

Sistemas Processuais Penais

ARNALDO EURICO SASSO SARAIVA

Especialização em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS.

RESUMO: *Invocando dispositivos entabulados no Código de Processo Penal brasileiro, solidificam-se as inúmeras discussões doutrinárias versantes sobre qual o modelo de sistema processual penal prevalecente na referida normal legal. Portanto, imprescindível se torna o estudo dos três paradigmas de sistemas processuais penais reconhecidos até então pela doutrina processualística penal (acusatório, inquisitivo e misto), a fim de se encontrar qual mais se assemelha com as previsões constantes no processo penal brasileiro.*

PALAVRAS-CHAVE: *Código de Processo Penal brasileiro; discussões doutrinárias.*

ABSTRACT: *Invoking devices entabulados the Brazilian Code of Criminal Procedure, solidify the numerous doctrinal discussions versantes on which model of the criminal justice system prevalent in that usual cool. Therefore, it becomes essential to the study of the three paradigms of systems of criminal procedure hitherto recognized by the doctrine processualistic criminal (adversarial, inquisitorial and mixed) in order to find out which is most similar to the forecasts contained in the Brazilian criminal process.*

KEYWORDS: *Brazilian Code of Criminal Procedure; doctrinal discussions criminal procedural systems.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa ao estudo dos diferentes paradigmas de sistemas processuais penais até então reconhecidos pelos doutrinadores que estudam a matéria processualística penal.

A origem do processo penal encontra-se estritamente ligada ao assunto dos sistemas processuais penais, uma vez que, a partir do conhecimento dos diferentes modelos de processo, torna-se de maior facilidade a compreensão dos porquês de determinadas previsões em um ou outro Código de Processo Penal pelo mundo afora.

Entende-se, a partir de então, os motivos ensejadores de práticas permitidas no transcurso da instrução processual de épocas longinquamente díspares, chegando-se à interpretação de que, aliado às variações ocorridas principalmente após o período Iluminista, o processo penal como um todo passou a adotar previsões cada vez mais consonantes com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com isso, torna-se plenamente justificada a alegação de que o sistema acusatório é o método empregado em países mais democráticos, que têm as garantias do povo elevadas a princípio indisponível da sociedade. Por outro lado, compreende-se, ainda, por que o sistema inquisitivo é relacionado a Estados que possuem regimes autoritários.

A função dos sistemas processuais penais cinge-se, basicamente, nas diferenças constantes em cada modelo de sistema, os quais, por sua vez, foram adotados pelos mais variados países ao longo dos anos, de acordo com a época vivenciada em cada nação.

Logo, se o sistema inquisitivo é o modelo de sistema processual condizente com regimes excessivamente autoritários (como já afirmado), porquanto permitia, entre outros atos bárbaros, a prática da tortura, tem-se que o sistema acusatório é aquele que eleva a pessoa do réu à figura de sujeito de direitos no interior da relação processual.

Com isso, garantias como contraditório e ampla defesa, e, ainda, a possibilidade de julgamento por um julgador imparcial, que não participou das investigações de eventual delito, são frutos de previsões concernentes ao modelo acusatório.

Enquanto isso, a inquisição foi estigmatizada pelo então chamado três em um: ao mesmo magistrado eram asseguradas as tarefas de investigar, acusar e julgar. Além disso, a tortura e o desrespeito à figura do réu também foram traços determinantes para a queda de tal modelo de processo.

Ademais, o estudo do sistema misto servirá como alicerce para se interpretar os inúmeros dissídios doutrinários existentes a respeito. A independência de tal sistema como um modelo autônomo é um dos temas que mais vêm sendo analisados perante os estudiosos do assunto e, por tal razão, faz-se imprescindível sua abordagem no presente estudo.

Dessa forma, o que se propõe nos limites deste trabalho é o estudo dos diferentes tipos de sistemas processuais penais até então reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

O método de abordagem que será utilizado na presente monografia é o dedutivo hermenêutico, partindo-se de uma ideia geral a uma específica sobre o tema. Será utilizada, também, a técnica de pesquisa bibliográfica, baseada na doutrina emanada pelos doutrinadores contemporâneos. Ainda, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal serão de grande valia para a consecução deste estudo.

No primeiro capítulo, será esmiuçado o sistema acusatório, sendo analisadas suas principais características e a atuação de cada ator processual durante a instrução.

Em um segundo momento, estudar-se-á a origem do sistema inquisitivo, além de algumas previsões eminentemente de caráter inquisitório.

Por fim, será o sistema misto estudado de uma forma pormenorizada, devendo alguns aspectos relevantes ser ponderados durante o itinerário.

1 DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Visando a uma melhor compreensão da evolução dos sistemas processuais penais no contexto da história das civilizações, alguns doutrinadores optam por fragmentar o sistema acusatório, preferencialmente, em clássico e contemporâneo. No presente trabalho, será desenvolvido um único conceito afeto aos antecedentes de tal sistema, a fim de possibilitar a facilitação de seu entendimento.

1.1 Antecedentes

A compreensão dos sistemas processuais exige análise de suas origens e evolução histórica. Por tal razão, vão apreciados os antecedentes do sistema acusatório, inicialmente.

O modelo político de cada Estado é fator que justifica a adoção deste ou daquele sistema processual penal.

Nesses termos, a partir do momento em que se cria o Ministério Público, reformula-se a etapa de investigação preliminar do processo penal, conferindo à autoridade policial os poderes de direção da obtenção da prova e, como consequência, retirando do juiz o poder de direção das aludidas investigações. Não se sustenta qualquer dúvida, partindo-se de uma análise superficial do assunto, de que o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988 é o condizente com o modelo político da Democracia.

Em termos de evolução histórica, tem-se que o Egito surgiu na antiguidade como uma das primeiras sociedades politicamente organizadas. Naquela época, o poder de julgar era conferido às mãos dos sacerdotes, sendo que algumas cidades disponibilizavam juízes para um tribunal supremo, encarregado do julgamento de crimes de maior gravidade.

No mesmo período, havia na Palestina três espécies distintas de tribunais, evidenciando desde já a configuração de mais de um grau de jurisdição. Além dos Tribunais dos Três (ao qual incumbia julgar certa modalidade de delitos e todas as causas de interesse pecuniário) e do Tribunal dos Vinte e Três - formado por 23 juízes e existente em todas as vilas com mais de cento e vinte famílias, a Assembleia, também chamada de Sinédrio ou Tribunal dos Setenta, composta por setenta juízes, interpretava as leis da época e, ainda, julgava atos dos senadores, profetas e dos chefes militares, sendo uma instituição estritamente política e judiciária.

Os primeiros registros acusatoriais adotados pelas civilizações demonstram que o Direito Ateniense, ao final do século VI a.C., serviu de estopim para sedimentar uma certa espécie do sistema acusatório. Àquela época, segundo Mauro Fonseca Andrade ¹, ao discorrer a respeito da característica inquisitorial até então vigente naquela região,

o processo estava organizado sob um modelo inquisitivo, onde os magistrados eram encarregados de iniciar, instruir e julgar o processo. Por outro lado, a magistratura era exercida por pessoas notáveis e ricas, cujas atribuições estavam distribuídas entre as figuras do rei, do polemarco e do arconte, sendo este último o que mais notabilidade recebeu ao longo do tempo.

Tal realidade inquisitorial começou a sofrer sua queda no instante em que o povo, já exausto da exclusão e opressão social vivenciadas, rebelou-se contra o sistema oligárquico e passou a exigir uma nova Constituição para Atenas. Incumbido de tal tarefa, Solon, um dos arcontes de Atenas, não só elaborou uma nova Constituição Ateniense como também reformulou os direitos dos cidadãos.

Ao proibir a garantia pessoal pelas dívidas, perdoar débitos até então existentes e abolir a escravidão em relação às pessoas que já haviam se tornado servas em razão de dívidas pendentes, Solon promoveu verdadeira mudança na questão alusiva à forma de entender a justiça e, como corolário, a partir desse momento o sistema acusatório deu início aos seus primeiros passos em meio às civilizações.

Enquanto isso, tem-se que, em Roma, após a instauração da chamada *cognitio*, criou-se a *accusatio* com a finalidade de se apurar algumas infrações penais relativas à ordem pública. Surgia, aí, a primeira forma acusatória instituída à época, dotada da exigência de que nenhum cidadão seria levado a juízo sem uma acusação: *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*.

Invocando tal princípio, magistrados passaram a assumir atribuições até então asseguradas apenas aos particulares, chegando-se ao radicalismo de se concentrarem em um mesmo órgão Estatal as funções que atualmente competem ao Ministério Público e ao juiz (problema, aliás, evidenciado quando da adoção do sistema inquisitivo). Como consequência, a impunidade do criminoso, aliada à deturpação da verdade e à impossibilidade de julgamento, em muitos casos, acarretou a queda de tal sistema.

Evoluindo até os séculos XVII e XVIII, verifica-se que, amparado na inspiração Iluminista, iniciou-se o período moderno de administração da justiça, reduzindo-se e amenizando-se as características inquisitoriais dos processos penais.

Destarte, de acordo com Geraldo Prado ², "a transição política e cultural da monarquia para a República teve repercussão no campo do processo penal, por meio da abolição da tortura e da adoção de um sistema processual inspirado nos aplicados pela Roma Republicana e pela Inglaterra".

Com surgimento após a Revolução Francesa, em 1789, o novo sistema inovou e instituiu no processo penal uma repartição em duas fases. Na primeira, chamada de instrução, havia a figura do juiz-instrutor, o qual atuava com o fito de preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda, denominada juízo, todos os atos eram praticados publicamente, perante um tribunal colegiado, com a controvérsia e o debate entre as partes, buscando-se a equidade entre os litigantes.

Assim, a partir de agora, no presente trabalho, o sistema acusatório predominante no Direito Processual Penal brasileiro (ao menos na visão de alguns juristas) passará a ser analisado de uma forma mais pormenorizada, estudando-se, em um primeiro momento, suas características, e posteriormente analisando-se as partes envolvidas no processo.

1.2 Características

Toda conduta humana é, direta ou indiretamente, ditada pelo Direito. Logo, necessário ressaltar que o Direito surgiu com o propósito de regular a vida da sociedade e, portanto, as condutas e atitudes dos sujeitos envolvidos na relação processual, acrescidas ainda do modelo político de cada Estado (conforme adrede mencionado), são os fatores determinantes para se definir os vários modelos processuais.

Assim, o antagonismo das tarefas dos sujeitos envolvidos na relação processual referenciado nos dois modelos de sistemas (acusatório e inquisitivo) é que servirá de pilar para a perfeita concretização do estudo de tais paradigmas. É desse antagonismo, portanto, que devem ser extraídas as diferenças.

Prefacialmente, a análise das características do sistema acusatório será feita de acordo com o entendimento da doutrina contemporânea, começando por Aury Lopes Júnior ³:

Na atualidade, a forma caracteriza-se pela: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação quanto de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é uma regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social da coisa julgada); j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Não destoando da mesma percepção, Gilberto Thums ⁴, ao citar o doutrinador argentino Julio Maier, elenca as seguintes características inerentes ao sistema acusatório:

1) exercício da jurisdição penal por um órgão estatal como árbitro entre as partes em litígio, a quem incumbe decidir sobre o embate travado entre acusador e acusado; 2) persecução penal a cargo de uma instituição estatal, o acusador; 3) acusado, colocado em posição de igualdade com o acusador, dotado de direitos e garantias fundamentais; 4) procedimento ou rito processual, constituído pelo debate público, oral e contínuo e contraditório; 5) valoração da prova baseada no sistema da íntima convicção, sem vinculação à prova legal, e sem necessidade de fundamentar o voto; 6) sentença colegiada proferida por maioria de votos.

