

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

LUCIANO SANTOS LOPES

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Nestor
Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-127-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste CONPEDI de Belo Horizonte houve uma diferente estratégia de discussão, tomando-se como parâmetro os encontros passados. Houve uma cisão entre os Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em razão da grande quantidade de trabalhos apresentados.

Assim, o presente Grupo de Trabalho tratou de enfrentar apenas as questões atinentes ao Processo Penal, sempre à luz da referência constitucional.

Foram 25 artigos aprovados inicialmente. Contudo, apenas 21 deles foram efetivamente apresentados em 13 de novembro de 2015. São apenas estes que compõem, portanto, o presente livro.

Coordenaram os trabalhos o Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR); o Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA); e o Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. E o resultado foi muito interessante, frise-se.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados, então, seguiu a seguinte ordem: teoria geral do processo; sistemas processuais; princípios e regras no processo penal; aplicação de princípios constitucionais ao processo penal; a questão da justiça militar; investigação criminal e produção de provas no processo penal; questões ligadas à aplicação de pena e à execução penal; questões ligadas à ritualística do processo e de seus vários modelos procedimentais especiais.

A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal. E isto ocorreu sob os mais variados aspectos teóricos. Certo é que, entre convergências e divergências, esta constante preocupação existiu à unanimidade, pode-se afirmar.

Percebeu-se uma preocupação ímpar com a localização do argumento constitucional na legitimação do processo penal, sempre tomando como referência o Estado Democrático de Direito. E, pensa-se, não poderia ser diferente.

Uma primeira preocupação que surgiu nos debates foi a da definição da finalidade do processo penal. Discutiu-se muito acerca da adoção, ou afastamento, da teoria instrumentalista. Foi colocada ao debate, em contraponto à tradicional teoria antes anunciada, a concepção do processo como garantia. Por evidente, tal discussão não tinha como finalidade a adoção definitiva, para o Grupo de Trabalho, de uma destas teorias. O espaço de debate serviu apenas para a reflexão de que modelos contrapostos podem (e devem) ser apresentados ao operador do Direito. Isto, porque as definições de estratégias argumentativas serão inócuas enquanto não se entender, primeiramente, qual a finalidade do processo.

Discutiu-se muito, também, o papel dos atores processuais (Magistrado, Ministério Público, Advogados, Acusados, Vítimas, etc.). Trata-se de outra premissa relevante ao extremo, necessária para situar cada um destes operadores jurídicos no espaço processual. Tal questão também faz parte, portanto, da construção do argumento legitimador da intervenção punitiva.

Uma interessante constatação: a temática da principiologia foi recorrente em cada uma das abordagens realizadas. Isto revela, pensa-se, a preocupação que o Grupo de Trabalho teve com a perfeita colocação da Teoria Geral do Direito no debate, com um certo papel de protagonismo (junto com a Hermenêutica Constitucional).

A partir destas definições gerais, e fundamentais, pôde-se ingressar nas discussões sobre provas e sistemas de investigação. São temas de alta importância na construção do modelo constitucional de processo penal. Outra curiosa constatação foi a de que a Justiça Militar, normalmente muito esquecida nos debates acadêmicos, veio para o centro das discussões em algumas oportunidades neste GT.

Certo é que a premissa constitucional deve ser capaz de fundamentar o exercício do papel punitivo estatal, sem deixar de considerar o igual protagonismo da tutela das liberdades individuais. Este equilíbrio se faz necessário (pode-se afirmar, mais: é fundamental) e é fruto de um compromisso axiológico decorrente exatamente dos valores impressos no texto constitucional.

Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica

garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construir um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos.

Em resumo, estas foram as principais questões (e impressões) que do GT de Processo Penal e Constituição surgiram.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR);

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA);

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

**OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E SUA PERSPECTIVA HISTÓRICA.
THE CRIMINAL PROCEDURE SYSTEMS AND ITS HISTORICAL PERSPECTIVE.**

Rodrigo Lima e Silva

Resumo

O presente artigo tem a pretensão de realizar a reflexão crítica sobre a origem e o desenvolvimento histórico dos sistemas processuais penais. A pertinência do estudo se dá pela análise da transformação histórica das bases processuais penais que foram utilizadas pela humanidade para a resolução de conflitos de natureza penal, permitindo uma melhor compreensão sobre a estrutura do processo penal como termômetro dos elementos corporativos ou autoritários que integram a Constituição, com a intenção de colaborar com estudos de abordagem histórica sobre sistemas processuais penais, para ao final enquadrar o sistema processual penal acusatório brasileiro diante de um cenário brasileiro de base democrática vulnerável e de crônico desrespeito às liberdades individuais.

Palavras-chave: Sistemas, Processo, Penal

Abstract/Resumen/Résumé

This article claims to perform a critical reflection on the origin and historical development of criminal procedural systems. The relevance of the study is given by analyzing the historical transformation of criminal procedural bases that were used by mankind for solving conflicts of criminal nature, allowing a better understanding of the structure of criminal proceedings as a thermometer of corporate or authoritarian elements that are part of the Constitution with the intention of collaborating with historical approach of studies on criminal procedure systems, to the end frame the Brazilian accusatory system in a Brazilian context of vulnerable democratic basis and chronic disrespect for individual freedoms.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Systems, Procedure, Criminal

SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E SUA PERSPECTIVA HISTÓRICA.

