SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Procedural criminal systems at light of Constitution
Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 97/2016 | p. 73 - 91 | Set - Out / 2016
DTR\2016\24150

Eduardo Ribeiro Moreira
Livre-Docente em Direito Constitucional pela USP. Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Professor Adjunto de Direito Constitucional da UFRJ. Bolsista de Produtividade CNPq. eduardomoreira@terra.com.br

Margarida Lacombe Camargo
Doutora e Mestre em Direito. Professora Associada de Teoria de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bolsista de Produtividade CNPq. margaridalacombe@gmail.com

Área do Direito: Constitucional; Penal; Processual
Resumo: O presente artigo aborda os sistemas processuais penais, em contraste do sistema inquisitivo com o sistema acusatório. Muitos princípios penais- -constitucionais são classificados segundo um sistema processual e seus efeitos.

Palavras-chave: Sistema acusatório e Garantismo Penal - Direito Processual Penal-Constitucional - Princípios do sistema acusatório - Garantismo e Direitos Fundamentais.
Abstract: This article discusses the Criminal Procedure systems, stressing the differences between adversarial system and inquisitorial system. Many criminal constitutionals principles are classified following one procedural system and his effects.

Keywords: Adversarial system and Criminal Procedure Law - Constitutional Criminal Procedural Law Principles of Adversarial System - Fundamental rights and guarantism.
Sumário:

1 Breve histórico da evolução do Processo Penal e apontamentos sobre os sistemas processuais penais - 2 Possibilidade de adoção de um sistema processual penal: diferenças entre sistema acusatório (puro), sistema inquisitivo, sistema misto e suas proximidades ao Estado Democrático de Direito. - 3 Características peculiares do sistema processual penal pragmático brasileiro - 4 Garantismo penal e direitos fundamentais - 5 Conclusão - 6 Bibliografia

1 Breve histórico da evolução do Processo Penal e apontamentos sobre os sistemas processuais penais

O aparelho estatal desde sua constituição comandou a intervenção no crime, submetendo a sociedade aos agentes da corporação policial, ao Ministério Público, às penitenciárias, à organização judiciária, todos estes regulados pelo Direito Penal e pelo Processo Penal. O sistema penal é o universo que comporta esses grandes conjuntos existentes nas nações e divididos para facilitar as suas funções, como representantes do Estado. O Direito e o Processo Penal formam o conjunto normativo sobre as condutas ilícitas, realizando o controle social punitivo legal.

Nem sempre as condutas e as corporações do Estado foram definidas e elaboradas como são hoje. Desde a formação do primeiro grupo civilizado, organizado em agrupamentos de pessoas – sociedade primitiva – há aproximadamente 10.000 anos, houve a presença inequívoca da punição e, consequentemente, o surgimento do Direito Penal. Muitos das vezes, tribos ou clãs atribuíam a uma pessoa, geralmente o chefe ou árbitro, o direito de decidir e punir aquele que transgredisse os costumes adotados.

Com o passar do tempo e com o aumento de pessoas organizadas, apareceram as civilizações, assim como o Estado. Para facilitar a organização dos Estados, adotaram-se as regras de conduta (leis) formadas a partir de um costume ou de uma religião. Com o Direito, os Estados e as civilizações construíram um sistema penal, imprescindível à natureza do Homem, nem sempre compatível com as regras criadas pela sociedade.[1]

Sem prejuízo do estudo dos demais povos primitivos, foi na esplendorosa Grécia antiga (400 a.c.),

que se estudou, entre tantas coisas, o Estado e sua composição, sob a influência dos mais privilegiados pensadores até então. Em A Política, de Aristóteles, pela primeira vez estabeleceu-se a divisão dos poderes e o sistema representativo.[2] O direito penal ateniense dividia os crimes contra o particular e a coletividade, compondo, respectivamente, ação penal privada e pública, dependendo do tipo de acusação. Só havia tribunais colegiados, compostos[3] por dezenas ou centenas e, excepcionalmente, até milhares de juízes, acrescidos de defesa, acusação, réu e testemunhas. As audiências eram públicas e o voto secreto, com as alegações sempre orais. Se o resultado fosse empate, absolvia-se o réu, em uma referência do que seria conhecida mais tarde pelo princípio *in dubio pro reo*. O processo penal tinha estrutura simples e era, em grande parte, acusatório, também chamado de acusatório privado.

Em Roma, devido ao grande período de hegemonia, o Processo Penal foi público e também foi privado. O Processo Penal foi privado, na maior parte do período romano, cabendo ao juiz somente a análise das provas a ele trazidas, herança do estudo civil. Em determinado momento, chegou-se a permitir que qualquer um do povo pudesse acusar. Os tribunais eram compostos por juízes eleitos pelo Senado e pelos cidadãos. Posteriormente, o tribunal passou a contar com seus membros por sorteio.

No início da monarquia em Roma, o Processo Penal era público e o juiz conduzia as investigações e julgava. O recurso era feito pelo condenado, por comício em praça pública, onde deveria se defender da sentença condenatória. Depois, o recurso era dirigido ao Imperador, e nesse tempo, já existiam pressupostos de admissibilidade que faziam que só fossem apreciadas as causas que interessassem ao Imperador. Com a falha no procedimento, adotaram juízes superiores.

Na fase final do Império Romano, a ordem extrema foi implementada, aceitando-se a tortura, que era usada para forçar o réu a confessar o delito e também era aceita para averiguar se as testemunhas diziam a verdade.

Na Germânia antiga, a confissão tinha valor máximo das provas, a presunção de culpa era a regra, o réu tinha de provar sua inocência. Muitas vezes, o réu era submetido a provas impossíveis, como segurar o ferro em brasa sem sofrer ferimentos para provar sua inocência. Os bárbaros germânicos não possuíam lei escrita, e o julgamento misturava suas crenças, religião e costume com justificativas jurídicas.