Ainda, ao citar obra de Fernando Gonçalves, Mauro Fonseca Andrade ⁵ explica tal sistema:

O modelo acusatório procura promover uma igualdade de poderes entre a acusação e a defesa na atuação processual, estando o juiz numa atitude passiva de forma a que o julgamento decorra de modo independente, numa posição super partes, preocupado apenas com a apreciação de forma objetiva do caso concreto. O juiz surge como um árbitro superior e independente que disciplina o duelo judiciário entre acusação e defesa, promovendo o respeito dos princípios do contraditório, da publicidade e da oralidade.

E finalizando, Fernando da Costa Tourinho Filho ⁶ caracteriza o sistema acusatório da seguinte maneira:

a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo (*ne procedat iudex ex officio*); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois *non debet licere actori, quod reo non permittitur*; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado.

Da análise das características citadas pelos doutrinadores supramencionados, infere-se que o sistema acusatório surgiu com o propósito de defender os direitos fundamentais do acusado, em contraponto à possibilidade de arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo.

Trata-se, na verdade, de um modelo totalmente garantista, que assegura uma instrução processual fixada nos princípios do contraditório e da ampla defesa, tratando-se o processo em si de um meio público e oral que visa à busca da verdade real, bem como à perfeita realização da Justiça.

Com base em tais considerações, e, ainda, invocando os resultados obtidos com a aplicação de ambos os sistemas a serem estudados (inquisitivo e acusatório), assegura-se que os regimes autoritários adotam o sistema inquisitivo, enquanto nos Estados democráticos predomina o sistema acusatório, eis que estruturado a partir de um sistema de garantias do acusado.

Apenas a título de consignaço, registra-se que neste momento do trabalho não será considerado o alcance ou não do Estado Democrático de Direito pretendido pela Constituição Federal de 1988. Não se desconsideram as inúmeras posições e os relevantes estudos a respeito da Democracia do Estado Brasileiro, todavia, por ora, levar-se-á em conta o objetivo puro do legislador constitucional, apenas.

Citadas e consideradas as características acusatoriais, passar-se-á à análise dos sujeitos envolvidos na relação processual corroborada pelo sistema acusatório, fazendo-se um estudo apartado das diferentes tarefas concentradas nos transcurso da instrução processual (acusar, defender e julgar).

1.3 Sujeitos

Não obstante ainda não haja uma análise profunda e concreta afeta ao sistema acusatório, da leitura do presente trabalho, até aqui, verifica-se que tal sistema foi estigmatizado, entre outras medidas, pela radicalidade trazida em relação às tarefas pretendidas a cada sujeito envolvido no processo penal. Ao tempo que alhures as tarefas de acusar, defender e julgar encontravam-se todas nas mãos do juiz, ora tais atitudes vêm direcionadas a uma tripartição de elementos constantes no embate judicial.

Sendo assim, o objetivo pretendido com este tópico é, além de facilitar a compreensão, promover o entendimento de cada um dos atores processuais. A começar, então, pela tarefa que, segundo o sistema acusatório, ostenta o condão de dar início ao processo penal: a acusação.

1.3.1 Acusação

Tida como o elemento constitutivo primordial do paradigma teórico acusatório, a absoluta separação das tarefas de acusar e julgar deve ser considerada, sem vias de dúvida, o pressuposto estrutural e lógico do sistema.

De início, é necessário registrar que o pressuposto estrutural e lógico do sistema mencionado no parágrafo anterior não deve ser compreendido como a mera existência de uma acusação como meio de início ao processo. O ferrete do sistema acusatório deve ser interpretado com vistas à existência da separação da tarefa de acusar e julgar, apenas.

A acusação, por si, não se fazia ausente nos paradigmas do sistema inquisitivo, e, portanto, não foi trazida com as características do sistema acusatório. A disparidade dos sistemas reside na simples exigência de que aquele que acusa não poderá ser o mesmo que irá eventualmente julgar - acusatório, enquanto o sistema inquisitivo previa a alternativa de acusação de ofício por parte do juiz. Logo, invocando o fato de que a simples acusação já vinha prevista nos recônditos do sistema inquisitivo, o entendimento de que deve ser ela (acusação) considerada o principal marco do sistema acusatório é equivocado em razão de um simples exercício de hermenêutica. A novidade acusatória não é a acusação, e sim o acusador distinto do julgador.

Para o Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul Mauro Fonseca Andrade ^Z,

por possuir um nítido caráter secundário e polivalente, a acusação não serve, por si só, para figurar entre os elementos fixos do sistema acusatório. Ao final, somente o acusador, formal e materialmente distinto do juiz, pode ser um elemento fixo do sistema acusatório, com o qual não se permitiria em nenhum momento participação na configuração da acusação.

Mesmo assim, tratando-se, em princípio, de questão já elucidada, ainda há na doutrina divergência a respeito da possibilidade de o órgão acusador poder ser elevado à categoria de caráter acessório no contexto do sistema acusatório. Da análise da questão, nota-se que a tarefa de acusar retirada do juiz e atribuída a um distinto órgão é, sim, o estigma principal a referenciar tal sistema, devendo qualquer entendimento contrário ser refutado e combatido peremptoriamente.

Ao que parece, há uma evidente inversão por parte daqueles que defendem a acessoriedade do órgão acusador em termos de acusatoriedade. Na verdade, resquícios inquisitoriais demonstram que, em matéria de acusação, era assegurada a possibilidade de se atribuir certa conduta criminosa por meio de três formas: a) *notitia criminis*; b) de ofício pelo juiz; ou então c) por meio de uma acusação formal. Sendo assim, a simples alternativa de se oferecer acusação formal é que sobressalta o caráter acessório trazido no sistema inquisitivo, não parecendo razoável, para fins de conceituação, afirmar que não seja a separação das tarefas de acusar e julgar o principal marco do sistema acusatório no processo penal.

Feito o apertado - mas necessário - comentário, assegura-se que a acusação no processo penal tem de atender a pelo menos três requisitos: o primeiro é a imprescindibilidade de individualização do acusado; o segundo, por sua vez, é a descrição do fato ilícito praticado; e o terceiro e derradeiro é o correlato postulado de sanção ao acusado. Passa-se a examinar, doravante, tal instituto.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público foi elevado à instituição indispensável à administração da justiça, sendo-lhe atribuído o monopólio da ação penal pública.

Ao comentar a existência de um órgão estatal com atribuição constitucional para promover a propositura da ação penal (exceto a privada e a subsidiária da pública), Gilberto Thums ⁸ ressalta:

Se há um órgão estatal, organizado e estruturado por lei, em quadro de carreira, com atribuição exclusiva de promover a ação penal pública, está proibido o juiz de assumir o papel de acusador. O interesse público do processo no que diz respeito à acusação esgota-se na atuação do Ministério Público.

Ademais, a atribuição destinada ao Ministério Público para promover a ação penal pública deve ser exercida em concordância com os princípios inerentes ao Direito Processual Penal brasileiro. Sobre a matéria, a crítica da doutrina reside na questão da obrigatoriedade da propositura da eventual ação penal por parte do membro do *Parquet*.

De início, registra-se que o direito de ação no processo penal não se limita ao impulso inicial do processo, bem como o direito de defesa não se restringe aos recursos e exceções, mas sim a todo um conjunto de garantias que devem ser observadas. Além do simples oferecimento da denúncia visando à condenação de determinado indivíduo, a tarefa de acusar implica em referir-se a uma função e ainda a um órgão, a um conjunto de atos e a um determinado sujeito.

Ainda, ao clarificar a tênue distinção entre acusação e ação penal condenatória, Geraldo Prado ⁹ assim assegura:

É necessário ter em mente que a acusação cuida da atribuição de uma infração penal, em vista da possibilidade de condenação de uma pessoa tida provavelmente como culpável, enquanto a ação penal consiste em ato da parte autora, concretizado por sua dedução formal em juízo.

O problema evidenciado na doutrina relativo à correlação do princípio da obrigatoriedade da ação penal com a atribuição do Ministério Público em promovê-la, restringe-se na seguinte situação: a denúncia passa a ser obrigatória, ou não, pelo Promotor de Justiça? *Prima facie*, poder-se-ia aduzir que se trata de questão vulgar e até mesmo desprezível a ser levada em consideração em um trabalho de conclusão de curso. Todavia, ao consultar doutrinadores que tratam da questão, verifica-se que nem tão ululante parece transparecer tal discussão. Portanto, vai apreciada.

É indiscutível a ligação, dentro da matéria afeta à acusação no processo penal, de pelo menos três princípios: a) obrigatoriedade da ação penal; b) discricionariedade; c) irrevogabilidade da ação penal por parte do acusador.

Com base nessas três premissas, constrói-se a atual situação da tarefa de acusar. Não é crível e tampouco possível submeter o Promotor de Justiça a uma transformação em acusador sistemático, desconhecedor dos inúmeros direitos e garantias que formam o modelo garantista dos Estados Democráticos de Direito. Assim, cai por terra qualquer alegação da absoluta aplicação do princípio da obrigatoriedade. Antes de se vislumbrar qualquer *notitia criminis* temerária, consistente em conjecturas e presunções, e, então, apresentar denúncia, deve o Ministério Público lembrar que a si também incumbe a tarefa de fazer valer os dispositivos constitucionais. O Processo Penal não se constitui de meras conjecturas. Da mesma forma, a única presunção que o sistema conhece é a presunção de inocência, não podendo o indiciado sofrer a aplicação prejudicial de probabilidades a ensejar oferecimento de denúncia.

Por tais razões, alega-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal deve ser mitigado, e sua existência não impõe qualquer compulsoriedade de mover a ação penal diante da notícia crime que lhe é fornecida.

Conforme Gilberto Thums ¹⁰:

O princípio da obrigatoriedade, fundante da ação penal pública, não pode ser entendido como vinculação compulsória do Ministério Público ao oferecimento da ação penal. Necessário perquirir sobre a existência dos elementos subjetivos do tipo penal, como a existência de dolo, ou um especial fim de agir do agente ou ainda, nos crimes culposos, a demonstração dos elementos identificadores da culpa, sob pena de tornar-se o fato atípico e a denúncia, inepta.

Ao órgão acusador não é permitido transformar uma possibilidade em uma única e absoluta arbitrária deliberação de acusar. Desta forma, há quem defenda o estabelecimento de um estatuto processual próprio, que defina claramente a forma de solução dos conflitos, por meio de um instrumento legítimo, uma vez que o Código de Processo Penal de 1941 foi elaborado sob inspiração autoritária, fascista e de defesa social.

Invocando a titularidade exclusiva da ação penal pública, a consequência é a obrigatoriedade do Promotor de Justiça de manifestar-se diante da *notitia criminis* relatada, não significando que a denúncia venha a ser a única hipótese de manifestação ministerial, podendo a promoção de arquivamento ser o caminho da atuação.

Aliás, Luigi Ferrajoli ¹¹, ao escrever sobre o princípio da obrigatoriedade em termos de acusação, aduz que "é de fato completamente absurda a figura de um acusador público não sujeito à lei e dotado de poder de escolher arbitrariamente quais violações penais são merecedoras de perseguição ou ainda de predeterminar a medida da pena pactuando com o imputado".

Prosseguindo, manifesta-se o supramencionado doutrinador italiano ¹²:

Por obrigatoriedade da ação penal não se deve entender, como se tem dito a propósito da "não derrogação" do juízo, um irrealizável dever de proceder em todo crime "leve" ou "oculto", mas só a obrigação dos órgãos de acusação pública de promover o juízo para toda *notitia criminis* que vier a seu conhecimento - ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade.

