a vedação probatória do juiz imperaria apenas naquele último, uma vez que a gestão da prova é princípio reitor do sistema acusatório, não sendo possível a existência de um sistema acusatório onde haja a possibilidade de o magistrado produzir provas de ofício.

31. Em face do princípio acusatório, consagrado implicitamente na nossa Constituição de 1988, mostram-se inconstitucionais os dispositivos legais que conferem poderes instrutórios ao magistrado, possibilitando produza ele provas de ofício (v.g. artigos: 13, II e 156, ambos, do Código de Processo Penal) ou determine medida cautelar independente de requerimento (v.g. artigos: 282, §2º e 4º; 311, ambos, do Código de Processo Penal). É inconstitucional também a concessão de poderes ao magistrado para requisitar a instauração de inquérito policial (artigo 5º, I, do Código de Processo Penal), bem como a titularidade de completar o ato de arquivamento (artigo 28 do Código de Processo Penal).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan-Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. **Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal**. 10ª Ed. Valência: Tirant lo blanch, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARREIROS, José António. **Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1981.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro, I**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan:ICC, 2002.

BINDER, Alberto M. **Justicia Penal y Estado de Derecho**. 2ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. Leite dos Santos. 10ª Ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1999 (reimpressão 2006).

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. texto disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acessado em 24 de maio de 2012.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Milão: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coordenador). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n.º 30, p. 163-198, 1998.

DEU, Teresa Armenta. **Principio Acusatorio y Derecho Penal**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Reimpressão da 1ª Ed. de 1974. Portugal: Coimbra, 2004.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores – revisto e ampliado por Francisco de La Peña**. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: 2ª Ed. Rosa dos tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito**. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 71-79, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1982.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Ensaio em Busca dos Sistemas Processuais Penais**. texto disponível em: http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=10&Itemid=19. Acessado em 05 de maio de 2012.

KHALED JUNIOR, Salah H. **A Ambição de Verdade no Processo Penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real**. Salvador: Podivm, 2009.

KANT, Immanuel. **Prolegómenos a toda a Metafísica Futura**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70.

LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruana (Coordenadores). **A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**: Volume I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal: Tomo I, Fundamentos**. 2ª Ed. 3ª Reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MAIER, Julio B. J. **La Ordenanza Procesal Penal Alemana: Su Comentario y Comparación con los Sistemas de Enjuiciamiento Penal Argentinos, Volumen I**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**: volume I. 1ª Ed. – 2ª tiragem, revista e atualizada por Victor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentário ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coordenadores). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.