O Processo Penal Canônico marcou o mundo pelas práticas adotadas. A partir de 1215, o Conselho de Trento consolidou o sistema inquisitivo. Os tribunais que só poderiam, inicialmente, julgar delitos eclesiásticos passaram a punir todos os que confrontassem a igreja, sendo temidos até por príncipes e reis. Os crimes eram misturados com a religião e invadiam a esfera da vida privada, portanto, condenava-se a sodomia, o sacrilégio, o adultério, a usura, o homicídio, o sortilégio, o estupro e a bestialidade – homem e animal eram condenados à morte – só para citar alguns exemplos tidos como crimes igualmente classificados de graves.

O que sacramentou o sistema processual inquisitivo foi a união de poderes conferidos ao juiz que julgava, colhia provas, acusava e aplicava a pena. A tortura foi legalizada para se extrair a confissão do réu. Não existiam garantias ao acusado, a defesa, por exemplo, não era permitida. O processo era secreto e a confissão era formadora de convencimento total e não havia condições mínimas de denúncia, tudo em nome de Deus e da verdade real.

A característica marcante[4] do Processo Penal Canônico era o subjetivismo, isto é, sempre importavam as condições pessoais do réu. Não se julgava pelo fato e toda conduta era dividida: ou do bem ou do mal, ficando o sujeito entre a graça e a perdição, definida por ilicitude contínua.

As práticas oriundas do Processo Penal canônico foram combatidas, mas antes de serem vencidas foram adotadas por outros países. Nos séculos XIV, XV e XVI, as grandes potências da Europa como Espanha, Germânia, Portugal, Itália, via de regra, adotaram o Processo Penal secreto, com denúncias secretas e, até o juiz, só era conhecido por todos na hora da sentença; esta por sua vez, permanecia em sigilo. Na França, no reinado de Luis XIV, a tortura era legalmente autorizada para se conseguir a confissão, e a defesa não existia, pois era desnecessária para quem fosse inocente. Todas as fases eram escritas e secretas.

Foi com o fortalecimento do capitalismo e o enfraquecimento da igreja canônica que as práticas,

como a tortura, foram arduamente contestadas, e o Ministério Público – ou o órgão na época encarregado da acusação – incisivamente defendido. Isso ocorre durante o Iluminismo, na Europa, onde tudo passa a ser questionado pela exaltação da razão. Com o desenvolvimento da teoria do contrato ou pacto social, realizada em maior destaque por Hobbes, Montequieu, Rousseau e Locke, debateu-se o Estado, desde sua formação (Contrato Social). Entende-se, a partir de então, que o *ius puniendi* é do Estado, que retira dos seus cidadãos o direito de vingança. No pacto social firmado, alguns ou todos os direitos – depende da linha do autor – pertencentes a cada indivíduo no estado de natureza utópica ficam em poder do Estado, detentor da segurança coletiva.

A partir do Iluminismo, o direito fica representado pela negação da guerra, pois soluciona os conflitos pacificamente, e o Processo Penal tutela quem supostamente rompeu o pacto social. Esse entendimento mudou a visão do Processo Penal.

Nessa época – há menos de dois séculos – reconheceu-se o Direito Processual como disciplina autônoma,[5] ramo do direito público e parte importante no estudo do Direito. A ideia da divisão das categorias processuais – civil, penal, trabalhista, de execução – de origem do positivismo jurídico, é sistemática, com o objetivo de facilitar a organização do Direito, adequando, todas as categorias mencionadas a uma só teoria geral do processo.

A publicização do Processo Penal e do Processo Civil, seguida da adoção parcial do Sistema Acusatório, redefiniu o estudo do Direito Processual. O Processo Penal é estudado como a forma adotada para solucionar a composição de conflitos, em que uma parte é representante da figura do Estado, e este é submetido a limitações, derivadas da lei ao seu *jus puniendi.* O Processo Penal, portanto, abrange toda a função jurisdicional estatal criminal. Já o procedimento apenas dirige formalmente os atos a serem produzidos, a forma de coleta de provas, o rito a ser seguido, etc…

Para um suposto infrator das condutas ilícitas típicas pode o Estado aplicar uma pena correspondente à gravidade do delito praticado. A pena só pode ser aplicada ou negada por meio do processo. E só com o Sistema Acusatório que o Processo é indiscutivelmente confiável e justo e atende aos princípios constitucionais.

2 Possibilidade de adoção de um sistema processual penal: diferenças entre sistema acusatório (puro), sistema inquisitivo, sistema misto e suas proximidades ao Estado Democrático de Direito.

O conceito de sistema processual penal é baseado na divisão existente entre acusatório, inquisitivo e misto. Estes sistemas revelam a proposta do Estado na forma de condução das práticas de controle social punitivo e nas garantias concedidas a quem violar o pacto. Foram estes sistemas formados após séculos de práticas em um dos sistemas, sempre presente em todas as sociedades, atingindo a todos os cidadãos, à instituição judiciária, ao processo legislativo criminal, à instituição do Ministério Público, à instituição das penitenciárias, à instituição policial e, especialmente, a todo o Processo Penal, e, "assim, para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais (…)"[6]

Entre os sistemas processuais penais existem muitas distinções, algumas em destaque que denominamos de diferenças primárias. Outras, chamamos de diferenças secundárias, pois não estão relacionadas como essenciais, e, de certa forma, são segmentos das bases primárias. As diferenças controvertidas podem estar presentes em outro sistema que não o seu próprio, sem, contudo, comprometer o sistema adotado.