Portanto, evidencia-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal, assim como toda e qualquer norma dentro do emaranhado jurídico de determinado Estado, deve ser interpretado pelos operadores do Direito de uma forma mitigada, em repleta consonância com o objetivo estampado na Constituição Federal de 1988, sob pena de se estabelecer e garantir uma injusta e temerária acusação compulsória.

Destarte, da leitura do subtítulo destinado exclusivamente à acusação, o que se infere, basicamente, é o seguinte: a) trata-se do meio pelo qual se inicia o processo penal; b) a destinação das tarefas de acusar e julgar a órgãos distintos deve ser compreendida como o pressuposto estrutural e lógico do sistema acusatório; e c) o princípio da obrigatoriedade da ação penal deve ser interpretado de maneira mitigada, tratando-se de mera exigência de manifestação por parte do órgão ministerial, não devendo ser necessariamente apresentada denúncia contra acusados de crimes no processo penal.

Depois de tais ponderações, encerra-se a análise da acusação, passando-se ao estudo da tarefa que, ao lado do acusado, mais beneficiada foi pelo aparecimento do sistema acusatório no mundo inteiro: a defesa.

1.3.2 Defesa

A marca característica da defesa no processo penal está exatamente em participar do procedimento, perseguindo a tutela de um interesse que necessita ser o contrário daquele a princípio consignado à acusação, sob pena de o processo converter-se em instrumento de manipulação política de pessoas e situações. Assim, quanto maior for a relevância atribuída ao papel da defesa no transcurso da instrução processual, menos autoritário e mais garantista será o sistema processual.

É ululante e incontroverso o fato de que o sistema acusatório traz em seu bojo um complexo de normas e princípios que visam assegurar o máximo de garantias possíveis ao acusado. Além disso, da interpretação das normas e princípios do referido sistema denota-se que o processo penal em si não se trata de um método a ser utilizado na prática de levar as pessoas às cadeias, apenas. Acima disso, existem regras e princípios a serem seguidos e que, por consequência, constituem o tal Estado Democrático de Direito pretendido pela Constituição Federal de 1988.

Com essas minuciosas linhas escritas, procura-se abrir caminho ao estudo de uma das garantias que, sem dúvida, deve muito às características acusatorias ora vigentes em muitos Códigos de Processo Penal de variados países.

Ver-se-á mais à frente que durante o sistema inquisitivo a defesa era considerada um obstáculo ao processo, e não um direito do acusado. Ademais, a busca da verdade real era propiciada à acusação em detrimento demasiado às condutas defensivas praticadas durante a instrução. Em outras palavras, direitos hoje previstos como a possibilidade de realização da perícia por ambas as partes, eram considerados despiciendos à defesa em razão da morosidade que poderia acarretar à condenação do acusado.

Em termos atuais, a dialética processual somente se concretiza com a hipótese de respeito às garantias processuais penais constitucionais, as quais, por sua vez, vêm asseguradas com a possibilidade de oferecimento de uma defesa integral, justa, igualitária e eficaz.

Aliás, o pleno exercício de defesa não se restringe à presença física de um defensor em uma cadeira situada no interior de uma sala de audiências. A pessoa que irá representar os direitos e as garantias do acusado deve ser considerada capacitada para os fins a que seu trabalho se destinará. Resumindo, os atos praticados pelo defensor do réu em processo criminal não devem ser incompatíveis com as possibilidades de defesa de seu cliente.

A propósito, Gilberto Thums ¹³ tece alguns comentários de grande valia a respeito do assunto, os quais a seguir vão transcritos:

Significa falta ou ausência de defesa a não prática de atos imprescindíveis ao exercício da defesa do réu. Não se trata da ausência física do defensor, mas da inércia deste ou da prática de ato incompatível com seu mister. A deficiência de defesa seria o mau desempenho da defesa técnica, sustentando teses incompatíveis com o quadro probatório ou destituídas de lógica jurídica.

Ainda sobre o tema, prossegue o mencionado Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ¹⁴:

No Estado Democrático de Direito, o acusado é considerado na relação processual como a parte mais fraca, diante do aparato estatal do Ministério Público para promover a ação penal. Por isso que a defesa técnica deve ser levada a efeito por profissional qualificado.

Com essa ideia, a defesa técnica no sistema garantista ostenta o ônus de realizar uma defesa efetiva a fim de não permitir a quebra da *par conditio*, uma vez que a paridade de armas é marca registrada do referido sistema.

Ao discorrer sobre as restrições às informações obtidas ao longo da fase investigatória, Geraldo Prado ¹⁵ alega:

As estratégias de combate à criminalidade organizada, por meio da infiltração de agentes policiais, do estímulo à cooperação de arrependidos e, principalmente, por conta das restrições que impõem à publicidade interna do processo, negando ao imputado participação nos procedimentos preliminares, mesmo quando se trata de medidas de natureza cautelar, correspondem a métodos pré-modernos de atuação da justiça penal cujo propósito é tornar efetivo o direito penal a qualquer custo.

A garantia do contraditório é fator condicionante à plena atuação do sistema acusatório. Logo, a restrição publicitária tão seguidamente mencionada para justificar o sigilo do procedimento afeta diretamente a possibilidade do contraditório. Como corolário, as atuações defensivas restam gravemente debilitadas, obstando, muitas vezes, o acusado ou seu defensor de terem conhecimento de atos importantes, de poderem contrariá-los e, como não poderia deixar de ser, de exercer direito constitucional de contraditar os atos praticados até mesmo na fase investigatória.

Por essa razão, afirma-se que os atos de natureza cautelar que são levados a cabo sem audiência prévia da parte contrária dependerão do contraditório para estarem revestidos de validade jurídica.

Finalizando, a radicalidade das mudanças introduzidas pelo sistema acusatório é uma das questões que mais invoca e permeia discussões no mundo doutrinário e jurisprudencial contemporâneo. Hodiernamente, verifica-se não tão raro a atuação de juízes que relacionam a instrução processual com métodos obsoletos, os quais, amparados muitas vezes sob a vetusta desculpa da "busca da verdade real", castram direitos assegurados aos réus por um sistema processual corroborado implicitamente (ou expressamente, como queira) pela Constituição Federal de 1988.

1.3.3 Juiz

O cerne do modelo acusatório depende da real imparcialidade do julgador, que é fruto de meditada e consciente opção entre as hipóteses propostas por ambas as partes, em relação às quais se manteve equidistante durante a instrução processual.

Assim, um dos principais problemas enfrentados pelo Código de Processo Penal brasileiro de 1941 com relação à plena configuração do sistema acusatório tem a ver com a atuação da figura do juiz no processo penal.

A doutrina, na hipótese, encontra-se dividida. Que o fito do processo é a busca da justiça é fator incontroverso e indiscutível. Com essa lógica, há quem defina o seguinte: no instante em que se abstrai do juiz os poderes de produção de prova ofício, terá o magistrado de julgar o caso amparado na iniciativa probatória advinda das partes. Sendo assim, obviamente existirá o risco de ter o juiz que julgar um caso alicerçado nas provas quiçá falsas produzidas pela acusação ou defesa.

No caso, muito embora esteja o magistrado verificando que a prova produzida encontra-se carente de verdade que ampare eventual decisão, nada poderá determinar visando à obtenção de prova diversa, sob pena de ferir sua imparcialidade.

Por tal razão, a crítica cinge-se no fato de que não se estará praticando justiça alguma em um caso como o explicitado em linhas anteriores. Pelo contrário: se vigorar a absoluta impossibilidade de produção de provas de ofício por parte do julgador, abre-se brecha para a injustiça alcançar grande número de decisões no processo judicial em razão das inverdades produzidas pelas partes e não corrigíveis ou substituíveis por parte do julgador.

Por outro lado, há os que defendem que, enquanto não se extinguir essa tal hipótese de produção de provas de ofício, jamais o sistema acusatório restará configurado no Processo Penal brasileiro. Pode-se nominá-lo de inúmeras maneiras, mas de sistema acusatório puro, não.

Mutatis mutandis, tem-se que a imparcialidade do julgador é imprescindível à garantia de justa decisão no processo penal. Implicitamente incluída na questão alusiva à imparcialidade, encontra-se a impossibilidade de produção de provas de ofício.

Com esse entendimento, passa-se a analisar brevemente o papel do juiz no decurso da instrução processual.

A imparcialidade do juiz requer ausência de qualquer interesse na causa, quer particular, quer público ou institucional. A conduta do magistrado que pratica atos de ofício coloca-o em uma situação de desprezo em relação às partes envolvidas na relação e, acima disso, acende a fogueira acerca de sua imparcialidade.

Gilberto Thums ¹⁶ procura descrever um modelo de juiz do sistema acusatório da seguinte forma: "Para o modelo acusatório, não basta a existência de órgãos distintos de acusação, defesa e julgamento; é necessária uma total imparcialidade do juiz, que não pode ter preconceitos nem pré-julgamentos sobre a matéria em debate".

Pelo que se vê, do cotejo das tarefas de acusar, defender e julgar verifica-se que o alcance do paradigma de julgador do sistema acusatório somente restará configurado se não estiver ele desde logo psicologicamente envolvido com uma das versões em jogo.

O processo, como meio de solução de conflitos oriundos do convívio social, ostenta poder de regular de certa forma a vida dos cidadãos em geral. Assim, não se justifica a existência de um julgador que, muito antes de tomar ciência das eventuais provas a serem produzidas pelas partes, já possui tendência de direcionar a decisão a um ou outro lado da relação.

É necessária, por parte do Poder Judiciário - juiz, a transmissão de seguranças e garantias às pessoas que eventualmente estão sendo julgadas por meio de um processo criminal. Estes resultados, por sua vez, somente serão alcançados se o juiz que irá julgar a causa estiver revestido de confiança atribuída a ele pelas partes.

Tal confiança exigida é adquirida por meio de um minucioso processo de formação da conduta exclusiva do órgão julgador. Aquele juiz que antecipadamente está em condições de ajuizar a solução para o caso penal, na prática, torna dispensável o processo, pois tem definida a questão independentemente das atividades probatórias das partes, comportamentos processuais que devem ser realizados publicamente e em contraditório.

Geraldo Prado ¹⁷ faz relevante consideração a respeito da exigência do juiz imparcial, nos seguintes termos:

Ocorre que o devido processo legal só constitui, de fato, mecanismo civilizado de resolução de causas se o resultado não puder ser determinado antecipadamente, isto é, só há processo penal real se no início do procedimento ambas as teses puderem ser apresentadas em condições de convencer o juiz.

Por todas essas, compreende-se que o processo penal só alcançará os fins a que se destina no instante em que a figura do magistrado estiver totalmente independente quando da apresentação da acusação por parte do Ministério Público. Aquele juiz que forma sua convicção apenas com base nas provas produzidas até então na fase investigatória está destituído de legitimidade para atuar no deslinde da contenda.

Ademais, e aqui para finalizar este tópico (e também o capítulo), ao julgador não é suficiente parecer honesto; terá de sê-lo na origem de sua concepção, inclusive do ponto de vista intelectual, sob pena de ferir os interesses das partes litigantes.

2 DO SISTEMA INQUISITIVO

No momento em que se analisou o sistema acusatório no presente trabalho, os antecedentes do referido sistema serviram de estopim para a consecução do estudo. Aqui, no sistema inquisitivo, não será díspar. Antecedentes, portanto, vão analisados primeiramente.

2.1 Antecedentes

Encontra-se no direito canônico o germe do desenvolvimento da inquisição.

Para compreender a inquisição, é necessário situá-la em um espaço-tempo, considerando o comportamento da igreja. O fato que marcou a consolidação do sistema inquisitivo não foi sua recepção pelo poder central romano, mas sim a assunção do cristianismo à condição de religião oficial, durante o império de Constantino.