Diferenças primárias: Quando o juiz tem em torno de sua figura as funções de investigar, acusar e julgar, estar-se-á, necessariamente, diante do Sistema Inquisitivo. Nesses casos, não há livre convencimento na sentença, porque o juiz que realizou investigações e formulou a acusação, já parte de sua íntima convicção formada, pois, ao atuar dessa forma, está muito propício a condenar o réu. A separação das funções surge não só pelo Ministério Público seja cuidando da acusação, seja atuando como *custus legis* (ao Estado não interessa a condenação em todos processos), mas também pela polícia judiciária que cuida das investigações e cumprimentos de diligências e pela defesa que resguarda os interesses do réu, todos eles formados a partir da ideia de Sistema Acusatório. Mesmo assim não são só estas as bases do Sistema Acusatório. O Sistema Acusatório parte da divisão dos poderes distribuídos entre as figuras processuais: entretanto, existe um longo processo de construção do sistema, para se tornar puro e, consequentemente, contrário a todas

práticas inquisitivas. Esta diferença de divisão dos poderes em torno das figuras processuais ou na concentração nas mãos do juiz é, sem dúvida, a diferença primária mais salientada entre o Sistema Acusatório e o Sistema Inquisitivo respectivamente.

Como segunda diferença primária observamos que, no sistema processual inquisitivo não há contraditório nem ampla defesa, pois, na maioria dos casos em que foi puramente aplicado, sequer admitia-se defesa para o réu. O Sistema Acusatório, ao contrário, consagra meios para a defesa prover sua plena técnica, prevendo nulidade dos atos comprovadamente realizados em infringência aos princípios basilares. Essas garantias estão positivadas em todas as constituições democráticas.

A terceira maior característica, tema do presente trabalho, é a da subjetividade no Sistema Processual Inquisitivo. O réu é o objeto do processo, e as avaliações recaem sobre sua conduta pregressa e até sobre seu estado de espírito, permitindo arbitrariedades e incertezas. O direito penal do autor sempre está comprometido a agravar situação reconhecidamente prejudicial ao réu, já que admite interpretações nocivas e, o pior, as perseguições aos desafetos e a proteção aos amigos. O direito penal do fato, utilizado pelo Sistema Processual Acusatório, avalia unicamente a ação praticada, indistintamente – seja o autor qual for – e com critérios preenchidos pela lei. As condutas são observadas pelos aspectos daquele dia e hora, o que permite uma defesa pautada em contra-argumentos de cunho jurídico. No direito penal do fato não se diz: – ele é de boa índole, está sob os cuidados de Deus – ou: – é de comportamento familiar impecável – mas diz-se: – a resposta à agressão foi em legítima defesa – que o acusado foi irresistivelmente coagido a realizar o ato, condutas estas preenchidas pela lei e relacionadas aos fatos narrados na denúncia.

Não basta o sistema de provas ser requerido pelo Ministério Público, mas elas devem ser mensuradas sem valoração entre elas. E para que estejam de acordo com o Sistema Acusatório devem as provas, obedecer a exigentes critérios legais, como os fixados para restringir a interceptação telefônica ou a confissão, pois, se dessa maneira não forem avaliadas as provas, não teremos segurança jurídica, já que existem outros direitos fundamentais a serem preservados, como o da intimidade pessoal e o do sigilo profissional. Atingir direitos como esses citados, sob o pretexto de condenar a todo custo um suspeito, sem outras provas, tem efeito negativo que recai sobre toda a sociedade. Pode a sociedade viver com receio de ter, todo o tempo seu telefone grampeado, seu trabalho – relação profissional protegida pelo dever de sigilo – sem o mínimo de confiança? Esses são os resultados da legitimação do Sistema Inquisitivo, que, além de comprometer a segurança social, cria pesos distintos para as provas. A confissão, obtida durante três séculos como a rainha das provas, se avaliada como antigamente, destrói por completo a construção de um Sistema penal civilizado, já que é extraída por várias maneiras hediondas. Não é somente a odiosa tortura que compromete a confissão, pois se deve considerar, se uma prova vale mais que outra, por que da imparcialidade e do verdadeiro convencimento do juiz, se ele está condicionado a aceitar a prova mais valiosa em detrimento das demais? Estas regras eram usadas no Sistema Inquisitivo.

A quarta e última diferença primária diz respeito à presunção que se tem do réu, fazendo que se inverta o ônus da prova. Assim, o Sistema Acusatório é regido pelo princípio de presunção de inocência, onde o réu é tido como inocente. Na verdade, nem uma condenação em primeiro grau de jurisdição gera essa presunção. É necessário que o réu tenha sido condenado, sem possibilidade jurídica de reverter esse quadro – ressalvada a revisão criminal – momento em que deixa de ser réu e inocente e passa a ser condenado e culpado. O Sistema Inquisitivo age sobre o princípio de culpa, já que o réu, objeto do processo e de julgamento, é tido como culpado e deve provar sua inocência, para se eximir de pena. Todas as prisões, portanto, no Sistema Acusatório, devem ser definitivas ou, antes disso, só se absolutamente necessárias para garantir o resultado final, seja ele o andamento regular e execução final do processo. Se o réu é, desde o início, considerado culpado, justifica-se, em tese, mantê-lo preso desde a instrução criminal. Caso o contrário, não. Em outras palavras, o Sistema Acusatório só é efetivo se acompanhado do princípio de presunção de inocência.

Um princípio moderno consignatário do Sistema Acusatório em oposição à confissão e, principalmente, em oposição à coação e a qualquer outra forma de restrição dos direitos individuais é o direito ao silêncio. Diferentemente, ocorre no Sistema Inquisitivo em que, ao permanecer calado, é o réu considerado culpado, pois está ele “escondendo a verdade” dos seus julgadores.