Assim, no princípio, a igreja adota o procedimento acusatório, sendo que, posteriormente, sob a justificativa de combater os não cristãos, torna-se imperioso criar um sistema com maior eficácia, de maior celeridade e mais autoritário. Neste momento, então, surge a inquisição.

Nas palavras de Gilberto Thums ¹⁸:

O Direito romano imperial serviu de fonte jurídica para a inspiração dos elementos estruturais da Inquisição do Santo Ofício, que se encarrega de aperfeiçoar o sistema inquisitivo para o direito canônico a partir do século XIII, quando a igreja católica expande sua área de influência sobre a jurisdição civil ao tornar-se religião oficial dos mais importantes países europeus.

No momento em que Inocêncio III modifica o direito canônico, introduzindo a Inquisição com o fito de investigar as condutas dos clérigos, e, a partir daí, admite a denúncia anônima para dar início ao procedimento penal, abole-se o sistema acusatório.

O papel da igreja católica na imposição do sistema inquisitivo no mundo inteiro foi ressaltado sob o argumento de que o direito canônico valeu-se dos princípios do sistema inquisitivo e aprimorou os procedimentos processuais adequados à época aos tipos de ilícitos que buscava punir.

Mauro Fonseca Andrade ¹⁹ ressalta a relevância do papel da igreja católica na adoção do sistema inquisitivo nos seguintes termos:

A crescente expansão da Igreja Católica por toda Europa continental, e sua necessidade de se consolidar como religião oficial, a fim de não permitir a progressão de outras manifestações religiosas, fez com que a caça aos hereges se transformasse em seu principal objetivo. Por essa razão, mas também motivado pela depravação do clero, Inocêncio III abandonou o modelo de processo acusatório, e fez ressurgir o modelo de processo inquisitivo, com a consagração do brocardo *Tribus modis procesit possit: per accusationem, per denuntiationem, et per inquisitionem*, sendo que o processo *per inquisitionem* deveria ter seu início nos casos de clamor público.

No intuito de estabelecer métodos de aplicação da inquisição então adotada à época, a igreja católica utilizou-se de uma espécie de guia aos inquisidores que estabelecia os traços a serem atendidos e seguidos por seus aplicadores. O chamado Manual dos Inquisidores, documento que abarcava leis, jurisprudência, formulários de autos e modelos de decisões, tratava-se de consulta obrigatória a todos os inquisidores da época em razão da estreita legalidade que deveriam obedecer nos processos.

Com tais inovações, o sistema inquisitivo se alastrou pelo mundo inteiro, sendo que na França encontrou certa resistência no decorrer da primeira metade do século XIV. Porém, no ano de 1670, com a chegada das Ordenações Filipinas, tal procedimento foi reconhecido e a jurisdição real atingiu a classe dos senhores feudais no referido país.

Nos termos das Ordenações, além de a persecução penal tornar-se evidentemente pública (sem, contudo, impedir o procedimento de ofício), a ausência do contraditório, a forma escrita e, ainda, o sigilo na investigação foram elevados à categoria de princípios indisponíveis.

Assim, o sistema inquisitivo predominou em toda a Europa Continental por mais de seis séculos, somente perdendo forças a partir do Iluminismo, ocasião na qual todo e qualquer ato jurídico passou a ser elaborado e exercitado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Brevemente considerados os antecedentes do sistema inquisitivo especificamente, passa-se ao estudo acerca das características de tal sistema.

2.2 Características

Inúmeras são as características do sistema inquisitivo. Assim, por uma questão didática, adotar-se-á como critério para estudo a separação em princípios fixos e removíveis do referido sistema, passando-se a pormenorizá-los nas mais variadas experiências mencionadas pelos doutrinadores que estudam a matéria.

Em um primeiro momento, da mesma forma como quando da análise do sistema acusatório, aqui, no sistema inquisitivo, entendimentos da doutrina contemporânea serão transcritos com o fito de compreensão dos paradigmas deste sistema processual penal.

Fernando da Costa Tourinho Filho ²⁰ abre a porta para a realização do estudo:

O processo de tipo inquisitivo é a antítese do acusatório. Não existe o contraditório, e, por isso mesmo, inexistem as regras da igualdade e da liberdade processuais. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma só pessoa: o juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, afinal, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado à tortura. O processo é secreto a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação que se transfigura e se transforma em objeto do processo e não em sujeito de direito.

Para Julio Fabbrini Mirabete ²¹, "inexistem regras de igualdade e liberdade processuais, o processo é normalmente escrito e secreto e se desenvolve em fases por impulso oficial, a confissão é elemento suficiente para a condenação, permitindo-lhe, inclusive, a tortura".

Na opinião de Gilberto Thums ²², as características marcantes do sistema inquisitivo foram as seguintes:

1) toda a jurisdição penal está nas mãos do soberano, sendo este poder delegado, na maioria das vezes, aos juízes, que são subordinados ao monarca ou príncipe; 2) a persecução penal se confunde com a de julgar, isto é, a mesma pessoa que investiga e acusa é a que julga, o inquisidor; 3) o acusado é considerado um objeto da investigação, sem possibilidade de defender-se e ainda tem o ônus de autoincriminar-se, normalmente pela utilização da tortura; 4) o procedimento é secreto, traduzido em atas, nas quais se baseia a sentença, não há debates, contraditório ou direito de defesa, sendo a instrução descontínua, isto é, à medida que surgem elementos de prova, são reduzidos em atas e anexadas ao processo; 5) as provas são produzidas e valoradas segundo previsão legal, uma vez que impera o sistema legal de provas, por exemplo: uma testemunha não pode provar um fato (predomina o princípio do Direito romano: *testis unus testis nullus*); tudo é disciplinado para reduzir o poder discricionário do juiz, ou seja, retirar a independência do julgador na apreciação das provas; sobressai o valor da confissão do acusado, que deve ser buscada a qualquer custo, ainda que mediante suplício (ponto máximo da inquisição); 6) possibilidade de apelação a um órgão jurisdicional superior, com devolução da matéria controvertida, isto é, o recurso possui efeito devolutivo.

Na visão de José Frederico Marques ²³, a característica primordial do sistema inquisitivo se sobressalta "quando o juiz exerce, além da função de decidir, que lhe é própria, mais uma outra das restantes, ou, na verdade, todas elas. No sistema inquisitivo não existe processo penal, mas tão-só procedimento de auto-tutela penal do Estado".

E, pondo fim à análise doutrinária a respeito das características, Mauro Fonseca Andrade ²⁴ conceitua o sistema inquisitivo com os seguintes elementos:

a) o acusador é prescindível ao processo, o que não implica sua completa exclusão do sistema inquisitivo; b) o processo pode ser instaurado com o ajuizamento de uma acusação, *notitia criminis* ou de ofício; c) o órgão encarregado de julgar está formado por funcionários públicos, abandonando-se o modelo que admitia representantes do povo; d) a persecução penal é regida pelo princípio de oficialidade; e) o procedimento é secreto, escrito e sem um contraditório efetivo; f) há desigualdade entre as partes; g) a obtenção das provas é uma tarefa inicial do juiz, ao invés de ser confiada exclusivamente às partes; h) o juiz que investiga também julga; i) o sistema de provas é o legal, com sua divisão em prova plena e semiplena; j) para a obtenção da prova plena, admite-se a tortura do imputado e de testemunhas; l) a possibilidade de defesa quase nula; m) possibilidade de recurso contra a decisão de primeira instância; e) nulidade como consequência da inobservância das leis e formas estabelecidas.

Destarte, trata-se, na sua essência, de um sistema excessivamente autoritário, aplicado na sua forma original em épocas de reinados nos Estados pelo mundo afora. Ao analisar suas características, percebe-se que o acusado, além de não ostentar nenhuma garantia pessoal ou processual, era tratado como um dos métodos utilizados à obtenção da prova no processo penal. Aliás, conforme visto anteriormente, prova essa com caráter de rainha perante as demais previstas nos regulamentos da época, porquanto o sistema de valoração probatória era o da prova tarifada.

Como consequência, amparado sob a vetusta e malfadada "busca da verdade real", o juiz-inquisidor perseguia veementemente durante toda a instrução processual a obtenção da confissão do acusado, dispondo até mesmo da prática da tortura à consecução da condenação criminal.

Além disso, verifica-se que tal sistema trouxe como sua característica principal a reunião, em uma única pessoa, das tarefas de acusar, defender e julgar. Desta forma, ao contrário do que se esperava, foi estigmatizado pelas inúmeras arbitrariedades perpetradas por parte do órgão julgador, o qual dispunha, na verdade, do poder absoluto de destinar o julgamento a um lado ou outro.

Ao lado disso, a investigação policial era dividida em duas etapas: a primeira visava às provas relativas à materialidade do delito; a segunda, à autoria. Quanto à acusação, tratava-se de etapa desnecessária, considerando que era possibilitada à figura do magistrado agir de ofício.

Fernando da Costa Tourinho Filho ²⁵ resume bem o procedimento adotado pelo sistema inquisitivo da seguinte forma:

A acusação fora abolida nos crimes de ação pública. Abolida, também, fora a publicidade do processo. O juiz procedia *ex officio* e em segredo. Os depoimentos das testemunhas eram tomados secretamente. O interrogatório do imputado era precedido ou seguido de torturas [...]. Nenhuma garantia era dada ao acusado. Uma simples denúncia anônima era suficiente para se iniciar um processo. Não se permitia defesa, sob a alegação de que esta poderia criar obstáculos na descoberta da verdade.

Assim sendo, amplamente raciocinando, estipula-se que as marcas do sistema inquisitivo poderiam constituir-se da seguinte forma: a) ao juiz era assegurada a possibilidade de iniciar o processo de ofício; b) a desigualdade entre as partes era ululante e predominava durante todo o transcorrer processual; c) a prova tarifada era o sistema de valoração das provas produzidas; d) previsão da possibilidade de produção probatória por parte do juiz-inquisidor; e) realização da tortura na obtenção da confissão oriunda do acusado; e f) ineficácia da figura do defensor do acusado diante da inexistência de garantias previstas.

Caracterizado o sistema inquisitivo, serão abordados a partir de agora alguns traços marcantes encontrados durante o período da Inquisição, os quais, como corolário, constituem-se em ferretes originais de tal sistema.

2.3 Caráter prescindível do acusador

A matéria que será a seguir abordada já foi outrora mencionada no presente trabalho, quando do exame do papel da acusação incluída no conceito do sistema acusatório. Todavia, e até mesmo a fim de não se deixar levar em pleonasma, ora será vista com certa especificidade na questão inquisitorial, exclusivamente.

De tudo que será abordado à frente, uma coisa se extrai como absolutismo incontroverso: o chamado *actum trium personarum* é, indubitavelmente, requisito indispensável à conceituação da natureza processual de qualquer sistema processual.

Com esse arrazoado, invocando uma suposta ausência da tripartição de tarefas no contexto do sistema inquisitivo, alguns doutrinadores chegam a mencionar que no referido sistema não fora encontrada uma exata natureza processual.

No fito de abordar tal questão, começar-se-á do princípio. Em um primeiro momento, não há como negar que a figura de um acusador, por si só, não é o que leva à exclusão completa da possibilidade inquisitória na hipótese.

O complexo de princípios que regula o sistema inquisitivo prevê, na verdade, a faculdade da ação penal ter início com a apresentação de uma acusação formal advinda da figura do acusador desde já existente. Pelo que se vê, o problema relativo à inquisição encontra-se observado no instante em que parte da doutrina lhe nega essa existente faculdade da acusação ter início por uma acusação formal - a que advém do acusador.

Já foi aqui abordada a questão de que um dos antagonismos do sistema acusatório e do inquisitivo era a possibilidade de que, neste último, o juiz poderia dar início à ação penal. Porém, em nenhum momento é mencionada essa extinção completa da figura do acusador em termos inquisitoriais. Aliás, se assim fosse, estar-se-ia diante de uma inverdade esdrúxula devido ao fato de que a integralidade de sistemas com características inquisitórias prevê essa tal acusação formal iniciada por parte de um acusador.