Diferenças secundárias: Extraem-se da Constituição da República do Brasil muitos direitos fundamentais calcados nos critérios adotados pelo Garantismo e pelo Sistema Acusatório e estabelecidos por nós como secundários. São esses conceitos classificados em secundários, pois

por si só, não determinam um sistema processual penal, mas os modelos radicais – Acusatório e Inquisitivo – valem-se dos mesmos. A doutrina diverge quanto ao conhecimento dos mesmos como condição validade de um sistema processual penal. Ferrajoli escreve que para os elementos não mencionados pela doutrina, que são típicas do Sistema Inquisitivo, existe o contraponto, que é encontrado no Sistema Acusatório.[7] Como afirma o mestre:

"*La selección de los elementos teóricamente esenciales está, además, inevitablemente condicionada por juicios de valor, a causa del nexo que sin duda cabe estabelecer entre sistema acusatorio y modelo garantista, y, por otra parte, entre sistema inquisitivo, modelo autoritario y eficacia represiva. Todo esto hace todavia más esencial distinguir en el plano metodológico, con toda claridad, de la reconstrucion de sus rasgos empíricos, en las diversas experiencias historicas (…)".*[8]

O Sistema Acusatório é possível pela distinção das funções – *actum personalum* – isso já sabemos; mas uma das mais importantes funções é a do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, observados os critérios mínimos. O Sistema Inquisitivo permitia a denúncia anônima, negando à mesma, critérios mínimos para sua admissibilidade. O contrário ocorre com o Sistema Acusatório em que somente o Ministério Público pode fazer a denúncia – na ação penal de iniciativa pública – e deve obedecer a requisitos mínimos de segurança, modernamente, estendidos para os elementos da justa causa. Sem os critérios mínimos para oferecimento de denúncia, pode-se dizer que o Sistema Acusatório é o sistema adotado? Parece que não, pois a denúncia é a primeira das formas para se realizarem perseguições. Muitos autores não fazem essa distinção entre os sistemas, talvez porque seja consequência das primeiras duas diferenças.

Outra diferença secundária a ser apontada é a justificativa da pena no Sistema Inquisitivo, que é a de correção do criminoso. Este deve pagar pelo delito causado e sofrer os castigos corretivos, aplicados pelo tribunal. No sistema acusatório, a justificativa da pena é a de retribuição, proporcional e humana, seguida da justificativa de recuperação do indivíduo. As penas desumanas para o Estado brasileiro são aquelas vedadas pela constituição, ou seja, as de trabalho forçado, a pena de morte, a pena de tortura, a pena de banimento e as penas perpétuas. A recuperação é vista como possível, porque o condenado, depois de cumprir a pena, volta para a sociedade. A retribuição é proporcional, pela gravidade do delito, atribuindo-se penas previstas por lei como as penas privativas de liberdade. No Sistema Inquisitivo não há limitação para os tipos de penas aplicáveis e pelo seu tempo de duração.

A última diferença secundária é a respeito das prisões pré-condenatórias. No Sistema Acusatório, que tem como orientador o princípio da presunção de inocência, somente quando houver presente algum dos requisitos autorizativos e excepcionais é que o juiz deverá decretar a prisão cautelar (preventiva ou temporária). O outro modo de prisão pré-condenatória no Sistema Acusatório é a prisão em flagrante que só deverá ser mantida quando necessária, por medo de fuga ou para assegurar a instrução penal.

No Sistema Inquisitivo, as prisões pré-executórias são os meios habituais de garantia, pois se o réu é culpado e deve provar sua inocência, o raciocínio lógico aponta para uma prisão, até que seja absolvido. Caso a presunção de culpa se mostre presente na condenação, mantém-se a prisão já decretada.

Outrossim, vale salientar que os aspectos secundários são de grande relevância, mas consequências dos aspectos primários.

Diferenças Controvertidas: Alguns autores classificam esses aspectos como parte integrante de um Sistema Processual Penal – Acusatório ou Inquisitivo – porém podem esses conceitos estar presentes em outro sistema, sem que ele perca sua característica essencial. Outros autores classificam como características de um sistema; preferimos apontar o porquê da divergência.

A oralidade supõe-se elemento do Sistema Acusatório, porque é no momento do julgamento que as provas são produzidas. Pelo motivo contrário, o processo escrito é tido, conceitualmente, como do modelo Inquisitivo, porque poderia ser forjado, escondido. O procedimento ordinário no Brasil, entretanto, é longo, e os juízes atendem a uma demanda muito grande de processos. Como fazer que cada juiz julgue apenas as provas orais e as defesas sejam todas dessa forma produzidas? Um país que adote as minutas para defesa, depoimento reduzido a termo e documentos escritos como provas, estaria enquadrado no Sistema Inquisitivo; porém, pode um país adotar esses procedimentos escritos sem violar sua essência acusatória, o que não ocorre se forem comprometidas suas

características primárias (diferenças). Para uma segurança jurídica, as provas devem ser escritas. Na *comum law* o procedimento oral é o adotado, só se apresentando provas essencialmente escritas, isto é, aquelas de natureza documental.

Outra distinção consagrada é a que aponta o processo penal acusatório aberto ao público, guardado de segurança, e, ao revés, o processo sigiloso cercado de dúvidas e pertencente ao Sistema Inquisitivo. A justificativa de sigilo, muitas vezes, é respaldada em segurança ou garantia ao acusado. Segurança, porque o sigilo protegia, antigamente, o fraco – testemunhas e vítimas – que atuassem contra o forte. Garantias, pois os efeitos do conhecimento público podem ser prejudiciais ao réu. Hoje, na Inglaterra, o caso que for muito comentado pela mídia e pela população não é julgado, até que não haja mais qualquer tipo de pressão sobre o resultado do processo. A regra lá é quase de processo sigiloso – basta o juiz requisitar fundamentadamente o sigilo – e a finalidade é a de maior garantia ao acusado.

Para tanto vale lembrar a lição de Hélio Tornagui:

"É errado atribuir ao processo inquisitório os característicos de sigilo e escritura. Os autores que tratam de processo consideram como formas secundárias.

Realmente, o processo inquisitório era escrito e sigiloso, mas essas formas não lhe são essenciais. Pode-se conceber um processo inquisitório com as formas orais e públicas."[9]

Consideramos, de forma complementar, que o Sistema Acusatório também pode ser escrito e sigiloso.

A última diferença controvertida diz respeito à verdade real, a ser bastante comentada nesse trabalho. Isto porque, nos dois Sistemas Acusatório e Inquisitivo, busca-se a verdade material (real). Em nome da verdade real faz-se uma falsa distinção entre o processo penal e o processo civil e uma inadequada semelhança entre os Sistemas Acusatório e Inquisitivo. O que se busca no processo Acusatório é a verdade que cada um pode dar, respeitada as regras formais. Será que no direito processual Acusatório não se observa a verdade formal, objetivando um convencimento próximo à certeza?

A verdade real deve ser abolida dos discursos jurídicos porque tal diferenciação serve para limitar a formulação de uma teoria geral do processo e legitimar atitudes inquisitivas dos magistrados em busca da verdade. A verdade, seja no processo civil, seja no processo penal, deve ser vista como resultado do processo alcançado pela reconstrução dos fatos pretéritos, observados os inúmeros dispositivos legais que condicionam a aplicação da verdade pura, ou seja, da verdade material. O conceito de verdade, em consonância com o princípio da igualdade, deve ser do imaginário de cada um. Excluída essa diferenciação entre verdade formal e material, as leis e os julgamentos devem reconhecer e tratar dignamente a verdade alheia. O comportamento de cada indivíduo não pode mais seguir os moldes sociais. O outro deve ser visto como o outro e receber interpretação conforme o grupo em que vive. Da forma que a verdade social atua, muitos ficam segregados e estigmatizados como os drogados. Na verdade jurídica não é diferente. Deve a Justiça enxergar por trás do véu da verdade única.

Vistas as diferenças entre os únicos dois sistemas puros, resta agora analisar o *Sistema Misto.*

O Sistema Misto não é sistema processual penal originário, mas, sim, a combinação entre os dois sistemas puros: o Acusatório e o Inquisitivo. É, hoje, na maior parte do mundo o sistema adotado, visto que poucos países conseguem manter uma estrutura processual acusatória pura ou inquisitiva pura. Com todo respeito aos doutrinadores divergentes, se o Sistema Misto é utilizado em quase todo o mundo, deve ser estudado como categoria autônoma, pois negá-lo seria o mesmo que rejeitar a prática forense. E isso em nada contribuiria para o aperfeiçoamento do processo penal. Vale afirmar sua existência, até para criticá-lo.

O Sistema Misto é conhecido:

I) nos países que adotam o juizado de instrução;

II) nos países que adotam uma relação de diferentes fases processuais sucessivas – uma inquisitória outra acusatória – que se afetem reciprocamente;

O conhecido juizado de instrução é, de regra alinhado ao Sistema Misto ainda adotado, por exemplo, na França e na Itália. O juiz acompanha as investigações em uma primeira fase na função de juiz-inquisitor. Depois há uma segunda fase em que ele apenas julga, dessa vez, na função precípua de julgador. Não é este o caso de soma dos sistemas processuais penais num só, mas, sim, a aplicação sucessiva dos Sistemas Inquisitório e Acusatório, decorrentes do processo instaurado.

Dos países que adotam a primeira fase de investigação policial sem os princípios acusatórios e de caráter inquisitorialista, e a segunda fase jurisdicionalizada, seguindo os princípios do Sistema Acusatório, diz-se que possuem uma primeira fase inquisitiva e uma segunda fase acusatória. A fase do inquérito policial existe apenas para a colheita de provas que servem de suporte mínimo para a denúncia. Nesse caso, o critério preponderante para determinar o sistema processual penal adotado ainda é o da fase judicial, onde aparece o processo e quando as provas devem ser produzidas. Obedecidos fielmente esses procedimentos não há que se falar em Sistema Misto, mas, somente do Sistema presente no processo juridicionalizado. Se as provas colhidas pelo regime inquisitorialista forem usadas no julgamento, excede-se a competência inicial das peças de informação – abastecer a denúncia – invadindo a esfera da formação de convicção do juiz. Estaremos, neste segundo, caso diante de vestígios de um Sistema Inquisitivo.

O diagnóstico do sistema adotado não é tão simples de se fazer quanto parece, pois em um aparente Sistema Acusatório podem ser adotados muitos aspectos e normas oriundas do Sistema Inquisitório (e vice-versa), transformando-se em um Sistema Misto. Este terceiro caso é reconhecido pela doutrina por ser muito presente em muitos países. Consideramos que, só se a utilização de normas inquisitivas e acusatórias forem igualmente usadas – meio a meio – se deve falar em Sistema Misto.

O Sistema Misto, contudo, apresenta retrocessos para a nação que queira se aproximar de um Estado Democrático de Direito. Essa é uma busca que os países de 1.º, 2.º e 3.º mundo – se é que essa classificação vale de algo – ainda estão realizando. Em matéria processual, só o Sistema Acusatório puro alcança bases sólidas e suficientes em si, para dar respaldo a um Estado Democrático de Direito. Como Sistema Acusatório puro entendemos aquele que observe na prescrição legal e na realidade fática do país, todos os aspectos por nós incluídos como primários e secundários.

3 Características peculiares do sistema processual penal pragmático brasileiro

Um caso peculiar, que apresenta evolução nas normas adotadas é o sistema processual penal brasileiro. O Sistema processual penal brasileiro ainda apresenta contrariedades, primeiro entre as normas adotadas na Constituição da República e algumas poucas normas contidas nas leis ordinárias vigentes, e, em segundo, entre o Sistema Acusatório puro e a prática forense criminal.

A separação das funções existe hoje, mas, antigamente, o CPP (LGL\1941\8), admitia em alguns procedimentos, como as contravenções penais, quando o juiz podia iniciar as investigações. A estrutura modificou-se com a Constituição da República de 1988, que colocou o Ministério Público como única parte com legitimidade para conduzir a ação penal. Note-se que, em casos especiais, definidos em lei, apenas a iniciativa é privada ou subsidiária; a ação penal continua pública.