Logo, verifica-se que a figura do acusador jamais foi completamente extinta de quaisquer dos sistemas processuais até então conhecidos pelo Direito, porquanto havia a faculdade anexada nas características do sistema inquisitivo.

Apenas a fim de complementação, registra-se o entendimento de Mauro Fonseca Andrade ²⁶ sobre o tema:

O que se observa, em realidade, é que sua presença não era obrigatória nesse modelo de processo, mas concluir que não existia acusador, ou que o juiz sempre atuava como acusador, parece ser uma visão do sistema inquisitivo completamente distorcida ou apartada de sua realidade histórica. O que podemos dizer, isso sim, e sem medo de cometer qualquer equívoco, é que, nesse sistema, a figura do acusador - que com o tempo passou a ser somente estatal - se manifestava com caráter facultativo, pois o processo poderia iniciar e se desenvolver, independentemente de sua acusação.

Ainda, manifestando-se a respeito das hipóteses de início à instrução processual, Gilberto Thums ²⁷ ressalta:

O processo apresenta três formas de abertura: a) por acusação - forma menos usual e não recomendada, em que há um acusador, que pretende provar a heresia do réu, sob pena da lei de talião; b) por denúncia, através de delação, onde o inquisidor procede de ofício, é a forma mais habitual; c) por investigação, que é a forma mais perversa, já que não há confissão, nem acusação, nem delação, mas havendo boatos de que há hereges numa localidade, o inquisidor começa a investigação.

Com essas premissas, a consideração a que se chega é a de que o sistema inquisitivo trazia, desde a sua essência, a possibilidade de a acusação ter início com um acusador. Todavia, a regra seguida não era a utilização de tal espécie, sendo a investigação perpetrada pessoalmente pelo juiz-inquisidor o principal estigma do início processual à época da inquisição.

2.4 Ausência do contraditório

Será extremamente trabalhoso e quiçá até mesmo impossível encontrar, nos limites do presente trabalho, um elemento absoluto que caracterize este ou aquele sistema processual. O que se quer dizer com tal afirmação é que algumas características encontram-se inclusas tanto no procedimento acusatório como no inquisitivo, e muitas vezes até mesmo de modo relativo. Assim, não será tão raro se deparar com marcas que variam de sistema a sistema; às vezes se apresentam de forma mais veemente em um, e às vezes de maneira mais modesta no outro. Além disso, muitas vezes serão encontradas algumas características apenas em um dos sistemas, e ainda de forma mitigada. E assim por diante.

Na matéria em que se trata a ausência absoluta do contraditório nos modelos processuais do sistema inquisitivo, não se verifica, de forma suficientemente nítida, a presença de elementos robustos que justifiquem a afirmação de que a inquisição não previa, em hipótese alguma, o contraditório no transcurso da instrução processual.

Por mais inusitado que possa parecer, algumas vezes a dialética processual encontrava-se estritamente prevista em certo momento durante o curso do processo.

É claro. Não se vai aqui defender a hipocrisia de que o sistema inquisitivo era um sistema amplamente cuidadoso nas questões afetas às garantias dos acusados. É óbvio que não. Mas, por outro lado, também não se está a aduzir que não havia contraditório nos modelos da inquisição. As coisas têm de ser expostas como realmente são, sem qualquer ingerência de interpretações nefelibatas.

Ao discorrer sobre uma das hipóteses em que o contraditório era considerado despiciendo à instrução, Gilberto Thums ²⁹ pondera que "um dos traços de irracionalidade da inquisição consiste em não admitir defensor ao réu confesso, porque consideravam mais importante a confissão, que assume caráter absoluto de credibilidade, do que o depoimento das testemunhas".

Mauro Fonseca Andrade ²⁹ assim se manifesta:

Todos os processos inquisitivos analisados ao longo de nossa investigação nos permitem afirmar que essa ausência do contraditório deve ser matizada, pois não se manifestava de modo absoluto e tampouco em todos os processos regidos pelo sistema inquisitivo [...]. [...] Entretanto, também é certo que as legislações examinadas tratam claramente de derrubar o mito de que a ausência do princípio do contraditório se dava de modo absoluto. Em realidade, essa privação do contraditório se dava de modo relativo, variando, para mais ou para menos, conforme o período histórico e a cultura de cada país que adotou o sistema inquisitivo nas Idades Média e Moderna.

Muito embora não seja de forma absoluta - como sói ser defendida por alguns doutrinadores -, o contraditório é sim uma das características do sistema inquisitivo. Não se trata de elemento fixo, mas em alguns trechos dos manuais dos inquisidores a presença do contraditório vinha estabelecida.

2.5 O juiz que julga é o mesmo que investiga

Uma das características constantes em praticamente todos os modelos processuais integrantes do sistema inquisitivo foi o fato de que o juiz que se encarregava de investigar também participava da decisão que condenava ou absolvía o imputado.

Assim, que o sistema inquisitivo, diferentemente do acusatório, previa a unificação das tarefas de investigar e julgar às mãos da pessoa do mesmo magistrado é um fator incontestável. É ululante e, inclusive, já foi alhures abordada tal questão. O que ora resta, portanto, é analisar as consequências de tal previsão.

Quando da análise das características específicas do sistema inquisitivo, asseverou-se que um dos paradigmas que o distinguiam do outro sistema analisado (acusatório) era a hipótese de o julgamento ser realizado pela mesma pessoa que anteriormente havia efetuado a investigação de eventual caso penal.

Entre as enésimas outras características, esta é, sem dúvida, uma das mais radicais. Isso porque, sem adentrar nos recônditos das especificidades das análises citadas pela doutrina contemporânea quanto à questão da abolição meramente parcial do sistema inquisitivo, é inconcebível, no presente, a união das tarefas de investigar e julgar no processo penal brasileiro.

O empecilho extremo, é claro, encontra-se interligado com a garantia da imparcialidade do órgão julgador. É inimaginável, nos caminhos processuais e nas previsões incluídas no sistema acusatório, o exercício do julgamento pela mesma pessoa que procedeu a anterior investigação do caso. Do contrário, estar-se-ia ultrapassando, diretamente, a garantia da imparcialidade do julgador, e qualquer interpretação em sentido inverso esbarraria a uma eventual filtragem constitucional.

É claro, não se desconsideram aqui os demais fatores que podem ensejar uma ou outra causa de demonstração de imparcialidade. Porém, nesta questão específica, é estritamente impossível a previsão de garantia constitucional (imparcialidade do julgador) em consonância com a hipótese de investigação e julgamento efetuados pela mesma pessoa.

Gilberto Thums ³⁰, ao comentar a respeito do juiz inquisidor, explica:

Ele é a polícia, o acusador e o julgador. Sem dúvida, a espinha dorsal do sistema inquisitivo está na forma de colheita da prova e por quem é dirigida e valorada. A falta de imparcialidade é marcante no inquisitorialismo, porquanto o julgador, além de produzir a prova, ainda sofre influência negativa contra o suposto criminoso, porque o inquisidor é excessivamente religioso e o réu é um pecador.

A determinação de investigação e julgamento pelo juiz-inquisidor é um marco revolucionário que divide o sistema acusatório do inquisitivo. Se é certo que há outros métodos que justificam alegações que dão conta a respeito da imparcialidade do julgador em tempos atuais, também é correta a afirmação de que um ser humano que investiga um caso no passado conseqüentemente já ostenta uma tendência a embasar sua futura decisão - julgamento.

Ainda, na opinião de Gilberto Thums ³¹:

O procedimento penal prevê a participação direta do juiz no caso de crimes que deixam vestígios, daí que os exames de corpo de delito são presididos pelo magistrado, assessorado pelos peritos. Consigna-se em ata o que fora observado no local do crime. Nesse passo constata-se a marca do sistema inquisitorial caracterizada pela participação do juiz na coleta da prova, o que lhe retira completamente a imparcialidade para julgamento, porém mesmo assim decido o mérito da causa.

E, com o fito de pôr fim à análise, manifesta-se Luigi Ferrajoli a respeito da atuação do juiz no sistema inquisitivo ³²: "Chamarei inquisitivo todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa".

Quem procura sabe exatamente o que pretende encontrar, e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Não há elementos, novamente, a inferir hipótese antagônica.

2.6 Prova legal

Pela propriedade com que trata da matéria, inicia-se transcrevendo o pensamento de Gilberto Thums ³³:

Identifica-se mais uma característica fundamental do sistema inquisitivo, consistente no sistema de avaliação das provas para formar o convencimento do juiz, eis que a lei determina o valor das provas. Trata-se de um sistema irracional, denominado pelos historiadores de tirania da lei, porque o juiz não pode analisar livremente as provas para formar seu convencimento, mas deve sujeitar-se à forma de provas cada fato determinado por lei. Mesmo sem ter qualquer relação com o fato, era a lei que antecipadamente já determinava a solução do caso em virtude da forma probatória.

É cediço o seguinte: o livre convencimento, a íntima convicção e o sistema da prova legal são os três modelos de avaliação probatória até então conhecidos no processo penal.

Assim, se de um lado o Código de Processo Penal brasileiro busca, em seu art. 155, estabelecer o método do livre convencimento a ser validado na interpretação probatória no transcurso da instrução processual, o paradigma seguido pelo sistema inquisitivo era totalmente o inverso: a prova legal era adotada como forma de auferir a hierarquia probatória no processo penal.

Logo, por mais que não se trate de absolutismo autoevidente - considerando que há doutrinadores que ainda hoje defendem a vigência do sistema da prova legal no Código de Processo Penal atual -, o sistema inquisitivo trazia em seu bojo, de antemão estabelecido, o valor a ser referenciado a cada espécie de prova produzida pelos atores processuais.

Com isso, o surgimento do sistema da prova legal encontra-se conjugado com a obrigação de supervisionar as atuações dos magistrados da época aos desejos do povo. Se não isso literalmente, o que se pretendia era, de certa forma, satisfazer a população e demonstrar certa transparência na atuação do juiz que direcionaria a instrução processual.

Aliás, invocando a alteração do sistema acusatório pelo inquisitivo, ocorrida à época, necessário se fez o estabelecimento de um controle sobre a atividade dos juízes, o qual se destinava a uma dupla função. Em primeiro lugar, para que os juízes não abusassem das atribuições recebidas do poder central ou sacerdotal. E, em segundo lugar, para que decisões não provocassem uma desconfiança popular, com a consequente perda de credibilidade do sistema que estava sendo implantado.

Como meio escolhido para demonstrar que as decisões judiciais não eram fruto de pura arbitrariedade, foram definidas as provas cuja produção seria permitida, e aquelas cuja produção seria proibida. Além disso, igualmente se conferiu às provas permitidas certo valor ou peso, em que umas teriam mais importância do que outras no momento da decisão.

Da análise de seu contexto verifica-se que, neste sistema, as provas tinham seu valor fixado por lei, que não deixava ao julgador qualquer margem de liberdade na valoração. As provas a que não fosse atribuído um valor qualquer pela lei não poderiam ser consideradas na decisão (se admitidas), e as que podiam sê-lo, era dito de antemão o que valiam. Ao juiz ou tribunal não era permitido levar em conta provas que não estivessem nos autos (o que não está nos autos não está no mundo).

Por fim, fica registrado que, aliada à ratificação do sistema da prova legal encontrava-se, evidentemente, a prática da tortura, uma vez que esta última era praticada com o escopo primordial de obtenção da confissão do acusado, a qual, por sua vez, era elevada ao patamar de rainha das provas (afirmação, aliás, já dita em linhas anteriores).