Restaram, até hoje, poderes investigatórios para o juiz, pouco compatíveis com o Sistema Acusatório. O grande exemplo é o do art. 156 do CPP (LGL\1941\8) sobre a condução das provas: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante." (destaque acrescentado)

Trata-se de norma que cria poderes investigatórios para o juiz, sempre que tiver uma dúvida relevante. Essas provas, requisitadas pelo juiz, sob pena de desconhecimento sobre ponto relevante, permite que ele investigue ou ordene quem o faça. A função anômala que o art. 156 impõe ao juiz pode se caracterizar por dois motivos, como ensina Geraldo Prado:

"quer em razão de atribuir ao juiz o que é direito das partes, conexo ao de ação e de defesa, e portanto, no primeiro caso, vinculado à acusação, quer por colocá-lo na difícil posição de *investigador imparcial* na medida em que todo investigador parte de uma premissa, que aceita como verdadeira, a ela vinculando psicologicamente.

(...) Portanto é estranho ao sistema acusatório, porque incompatível com o princípio acusatório, o poder do juiz, por exemplo, de ofício de decretar a prisão preventiva do indiciado."[10]

Esse artigo deve ser revogado, para que o juiz fique impedido de exercer função anômala. Defendem-se alguns juízes, dizendo que não podem confiar sempre plenamente na acusação. Para os juízes que sintam que o membro do Ministério Público é suspeito ou sem atribuição, deve ser criada norma, possibilitando comunicação ao conselho do Ministério Público, para este tomar providências, se as achar necessárias. O que não pode é, por esta justificativa, o juiz investigar ou acusar. Essa exceção compromete o Sistema Acusatório brasileiro, pois fere sua principal característica.

O subjetivismo ainda é o maior obstáculo para aplicar-se o Sistema Acusatório puro no Brasil. Basta, dizer que, sem as modificações necessárias – os antecedentes, se forem aplicados para efeito de pena base, somente podem ser incluídos na decisão condenatória, e, até então, eles devem permanecer desconhecidos pelos julgadores – o Brasil não alcançará o desejado Sistema Acusatório puro. Prova do subjetivismo ainda aplicado no Brasil é sua confrontação com transcrição de definição do sistema acusatório penal:

"O Direito Penal só pune fatos (ação/omissão), para estabelecer uma responsabilidade por fato próprio (direito penal do fato), opondo-se a um direito penal do autor fundando no modo de vida ou do caráter"[11]

A utilização no julgamento de provas colhidas de forma inquisitiva, sem contraditório, sem defesa e sem observância do Ministério Público no julgamento, também compromete o Sistema Acusatório. Para o Brasil duas são as soluções:

I – ou as provas produzidas no inquérito servem apenas para base da denúncia e depois de acolhidas elas são desentranhadas, modificando-se o juiz que vai julgar e presidir a causa;

II– ou cria-se novo agente ou função para o Ministério Público, que teria que acompanhar as diligências policiais.

Nos dois casos, o interrogatório em sede policial, onde ocorrem inúmeros abusos, deve ser desconsiderado, só valendo o interrogatório em sede judicial. Restaria para o interrogatório policial e as demais provas repetíveis servirem de base para a denúncia. Sem que se reforme radicalmente o inquérito, principalmente no que diz respeito ao acolhimento judicial das provas produzidas no regime inquisitorial, está comprometida a efetivação do Sistema Acusatório puro no Brasil.

O sistema de provas no Brasil obedece ao livre convencimento do juiz, não valorando antecipadamente as provas por pesos distintos. As regras de observância das provas (i) lícitas estão seguindo o padrão moderno, ou seja, quer-se instituir a teoria dos frutos da árvore envenenada, e, consequentemente, alinhá-la ao Sistema Acusatório.

O princípio de presunção de inocência precisa de maior aplicação prática, pois algumas normas – como a que impede a apelação quando o réu não se recolhe à prisão sendo reincidente – o ignoram. A presunção de inocência não admite interpretação restritiva e deve ser entendida como o inverso da presunção de culpa, consagrada pelo Sistema Inquisitivo.

As regras dos requisitos mínimos para o recebimento da denúncia são plenamente respeitadas pela lei, e, na maioria absoluta das vezes, pelos promotores públicos. Falta apenas modernizar as condições mínimas, incluindo-as no conceito de justa causa. A ausência de dispositivo constitucional desta técnica requintada não retira o caráter acusatório do recebimento da denúncia.

Optamos pelo Sistema Acusatório como o sendo adotado no Brasil porque se percebe, embora lenta, a sua evolução nas últimas décadas – desde o início de 1970 em diante – na tentativa de adoção de um modelo próximo ao Acusatório puro. Deve-se, contudo, reconhecer que leis como práticas judiciais recentes foram realizadas com normas inquisitivas, embora as normas de conteúdo principiológicos foram, desde 1988, definindo o Sistema Processual Penal brasileiro, no caminho de um Sistema Acusatório.

Os artigos que avaliam dados pessoais do réu e que ainda são plenamente adotados, na maioria dos casos, sequer são contestados pela doutrina. Poucos se voltam para essa questão, que foi ponto

central do Sistema Inquisitivo, ou seja, o subjetivismo.

4 Garantismo penal e direitos fundamentais

O Garantismo penal é a teoria que atribui a devida importância às normas processuais, concernentes à proteção do acusado e que trazem segurança jurídica a toda sociedade. Está reformulada em princípios orientadores – axiomas – e tem como seu principal defensor Luigi Ferrajoli, discípulo de ninguém menos que outro italiano, Norberto Bobbio. O Garantismo procura reformular o sistema penal sob uma ótica constitucional e acusatória, introduzindo novas propostas que ampliam os horizontes dos direitos fundamentais penais.

O garantismo penal é completamente alinhado ao Sistema Acusatório, sendo que desse se difere. O Sistema Acusatório é regido por princípios que tornam o processo penal confiável e com funções divididas. Está o Sistema Acusatório em oposição integral ao Sistema Inquisitivo; portanto, é regulado pelos princípios processuais que atuam no processo de forma contrária ao Sistema Inquisitivo. As exigências de uma estrutura garantista e democrática, em que prevaleça a Justiça, para atender a vontade do povo, pauta-se em regras reguladas por princípios acusatórios.

Por fim, nesse breve trecho explicativo, o Garantismo trouxe, com competência, a cientificidade jurídica que faltou ao direito alternativo ao se defender um patamar democrático e justo em material criminal. Sem menosprezar os demais autores que trataram de garantismo, é em Luigi Ferrajoli que observamos o mais sólido e completo estudo do tema. Coerente do começo ao fim, o livro *Derecho y Razon*, em que nos baseamos para formular esse item, deve ser lido por todos que se interessem pelo tema; o sóbrio estudo mostra-se por si que não é mero modismo. Apesar de nos basearmos nesse livro, acrescentamos reflexões, entre as quais se destacam as concernentes ao momento do garantismo e sua aplicabilidade no Brasil.

O modelo normativo de direito que respeita o princípio da legalidade estrita é o garantismo, que se classifica em dez axiomas, divididos em uma teoria geral do garantismo penal. A teoria parte da função prioritária do estado democrático de direito, capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade no plano jurídico. Esta é uma garantia aos cidadãos imposta ao Estado, que deve ser satisfeita de modo efetivo.[12]

Os dez axiomas trazem inúmeras consequências e novos axiomas derivados. Para que o Estado seja garantista, deve cumprir todas as garantias e suas consequências; dessa forma, nenhum Estado é plenamente garantista, há apenas um nível maior ou menor de aproximação. O desenvolvimento das garantias penais e processuais penais fica, portanto, introduzido pelos seguintes axiomas, derivados dos brocardos latinos:

I. *Nulla poena sine crimine*, que traduz o princípio da retribuição pelo delito praticado;

II. *Nullum crimem sine lege*, que traduz o princípio da legalidade em sentido estrito ou em sentido lato;

III. *Nulla lex sine necessitate*, que traduz o princípio da necessidade e da intervenção mínima e seus consequentes, como da vedação ao excesso;

IV. *Nulla necessitas sine iniuria*, que traduz o princípio da lesividade do ato e do princípio da insignificância penal;

V. *Nulla iniuria sine actione*, traduz o princípio da autoria, e seus consequentes como indícios mínimos e comprovação da autoria com provas de elementos do crime;

VI. *Nulla actio sine culpa*, traduz o princípio da responsabilidade pessoal do agente e da culpabilidade penal;

VII. *Nulla culpa sine iudicio*, traduz o princípio da jurisdição natural e seus consequentes, como da proibição do tribunal de exceção;

VIII. *Nullum iudicio sine acusatione*, traduz o princípio da separação das funções entre juiz, acusador e defensor, assim como seus consequentes – denúncia e requisitos mínimos;

IX. *Nulla acusatio sine probatione*, que traduz o princípio da prova e todos os seus consequentes;

X. *Nulla probatio sine defensione*, que traduz o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa.[13]

Estes princípios compõem o modelo garantista formado pelos mais conhecidos elementos penais: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação (omissão), culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. Como se percebe, os últimos quatro axiomas tratam da parte processual penal e os sete primeiros da parte de direito material.

Os axiomas expostos misturam-se formando desdobramentos entre si que se parecem com fórmulas matemáticas, totalizando 75 axiomas, como *nula pena sine necessita* ou *nulla accusatio sine probatione* e *sine defensione*. Observamos no Direito Penal e Processual Penal brasileiro, alguns desses aspectos como: a busca pela normatização da defesa efetiva, da disciplina das provas e exclusão das provas ilícitas, do princípio da lesividade e do princípio da intervenção mínima, usados recentemente pela jurisprudência nacional. Assim, encontramos no Brasil paralelos de muitos dos axiomas derivados, sejam aplicados totalmente, sejam aplicados em parte, sejam apenas debatidos ou sejam ineficazes. A teoria do garantismo só subsiste com a efetivação de todos eles, o que, se seguida a teoria ao pé da letra, torna o Brasil não garantista. Entendemos que não se pode dizer que o direito e o processo penal no Brasil são hoje anti-garantistas, mas, sem dúvida já o foram há menos de cinquenta anos.

A unidade dos axiomas torna o modelo garantista aparentemente utópico, mas desejado. Alguns dos axiomas são cumprimos com rigor, outros em parte, pois seus desdobramentos não são pragmaticamente efetivos, como veremos no estudo dos princípios no item seguinte. Com evolução social, legislativa, jurídica e política pode-se alcançar o modelo. Muitos dos axiomas puros ou seus desdobramentos convergem com a tendência penal moderna brasileira, defendida pela vanguarda jurídica.

Cada um dos axiomas traz implicações próprias e acarreta vários princípios constitucionalmente protegidos. Necessário é que determinados princípios sejam revisados para a implementação plena das garantias, como o da verdade real, da presunção de inocência e o da justa causa.

O grau de garantias de um sistema penal está de acordo com a efetividade das práticas do sistema. Ferrajoli crê, que entre o nível de previsão constitucional e o nível das práticas criminais fundamentadas na legislação ordinária, as garantias italianas estão em nível final baixíssimo. Acreditamos que as garantias no Brasil estão bem disciplinadas, e no Poder Judiciário são aplicadas em nível médio; fora dele, inquéritos policiais, costumes sociais fora da lei mostram que o nível de garantias pré-processuais é miserável.