Portanto, agora, analisa-se a tortura na época inquisitorial.

2.7 Prática da tortura

Há alguns acontecimentos ao longo da história do Processo Penal que têm o condão de definir e caracterizar esse ou aquele sistema processual penal. Aqui, no caso específico da prática da tortura, não subsiste qualquer dúvida de que foi, se não o mais, um dos ferretes mais intolerantes do sistema inquisitivo.

Inserida até então na concepção ritual do sistema inquisitivo, o estopim da queda da prática da tortura veio de carona com o surgimento do pensamento iluminista pelo mundo afora. De lá para cá, a dignidade da pessoa humana passou a ter exigência *prima facie* e, com isso, atos irracionais que violavam direitos fundamentais e a dignidade do ser humano passaram a ser repelidos pelo mundo jurídico. Para o bem do direito, aboliu-se a tortura como meio de instrumento probatório nos processos penais.

A tortura constituía-se em uma consequência desse modo de conceber a prova, porquanto sua função era de permitir a obtenção da confissão, que, como já dito, era a prova que ostentava maior valor no processo.

Assim, verifica-se que, não obstante sua aplicação não tenha se dado na exata integralidade de sistemas inquisitivos previstos em todos os países que adotaram algum dia tal sistema, a prática da tortura se fazia presente em grande parte das inquisições existentes na antiguidade.

É o caso, por exemplo, da Inquisição espanhola, a qual, em seu período nominado de Torquemada, estipulou que a prova no processo era plena e semiplena, sendo que a primeira correspondia à confissão e a segunda aos demais elementos existentes - testemunhas, etc. Logo, quando o imputado não confessava, admitia-se que as provas com caráter semipleno fossem suficientes para submetê-lo à tortura, o que ocorria após uma decisão que deveria ser proferida em conjunto pelos inquisidores e o juiz ordinário.

Da mesma forma, o Direito português também assegurava que a tortura somente poderia ser determinada pelo juiz, mas condicionada à presença de alguma presunção, fama ou algum outro elemento que o direito vigente admitia como autorizador para sua realização. Com isso, não era a lei que estipulava, por meio da prova legal, os casos pelos quais o imputado deveria ser levado à tortura, sendo que tal decisão cabia exclusivamente ao juiz, após examinar o conjunto de provas que tinha em suas mãos.

Conforme Aury Lopes Junior ³⁴,

a estrutura do processo inquisitivo foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de "verdade real ou absoluta". Na busca dessa tal "verdade real", transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que, se for "bem" utilizada, conduzirá à confissão.

Analisando as previsões de tal sistema, vê-se que o interrogatório do imputado era considerado um dos meios de obtenção da prova a ensejar a condenação pelo ato praticado, sendo que, constantemente, pessoas eram torturadas com o propósito da confissão. Explica-se.

Caso torturado no primeiro dia e não tenha confessado o eventual ato considerado contrário às vontades do poder, no próximo dia trazia-se uma vez mais o réu e novamente eram praticados atos de crueldade contra sua pessoa.

Na opinião de Geraldo Prado ³⁵

da busca da "verdade real" renascem os tormentos pelas torturas, dispostas a "racionalmente" extraírem dos acusados a sua versão dos fatos e, na medida do possível, a confissão, fim do procedimento, preço da vitória e sanção representativa da penitência.

Com base em tais ponderações, resta-nos o estabelecimento de um fator indelével: não é apenas uma possibilidade existente no sistema inquisitivo e não no acusatório que estigmatiza o primeiro como o mais severo. São modelos diferentes que, no primeiro instante, vigeram em épocas díspares também. A tortura, por si só, não diferencia ambos os sistemas. É um conjunto de fatores que sedimenta a alegação de que o sistema inquisitivo foi o preferido pelos países que deixavam os valores humanos em um segundo plano. Com isso, países ditatoriais e autoritários optavam pelas regras inquisitoriais; enquanto isso, amparados sob o manto de que é absoluta a proteção e consequente aplicação dos direitos fundamentais aos cidadãos, países outros adotam características acusatoriais para valerem em seu ordenamento jurídico alusivo à matéria criminal.

O que resta de tudo isso é que se tratam de modelos próprios, com características e previsões próprias, e que foram, de certa forma, aplicados em épocas de valores éticos e morais que sofreram variações quanto à sua importância.

Invocando esse pensamento, encerra-se aqui o estudo do sistema inquisitivo, passando-se a partir de agora à análise do sistema que englobou em seu corpo características tanto acusatoriais como inquisitoriais: o sistema misto.

3 DO SISTEMA MISTO

Em ordem, será o sistema misto analisado da seguinte forma: primeiro, sua origem; segundo, suas características; terceiro, alguns aspectos relevantes a ele direcionados, e, por último, será analisada a natureza jurídica de sua investigação criminal.

3.1 Origem

Criar algo novo é, sem dúvida, demasiadamente mais trabalhoso do que unir o já existente.

Os diversos elementos ou princípios existentes em um sistema, de uma maneira ou outra, também podem fazer parte de outro, ou foram criados para servir como uma espécie de controle para sua sobrevivência.

Na visão daqueles que defendem a existência efetiva de um sistema misto ao longo da história, trata-se este da reunião de algumas características inquisitoriais com algumas outras acusatoriais. A bem da verdade, a intenção dos criadores de tal sistema era de alcançar a perfeição do processo penal, conseguindo ao mesmo tempo assegurar a persecução estatal à matéria penal e estipular garantias direcionadas exclusivamente ao acusado e sua dignidade.

Para alguns pensadores com conclusões antagônicas, esse tal sistema misto mencionado nos livros de processo penal jamais existiu. Não passa, assim, de uma falácia, a qual foi criada a partir do momento em que se exigiu uma postura diferente da até então adotada na matéria referente ao processo penal.

Aqui, no presente trabalho, até mesmo para fins de estudo dos sistemas processuais penais como um todo, será o sistema misto considerado, no primeiro instante, um sistema, devendo, ao decorrer da análise, ser feitas algumas considerações a seu respeito.

O sistema inquisitivo somente passou a ser referenciado a partir do instante em que o acusatório passou a não mais ser aceito pela população dos países que o adotavam. Do mesmo modo, o surgimento do sistema misto encontra-se interligado à necessidade de adoção de um novo modelo de processo que previsse atos díspares dos estabelecidos no sistema inquisitivo. Retornando ao axioma, como o sistema anterior não estava satisfazendo a vontade dos interessados, abandonava-se o velho (inquisitivo) e, assim, estabelecia-se um novo (sistema misto).

Simplificando o caso, o trato desumano, uma defesa processual deficitária e os erros judiciais ocorridos na vigência do sistema inquisitivo se constituíram nos grandes motivadores de um movimento visando à adoção de um novo modelo de sistema processual. Com isso, foram expurgados os defeitos e problemas que os sistemas inquisitivo e acusatório manifestaram ao longo de suas existências, e aproveitaram-se aquelas características que poderiam permitir a construção de um processo penal que alcançasse sua finalidade sem a prática de abusos durante sua tramitação.

Tendo Montesquieu como um de seus corifeus, e invocando igualdade entre os homens, extinção da tortura e a tolerância religiosa, o movimento Iluminista instituiu as bases que sedimentaram a vindoura Revolução Francesa ocorrida em 1789. Aliada à já mencionada revolução, a reforma processual passou a ser uma das prioridades determinadas à época.

E, então, por meio da reorganização do processo penal francês, surgia primeiramente naquele país o sistema misto, o qual posteriormente passou a ser adotado por inúmeros outros países da Europa, sendo, inclusive, trazido para a América Latina por seus colonizadores.

Apesar de ter sua criação aliada à realização de uma filtragem nas previsões instituídas nos dos outros sistemas, o sistema misto não se tornou imune a defeitos e, com eles, as críticas começaram a ter surgimento.

Pelo que se vê, se por um lado a fase de julgamento, a qual corresponde ao método empregado no sistema acusatório, alcançou seus objetivos pretendidos, a fase de instrução ou investigação, que era condizente ao sistema inquisitivo, passou a enfrentar sérios problemas em razão do atual estágio da dogmática jurídica.

Assim, Mauro Fonseca Andrade ³⁶ chega a listar em sua obra alguns dos empecilhos suscitados ao longo do tempo em relação à aplicação de tal sistema:

a) falta de preparo do juiz para investigar; b) inversão de papéis entre Ministério Público e juiz de instrução; c) as informações e depoimentos obtidos durante a fase de investigação podem receber valor probatório e serem utilizadas para condenar; d) ausência de controle sobre a atividade do juiz de instrução; e) inércia dos juízes da fase de julgamento, que não se aprofundam mais além do que já foi investigado pelo juiz de instrução; f) submissão do Ministério Público às conclusões do juiz de instrução; e g) quebra dos princípios da celeridade e economia processual, em virtude da repetição, durante a fase de julgamento, das diligências e depoimentos já realizados na fase de investigação.

Diagnosticado e brevemente elucidado o surgimento do sistema misto no processo penal, passar-se-á, doravante, à análise de suas características estabelecidas ao longo dos anos.

3.2 Características

Como dito alhures, o sistema misto nada mais era do que uma mescla de algumas características estampadas nos modelos de sistema acusatório e inquisitivo.

Surgido com o propósito de corrigir defeitos apresentados nos dois sistemas de processo até então vigentes, adotava postura mais cautelosa e que, de certa forma, admitia a conclusão de que seria a maneira de solucionar os problemas afetos às arbitrariedades tão comumente evidenciadas naquele tempo.

Destarte, começa-se com o pensamento de Marcos Kac, registrado na obra de Mauro Fonseca Andrade ³⁷:

(i) a fase de investigação preliminar é realizada por um juiz de instrução que, com o auxílio da força policial, pratica todos os atos tendentes à colheita de elementos que darão suporte à acusação; (ii) nessa fase, o procedimento é escrito e secreto, sendo o autor mero objeto da investigação, não vigendo, como regra, o contraditório ou a ampla defesa, em virtude da influência do sistema inquisitivo; (iii) a fase de julgamento é iniciada pela acusação penal, exercida, comumente, pelo Ministério Público, havendo debates públicos, oral e contraditório, estabelecendo-se a igualdade entre as partes (acusação e defesa); (iv) na fase judicial o acusado passa a ser sujeito de direitos, manejando posição jurídica que lhe assegure o *status* de inocente, até que o Estado demonstre sua culpa, através do *due processo of law*; (v) o ônus da prova recai exclusivamente sobre o Ministério Público; e (vi) o julgamento privilegia o contraditório e a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais e a concentração dos atos em audiência.

A separação processual em duas fases era o fator determinante à sua caracterização. Em um primeiro momento, realizava-se a investigação criminal, e, após, era efetivado o julgamento propriamente dito. Até aqui, já salta aos olhos que a nominada "investigação criminal" ostentava as características do sistema inquisitivo, sendo que a segunda etapa atendia às regras condizentes com o acusatório.

Ainda na primeira fase, a investigação era efetuada por guardas de campo e guardas de floresta, por comissários de polícia, prefeitos e vice-prefeitos, pelos procuradores imperiais e seus substitutos, os quais formavam a chamada polícia judiciária da época.

Dando início à segunda fase do processo, a acusação poderia ser apresentada por um acusador público, que era um legítimo representante do Imperador. Tal sistema de processo admitia, ainda, a presença de uma parte civil destituída de legitimidade acusatória, e que somente poderia buscar a reparação civil pelos eventuais danos que lhe fossem causados pelo cometimento do delito. Com a acusação apresentada, intimava-se o acusado para apresentação da sua defesa, a qual poderia ser realizada pessoalmente ou então por meio de procurador.

Quanto ao juiz, era chamado de juiz instrutor e escolhido pelo Imperador, atuando por um período de três anos. Entre suas funções, verifica-se que estava vedada a decretação da prisão do acusado sempre que a acusação dissesse respeito a um fato cuja pena fosse afliitiva ou infamante.

Ainda, abandonou-se o esdrúxulo método da prova legal na valoração da prova produzida durante a instrução. Daquele instante para frente, adotou-se o critério do livre convencimento motivado pelo julgador, obrigando as decisões a serem acompanhadas de fundamentação, sob pena de nulidade.

Após a derradeira decisão, admitia-se ainda o recurso de apelação, o qual era recebido com efeito suspensivo.

Para corroborar o recém-descrito, traz-se à baila o pensamento de Marcos Alexandre Coelho Zilli ³⁸, mencionando as características do sistema misto:

1. A jurisdição penal é exercida por tribunais, reconhecendo-se, em alguns casos, legítima a participação popular;
2. A persecução penal é exercida, na maioria dos casos, por um órgão público;
3. O imputado é considerado um sujeito de direitos e sua posição jurídica, durante o processo, é a de um inocente até que venha a ser considerado culpado;
4. O procedimento traduz os interesses públicos de perseguir e de impor a sanção penal ao agente, assegurando-lhe, outrossim, o respeito à sua liberdade. Via de regra, é iniciado por uma investigação preliminar a cargo do Ministério público ou do Juiz de Instrução e cujo objetivo é a coleta de elementos necessários para o embasamento de uma acusação. Segue-se a ele um procedimento intermediário no qual julga-se a viabilidade da acusação e, finalmente, pelo procedimento principal que é ultimado com a prolação de uma sentença absolutória ou condenatória;
5. O tribunal pode ser composto por juízes leigos e profissionais ou apenas por juízes profissionais, adotando-se o sistema do livre convencimento;
6. As decisões são recorríveis.

Alcança-se, com isso, o principal objetivo trazido com a criação do sistema misto (ao menos teoricamente falando). A investigação, por ser por alguns considerada etapa ainda administrativa (e não processual) no caminho do processo, lastimavelmente ostentava traços extraídos do recôndito do sistema inquisitivo.

A fim de sopesar e alcançar certa dose de consenso, previa tal sistema, em sua segunda fase, todas as garantias estabelecidas com os princípios paradigmáticos do sistema acusatório.

Portanto, aproveitando-se o que até aqui já foi mencionado, denota-se que se atribuía à criação do sistema misto a salvação e com ela a perfeição do processo penal. De um lado, previam-se matérias ligadas às características estampadas no sistema inquisitivo; do outro, traziam-se as garantias havidas no corpo do acusatório.

Com tal método, afastavam-se os malefícios evidenciados com a aplicação de ambos os sistemas anteriormente adotados, passando a partir de então as previsões remanescentes por um processo de seleção de normas e princípios. Chegava-se, assim, a um modelo ideal, que alcançava os objetivos uniformes dos operadores do direito daquela época.

3.3 Aspectos relevantes

Uma das razões que justificaram a escolha do presente tema de monografia foi a possibilidade do estudo de diferentes manifestações relativas à questão do sistema processual penal prevalecente no Código de Processo Penal brasileiro.

Neste tópico, ver-se-á, mesmo que modestamente, tamanha dimensão do "problema" envolvendo os sistemas processuais penais, sendo que o quiproquó vai estabelecido na seguinte questão: existe, ou não, um sistema misto? E mais: qual o modelo de sistema processual adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro?

São questões que afastam doutrinadores renomados em todo o mundo e que, por mais que se permita chegar a uma interpretação pessoal final, nenhuma das teses defendidas deve ser considerada despicienda em seu amplo contexto abordado.

Meramente por opção, inicia-se com o estudo dos que defendem a inexistência do sistema misto como um sistema autônomo.

Sistemas processuais penais são apenas dois: ou é acusatório, ou é inquisitivo. O restante, não existe.

É com essa afirmação, e até com certa dose de demasia, que a doutrina defende a não existência da autonomia do sistema misto. A justificativa para o entendimento baseia-se, exclusivamente, na ausência de um núcleo fundante no contexto de tal sistema.

Para tais doutrinadores, os quais têm o italiano Luigi Ferrajoli como guia supremo, o ponto nevrálgico da questão é a identificação de seu núcleo, ou seja, de seu princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitivo ou acusatório, e não seus elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação de atividades, etc.).

Alega-se que o nominado sistema misto é, na sua essência, inquisitivo ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos que de um sistema são emprestados a outro.

Não há espaço para a alegação de que se criou ao longo da história um sistema processual penal diverso do acusatório ou do inquisitivo. Esse "terceiro" é, isso sim, uma tentativa de aperfeiçoamento da matéria processual penal, e que com tal fito reuniu previsões instituídas nos outros dois sistemas, apenas.

Todavia, a nomenclatura feita pela doutrina, elevando-o à categoria de sistema processual penal, é extremamente equivocada, porquanto o alegado sistema misto não possui autonomia o suficiente a ensejar a posição que lhe foi por alguns assegurada (sistema).

Considerando que todo sistema processual é, na sua origem, puro, aduz-se que no princípio *dispositivo*, que funda o sistema acusatório, a gestão da prova está nas mãos das partes, sendo que no princípio *inquisitivo*, que por sua vez caracteriza o sistema inquisitivo, a gestão da prova está nas mãos do julgador - chamado juiz-ator.

Assim, a espinha dorsal do processo penal encontra-se implicitamente conjugada à gestão da prova no transcurso da instrução processual. Estando a iniciativa probatória garantida apenas às partes, choca-se com o acusatório; e, no caminho inverso, havendo a possibilidade de o julgador participar da iniciativa probatória, há o inquisitivo. Isto é o rosto, é a característica que separa ambos os sistemas, sendo que o resto não passa de elucubrações criadas pela doutrina que entende o contrário.

Sendo em alguns momentos até mesmo considerado um "monstro", o sistema misto não se mostra dotado de grandes amores por grande parte da doutrina processualista penal. Por possuir características inquisitórias no início da fase investigatória, e posteriormente assegurar garantias extraídas do cerne do sistema acusatório, alega-se que tal sistema possui feição de um "monstro de duas cabeças".

Não há maneira de se permitir um processo penal justo com a adoção de tais características, uma vez que a prova secreta produzida na fase de investigação policial seria mais valorada do que o próprio contraditório, constituindo-se, assim, uma verdadeira fraude processual.

Na opinião de Aury Lopes Júnior ³⁹,

a fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquirição 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 para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquirição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

Logo, seguindo o pensamento da corrente doutrinária que compreende a inexistência do sistema misto, tão somente a posição do juiz é o ponto determinante da questão, sendo que ao sistema acusatório lhe corresponde a figura de um magistrado espectador, dedicado à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto; o rito inquisitivo exige, por sua vez, um juiz-ator, representante do interesse punitivo e, desta forma, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação.

Com isso, afasta-se qualquer resquício que dê conta da existência autônoma do sistema misto.

Gilberto Thums ⁴⁰ faz importante análise sobre a matéria:

Tudo está a indicar que há confusão entre a caracterização dos sistemas processuais penais, na medida em que nem o acusatório nem o inquisitivo guardam suas características originais, razão pela qual não se pode definir um sistema levando em consideração seus traços ontológicos. O sistema misto certamente não é um sistema, mas um amontoado de regras.

Quanto à abordagem relativa à situação do sistema processual penal prevalecente no Código de Processo Penal brasileiro, apregoam tais pensadores - não obstante a previsão Constitucional dando conta da aplicação de características condizentes com o sistema acusatório, que o sistema inquisitivo é o que se faz presente, ao menos por ora, na matéria processualística penal.

Alega-se, ainda, que esse sistema previsto no Código de 1941 é evidentemente inquisitivo, trazendo apenas em suas reformas algumas concessões ao acusado na sua defesa, em face das conquistas sobre os direitos fundamentais da humanidade. A justificar o entendimento, encontra-se, logicamente, o fato de a gestão da prova estar assegurada, mesmo que apenas em algumas hipóteses no decorrer da instrução, às mãos do juiz.

Assim, tem-se que o processo penal brasileiro é inquisitivo, do início ao fim, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional.

Em outras palavras, a estrutura do Código de Processo Penal de 1941 deve ser adequada e, portanto, conformada à nova ordem constitucional vigente, cujos alicerces demarcam a adoção do sistema acusatório.

Do outro lado do quadro, encontram-se os que pregam a autonomia do sistema misto como sistema processual penal e lhe atribuem as características exigidas para tanto.

Para estes, a única maneira de se alcançar a definição do sistema misto será a partir dos elementos considerados essenciais para a formação dos sistemas acusatório e inquisitivo. Desconsideram-se os elementos nominados como variáveis existentes em ambos os sistemas, e aproveitam-se dois pontos fixos de cada um.

Com isso, assim como o acusatório e o inquisitivo, o sistema misto estabelecerá também características que podem sofrer variações quando postas em aplicação na utilização de quaisquer dos sistemas processuais penais. Como exemplo, registra-se a assecuração das garantias previstas ao réu na fase considerada processual, ou seja, posterior ao oferecimento da acusação, as quais também vêm estipuladas no sistema acusatório, e que nem por isso ostentam caráter de elemento fixo deste último.

Logo, a reunião de elementos fixos previstos nos sistemas inquisitivo e acusatório deve ser interpretada como a criação de um terceiro sistema processual até então nunca visto, chamado de sistema misto.

Além disso, há entendimentos que dão conta de que não existe um modelo único de sistema misto; o que há, isso sim, são várias classes ou categorias desse mesmo sistema, as quais tornaram-se perceptíveis por meio da aplicação do mesmo nos diferentes países com o passar dos anos.

Com base em tais considerações, verifica-se que a formação do processo constitui-se na união de um elemento fixo existente no sistema acusatório e de outro elemento fixo trazido pelo sistema inquisitivo. Logo, não existe certa prevalência ou predomínio de um sistema processual sobre o outro, de modo que haja alguma justificação para que continue sendo chamado de acusatório ou inquisitivo reformado.

O rito estabelecido pela criação de um novo processo está, sim, relacionado à criação de um terceiro sistema processual até então desconhecido pelo mundo jurídico. A definição do sistema misto somente ocorrerá a partir dos elementos ou princípios considerados essenciais para a formação dos sistemas acusatório e inquisitivo. Trocando as palavras, a fim de se formar a estrutura do sistema misto, deve-se considerar a existência de duas características fixas presentes nos outros dois sistemas (uma em cada).

Segundo Mauro Fonseca Andrade ⁴¹,

a primeira fase do processo se destina à investigação criminal, que a intenção do legislador foi construir o mais próxima possível do sistema inquisitivo, para eliminar a impunidade produzida pelo sistema acusatório pós-revolucionário, e facilitar o início da resposta estatal a toda conduta criminosa. Por essa razão, seu processo poderia ser aberto por *notitia criminis*, delação secreta ou de ofício, para que, naquele primeiro momento, o interesse social e a segurança pública fossem preservados. Portanto, no que diz respeito às formas de abertura do processo, o sistema misto se utilizava de um dos elementos fixos do sistema inquisitivo.

Já a segunda fase do processo busca aproximar-se do sistema acusatório, abrindo a fase de julgamento somente a partir da apresentação de uma acusação. Por esse motivo, a presença de um acusador distinto do juiz se torna obrigatória e imprescindível não somente para a abertura da fase de julgamento, mas também para o próprio processo. Logo, no que diz respeito à legitimidade ativa, o sistema misto se utiliza de um dos elementos fixos do sistema acusatório.

Dessa reunião, a configuração do sistema misto seria construída a partir da soma de um elemento fixo de cada sistema processual, quais sejam: a abertura do processo se daria sem a acusação, podendo ocorrer com uma *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz (elemento fixo pertencente ao sistema inquisitivo); e a necessária presença de um acusador distinto do juiz (elemento fixo pertencente ao sistema acusatório).