Uma Constituição deve regular essa disfunção jurídica, fazendo mais do que disciplinar os direitos e princípios modernos; deve prever os mecanismos de efetivo funcionamento das suas práticas e bases – sobretudo de garantias – de forma a controlar e neutralizar o poder e direito ilegítimos. Também nesse quesito, o ordenamento jurídico brasileiro está longe de se tornar efetivo.

Também estabelece o garantismo uma influência essencialmente externa ao direito, com o fim de legitimar a política do Estado Democrático de Direito. A política legislativa, vista pela composição ideológica, dos membros da Câmara e do Senado, por vezes, se afasta dos seus valores jurídicos principiológicos. Isso acontece quando os legisladores atendem a interesses de momento, mesmo quando atendem ao desejo do povo, fundamentados em interesses e necessidades "naturais" e "urgentes" de política criminal.

Certo é que tornar as garantias efetivas, necessita de maturidade democrática das forças sociais e políticas, da lealdade dos poderes públicos às instituições, e do apoio prático oferecido contra as ações anti-garantistas. A fidelidade dos poderes públicos consiste no respeito aos princípios constitucionais, seja na hora de legislar, seja na hora de normatizar as leis constitucionais existentes, seja na hora de aplicar a lei em consonância com as conquistas alcançadas.

O reconhecimento constitucional de novos direitos fundamentais, a jurisprudência inovadora e a criação de novas garantias legais, principalmente de normas processuais eficazes servem de base de sustentação para efetivar o garantismo.

Observamos, no Brasil, que embora timidamente, as inovações e posições doutrinárias são, em boa parte, garantistas; entretanto recentes decisões isoladas ameaçam o garantismo e as duras

conquistas em matéria de direitos fundamentais. Tal reconhecimento acerca da preservação dos direitos fundamentais, exaustivamente aclamados pela doutrina majoritária e por parte dos tribunais, deve continuar.

5 Conclusão

Parte deste trabalho foi escrita há alguns anos, extraído da minha dissertação de mestrado e sua conclusão era otimista, pois mostrava a evolução no tema, com reformas vindouras. Entretanto, os fatos que marcaram 2016, apontam em direção oposta à adesão do sistema acusatório puro. Sem adentrar na seara política ou mesmo examinar os fatos concretos que conduziram a escutas telefônicas com foro privilegiado ou condução coercitiva de ex-presidente da República, todos fatos consequentes são fundados em remissa equivocada, a saber: do juiz investigador. Tanto nos Estados Unidos como no Alemanha esta é uma figura contaminada afastada do julgamento definitivo. Nas tradições constitucionais mais festejadas e avançadas do mundo o debate recai sobre os poderes investigatórios do Ministério Público, nunca dos magistrados. Os fatos vividos e festejados pela população e mídia leiga no Brasil demonstram um retrocesso jurídico-constitucional em um indubitável ponto: o sistema processual constitucional puramente acusatório. Muitas conquistas de liberdades arduamente alcançadas são derrubadas com esta posição do juiz-investigador, juiz acusador, juiz-herói. Isto não é neoconstitucionalismo, muito menos garantismo, mas sim, autoritarismo judicial que se funda na equivocada percepção de que se pode desprezar o sistema acusatório puro para fazer valer os poderes judiciais. E não podemos esquecer: não há justiça, sem a preservação das garantias constitucionais!

6 Bibliografia

COUTINHO, Jacinto de Miranda. *Lide e Conteúdo do Processo Penal.* Paraná, Editora Juruá, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razon:* Teoria do Garantismo Penal. Madrid, Editora Trotta, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1999.

RIBEIRO, Mauricio Antonio Lopes**.***Princípios Políticos do Direito Penal.* São Paulo, Editora RT, 1999.

THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.

TOURINHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, vol I.* São Paulo, Editora Saraiva, 1997.

---

1 Para Sigmund Freud a civilização constrói-se sobre a renúncia do instinto humano. Assim, a vida em sociedade impõe regras de grandes sacrifícios para a sexualidade, a agressividade e a liberdade do homem. Essas regras são muitas vezes violadas pela natureza e compulsão do desejo humano. A liberdade plena é preterida à segurança oferecida pelo Estado, levando a contradições nos indivíduos (cf. Freud, *O Mal-Estar na Civilização*, p. 72).

2 Por mais moderno que se tem imaginado, na Grécia antiga só podiam participar da política menos de 20% da população, pois escravos, mulheres, estrangeiros, crianças e jovens, militares, prisioneiros e pessoas com baixa renda ou poucas posses ficavam excluídos das assembleias e votações.

3 Cf. Fernando Tourinho Filho, *Processo Penal* vol. I, p. 78.

4 Outro fato marcante no fim do ápice do Direito Canônico foi o aparecimento da prisão como pena final. O confinamento, até então, só existente em embarcações, passou a ser realizado em monastérios isolados, vigiados por clérigos, onde permanecia o condenado, muitas vezes sem espaço para se mexer, suplicando que lhe tirassem a vida. A pena privativa de liberdade surgiu para reprimir, corrigir, da pior maneira, o condenado. Cf. Augusto Thompson, *A Questão Penitenciária*, p. 74.

5 Ultrapassada a concepção da natureza privada do processo como as teoria de contrato e quase-contrato, muitas outras foram formuladas. Indicamos entre aqueles que estudaram muitas outras teorias modernas até chegar no estágio atual: Alcalá-Zamora, Enrico Libman, Francesco Carnelutti, Juan Montero Arouca, e outros.

6 Cf. Jacinto Miranda Coutinho, Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro. p. 8

7 Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho e Razon*, p. 562-567.

9 Cf. Helio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal,* vol. I, p. 310.

10 Geraldo Prado, Sistema Acusatório, p. 167-169.

11 Cf. Maurício Antonio Ribeiro, Princípios Políticos do Direito Penal, p. 102.

12 Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*, p. 852-854.

13 Luigi Ferrajoli, opus cite, p. 91-97.

8 Cf. Luigi Ferrajoli, opus cite, p. 563.