Quanto às demais características presentes no sistema misto, é claro que também estarão registradas no corpo dos outros dois sistemas; porém, devido às suas naturezas, não ultrapassam o campo de pilar vulnerável à configuração destes.

3.4 O problema da conceituação da natureza jurídica da investigação criminal

Além da questão da autonomia ou não do sistema misto como sistema processual, a natureza jurídica de sua investigação criminal também dá azo à criação de diferentes entendimentos a respeito.

Agora, a partir do momento em que foi preciso estudar e pesquisar a fundo a respeito do tema, o ponto a que se chega é que, de fato, é infinita a relevância de sua análise. Portanto, vai analisada a investigação criminal do sistema misto.

As teorias encontradas ao longo do estudo foram quatro: a) teoria jurisdicional; b) teoria administrativa; c) teoria mista; e d) teoria pré-processual.

Por pertinência, vão conceituadas as quatro, mesmo que não de forma pormenorizada.

Para a teoria jurisdicional, a fase de investigação possui caráter de processo jurisdicional (isso até o próprio nome já diz). O juiz de instrução, ao longo de sua atuação, exerce atividades típicas de jurisdição, afastando, assim, qualquer cisco da presença administrativa nesta fase.

A teoria administrativa, por sua vez, invocando o fato de que o investigador carece de imparcialidade, acrescido da situação de que nessa fase não se verifica ainda o exercício de qualquer ação, jurisdição e necessidade de julgamento, defende que a investigação criminal existente no sistema misto não pode ser jurisdicional. Ela é, na sua origem, administrativa.

Quanto à mista, é a possibilidade de mistura das duas anteriores. Da mesma forma que existem atos de natureza jurisdicional, há também os de caráter evidentemente administrativo.

Ao fim da fila, prega a teoria pré-processual que a etapa da investigação criminal ainda nem processo é. Este, para tal teoria, inicia-se com a acusação, e como esta só é apresentada na segunda fase no rito processual, as atividades que se realizam anteriormente são consideradas nada mais que diligências administrativas destinadas à sua preparação.

Malgrado as quatro terem sido conceituadas, a discussão existente na doutrina contemporânea cinge-se na repartição existente entre as duas primeiras teorias. Por tal razão, as duas últimas não mais serão analisadas a fundo a partir desse instante.

A teoria jurisdicional afirma que a investigação se constitui em um verdadeiro processo jurisdicional, em virtude de ser realizada por um juiz. É natural que essa teoria defina a primeira fase do sistema misto como um típico processo jurisdicional, portanto.

Ademais, tendo em vista que a primeira parte do sistema misto foi extraída do sistema inquisitivo, afirma-se que, como a este último jamais foi direcionada alguma indagação a respeito de sua natureza processual, quanto à investigação do primeiro também não se poderá brotar qualquer pensamento alegando ser administrativa a natureza jurídica de sua investigação criminal.

Dito de modo mais simples, se nunca na história do processo penal ninguém levantou suspeita sobre a natureza jurídica do sistema inquisitivo, não será agora que se vai entender que a investigação do sistema misto possui característica meramente administrativa. É simples. O que é para um, também o é ao outro. Se o sistema inquisitivo era considerado jurisdicional, a investigação criminal do sistema misto, por ter sido extraída daquele primeiro, também deve ostentar tal *status*.

Além desse ponto, há, ainda, outro que justifica a opção pela teoria jurisdicional. O sistema misto, como já dito anteriormente, constitui-se na reunião de um ponto fixo de cada um dos outros dois modelos existentes. Logo, o que deve ser sopesado para fins de interpretação da natureza jurídica da investigação criminal são os pontos fixos do sistema misto. Os elementos variáveis, portanto, não contribuem em nada à hora de se chegar a uma definição.

Assim, a teoria jurisdicional está assentada em conceitos e premissas aplicáveis tão somente ao sistema inquisitivo. Essa teoria se utiliza de um conceito de processo jurisdicional próprio do sistema inquisitivo, que foi formado em um período bem identificado da história.

Ainda, esse sistema só pode ser chamado de misto justamente porque permite que seu processo se inicie do mesmo modo que o sistema inquisitivo, com exceção da acusação, que é necessária para a abertura de sua segunda fase. Dessa forma, como a investigação faz parte de sua primeira fase, ela inegavelmente se encontrará inserida em um processo jurisdicional aberto. Com isso, judicializada está a investigação do sistema misto.

Como paradoxo, há outra classe de pensadores que sustentam o paradigma administrativo da investigação criminal do sistema misto.

A primeira coisa a ser considerada na análise da teoria administrativa é a seguinte: caso seja tal teoria a adotada, o sistema misto se extinguirá. Aos poucos, será explicada a afirmação.

Já foi aqui escrito que o ponto fixo do sistema inquisitivo presente no sistema misto é a possibilidade da abertura do processo sem a necessária acusação; o do acusatório, por seu turno, é a imprescindibilidade da disparidade das figuras do juiz e do acusador.

Pois bem. Mauro Fonseca Andrade ⁴² assim se posiciona:

Segundo a teoria administrativa, hoje em dia já não há como justificar a permanência de um elemento fixo do sistema inquisitivo em qualquer tipo de processo, o que conduz a uma obrigatória exclusão do juiz do rol de legitimados a presidir uma investigação criminal.

Ou seja, a possibilidade de início do processo pelo juiz deve ser extinta e, com ela, o ponto fixo do sistema inquisitivo é sepultado do sistema misto. Até se pode aduzir dessa forma.

Porém, daí, uma coisa tem de ser admitida: caso considerada administrativa a natureza jurídica da investigação criminal do sistema misto, não há mais razão alguma para a existência deste sistema. Se assim for, o processo jurisdicional somente terá início com o oferecimento da acusação.

E, com isso, a teoria administrativa dará fim ao único motivo de esse sistema processual ser considerado eminentemente misto, pois, assim sendo, eliminar-se-á o elemento fixo retirado do sistema inquisitivo, encarregado da abertura do processo mesmo sem a acusação.

Ora, o único sistema processual penal em que sua investigação criminal é uma atividade administrativa, podendo ser presidida tanto pela polícia judiciária como pelo Ministério Público (aqui, respeita-se a opinião dos que entendem o contrário), é exatamente o sistema acusatório. Com base nisso, fica claro que o sistema misto necessita, para sua sobrevivência, que a fase de investigação criminal não seja uma atividade administrativa, sob pena de então ser abolido pelo sistema acusatório.

O objetivo em tese seria buscar garantir uma maior constitucionalização do Processo Penal brasileiro em um contexto em que vivemos em uma sociedade multiculturalista e violenta. Podemos analisar o posicionamento de José Alcebiades de Oliveira Junior:

Enfim, para o nosso trabalho, o que importa é perceber que a cultura possui, sim, um caráter paradoxal e complexo, e que tem dado muito que fazer a sociólogos e antropólogos. Assim, a cultura pode ser tanto o combustível para a paz quanto para guerra.

Para pôr um ponto final, o que se tem, em realidade, é o seguinte: a doutrina resta dividida a respeito da autonomia ou não do sistema misto como sistema processual; ultrapassada esta fase, inúmeras considerações surgem a respeito de suas previsões e garantias.

Não se passam, é claro, de elucubrações jurídicas dotadas de caráter válido e regular por parte daqueles que têm a missão de serem estudiosos da matéria processualística penal pelo mundo afora: os doutrinadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O diagnóstico do real sistema processual penal que se enquadra às características do Código de Processo Penal brasileiro é um dos temas que mais se discute na doutrina processualista contemporânea.

Alicerçado nessa premissa, buscou-se no presente trabalho a elucidação das estipulações presentes em um e outro modelo de sistema processual penal reconhecido até os tempos atuais.

O que se tem, extraídas as peculiaridades inerentes a cada modalidade de sistema, é que a situação vivida por cada Estado em certo momento histórico serve para sedimentar a adoção por um ou outro paradigma de processo penal.

Com isso, instituídas as bases determinantes em um determinado Código de Processo Penal, passa-se a moldar as previsões constantes em cada um dos três sistemas com o propósito de se vislumbrar qual foi o preferido pelo legislador ordinário.

A bem da verdade, há hipóteses em que não se trata de tarefa dotada de grandes facilidades, sendo que a legislação processual penal brasileira serve como exemplo típico desse grau de dificuldade deparado pelos doutrinadores estudiosos do assunto.

Inúmeros motivos possuem o condão de impossibilitar a real percepção do sistema adotado no ordenamento jurídico atual em nosso País. Como é cediço, tal legislação foi criada em uma época dotada de grandes disparidades com a contemporaneidade humanitária, uma vez que de lá para cá a dignidade da pessoa humana passou a ser sopesada como um dos fatores peremptórios inerentes a cada cidadão.

Com isso, algumas reformas foram introduzidas com o passar do tempo, as quais tiveram o propósito de remodelar a face do processo penal brasileiro. Direitos adquiridos com o passar das décadas passaram a ter previsão com o aparecimento da Constituição Federal de 1988 e, como corolário lógico, às legislações ordinárias pretéritas incumbia a realização de uma espécie de filtragem constitucional.

Diante desse fato, tem-se que a criação do ainda hoje utilizado Código de Processo Penal brasileiro se deu ainda lá em 1941, sendo que, a partir da promulgação da Carta Magna, no ano de 1988, alterações despencaram na legislação processualista penal. Logo, algumas mudanças instituídas nos últimos anos serviram de alicerce para acender algumas indagações versantes sobre o sistema processual penal prevalecente na supramencionada legislação ordinária.

Destarte, como fruto dessas alterações, enquanto há quem defenda que o sistema inquisitivo ainda é o adotado no ordenamento jurídico brasileiro, tendo-o sido inseridas algumas previsões em razão do aparecimento de alguns direitos introduzidos pela Constituição Federal de 1988, há também aqueles que aduzem veementemente a total impossibilidade de prevalência de qualquer resquício inquisitivo na hipótese do Código de 1941.

O pilar que embasa essa última alegação baseia-se na aquisição pelos cidadãos dos direitos inculpidos com o surgimento da Constituição de 1988, a qual alterou substancialmente a matéria alusiva à garantia dos direitos fundamentais dos brasileiros.

Ademais, surge a questão da purificação presente ou não da hipótese de adoção do sistema acusatório, uma vez que ainda restam alguns resquícios inquisitoriais no corpo do código de processo penal brasileiro. Por tal razão, há quem diga que o sistema acusatório presente em nossa legislação processual não detém purificação e, portanto, nominam-no como misto.

Consequentemente, passa-se a ter, em uma mesma legislação, previsões condizentes com todos os modelos de sistema processual penal até hoje reconhecidos, o que acarreta a fragmentação doutrinária na exatidão de tal assunto.

Não existe uma compreensão exclusiva e unicamente válida sobre que elementos compõem os sistemas processuais, variando conforme a história dos povos e o enfoque teórico que conferem à questão do comportamento delituoso e seu modo de controle, de sorte que nem sempre coincidem as visões histórica e teórica dos sistemas.

O que existe, isso sim, são interpretações exaustivas que surgem com o fito de tentativa de reconhecimento de características específicas a um determinado sistema processual.

Por todas essas alegações, afirma-se que a recíproca relação entre o mundo do direito e o mundo real potencializará a semente, no campo do processo penal, de um sistema que não seja apenas aparentemente acusatório, mas torne ambos, princípio e sistema acusatório, realidade, conjugando eficaz tutela da segurança de todos e da dignidade de quantos venham a sujeitar-se ao processo penal.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008,
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão, Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. v. I, São Paulo: Saraiva.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