1 – Apresentação do tema

É corrente a afirmação de que os sistemas processuais penais estariam impregnados de conceitos do passado, que, na atualidade, impediriam a elaboração de um conceito cristalino no que se refere ao processo penalⁱ.

No Brasil, o tema é pouco explorado, pois a maioria das obras que tratam especificamente de processo penal, limitam-se apenas a indicar características de um ou outro sistemaⁱⁱ.

Contribuindo para o assunto, Zilli explica como se dão as dinâmicas dos sistemas processuais penais e como é possível examiná-los:

Sistemas processuais penais são, pois, campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias. Assim é que a menção a sistema processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias. Assim é que a menção a sistema acusatório, por exemplo, indica a existência de um círculo no qual são encontrados vários aspectos processuais penais que se interrelacionam de tal modo que seu agrupamento é possível sob aquele rótulo. E este círculo, note-se, poderá ser contraposto e comparado a outros, desde que tenham se valido de critérios logicamente assemelhados para sua formação. É fundamentalmente por essas razões que o sistema acusatório poderá ser examinado isoladamente, ou mesmo, em cotejo com outros dois sistemas que a ele podem ser contrapostos: quais sejam: o inquisitório e o misto.(2003, p. 35)

Saliente-se que os sistemas processuais também indicam e refletem a resposta do processo penal às exigências do Direito Penal e ao modelo de Estado adotado em cada época. Esse ponto de vista encontra respaldo na análise de Goldschmidt, quando assevera que:

“los principios de la política procesal de una nación no son outra cosa que segmentos de su política estatal em general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termometro de los elementos corporativos o autoritários de su Constitucion. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal há desarrollado un numero de principios opuestos constitutivos del proceso(...) El predominio de uno u outro de estos principios opuestos em el derecho vigente, no es tampouco más que un tránsito del derecho pasado al derecho del futuro.” (1935, p. 67)

Portanto, partindo da premissa de que a estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição, deve ficar consignado que o Brasil adota o sistema processual penal acusatório, inobstante conviva com um crônico desrespeito às liberdades individuais e com uma base democrática vulnerável.

Conforme o magistério de Aury Lopes Junior (2007), predomina o sistema acusatório nos países que respeitam a liberdade e que possuem uma sólida base democrática e que, em sentido oposto, o “sistema inquisitório predomina historicamente em fases de maior repressão, caracterizados pelo totalitarismo ou autoritarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais” (2007, p. 58).

Assim, é pertinente refletir sobre o sistema processual penal adotado no Brasil, tema que levanta interessantes discussões, apresentando suas evoluções e transformações históricas.

Isso se dá diante da constatação de que a doutrina contemporânea apresenta divergências em relação à conceituação de tais sistemas, sendo assim, o presente estudo volta-se à análise histórica dos sistemas com a pretensão de indicar suas diferenças e principais características, para ao final enquadrar o sistema processual penal adotado pelo Brasil.

2 – Os sistemas processuais penais e seu desenvolvimento histórico.

Existe uma preocupação com a contextualização do elemento histórico na produção científica jurídica, Geraldo Prado aponta que:

“a capacidade de racionalizar o modo como as questões em torno da punição de agentes foram resolvidas, ao longo do tempo, permite identificar pontos de contato entre as várias formas e relacionar estes pontos a modelos específicos de organização política”(2006, p. 53).

Por seu turno, Miguel Reale esclarece:

“É possível que a meditação da história nos torne mais conscientes das razões concretas da atividade jurídica, de maneira que as necessárias estrutura e processos formais, garantidores da justiça, não se convertam em rígidos entraves à atualização espontânea dos fins que compõem a constante ética do direito”(1956, p.10)

Portanto, o estudo do tema sob a perspectiva histórica se torna relevante ao direcioná-lo ao desenvolvimento histórico das bases processuais que foram utilizadas pela humanidade para a resolução dos conflitos de interesse de natureza penal, levando-se em consideração, a realidade social, política e econômica das civilizações ocidentais.

Deve-se frisar que no início da história da humanidade, não havia definição de procedimentos para a solução de conflitos de interesses de forma organizada, eis que prevaleciam os costumes, as regras morais, as credences religiosas e a vontade dos mais fortes. A compreensão do predomínio da cultura nesse processo é bem descrita por Lago, nos seguintes termos:

“Nessa época, a reação punitiva era expressada de forma diferenciada, à medida que o fato importasse em agressão perpetrada contra o grupo ou contra pessoa determinada, de acordo com a gravidade e ameaça do fato à sociedade ou apenas à vítima ou sua família, sendo que, uma vez ameaçada a paz ou integridade do grupo social, cabia punir o agente com vingança, pois acreditava-se que de outro modo a sociedade jamais voltaria a gozar de tranqüilidade. Mas, se a infração cometida não importasse em um dano irreparável, se não atingisse as condições existenciais da sociedade, cabia ao agente tão-somente restabelecer o *status quo ante*, satisfazendo assim aos objetivos da sanção aplicada e aos anseios das pessoas particularmente atingidas. Todavia, quando o ato danoso era praticado por integrante de outro grupo social, era tido como uma agressão perpetrada contra todo o grupo, importando em religiosa e obrigatória vingança, distribuindo-se no grupo social atingido o dever de vingança”. (2000, p. 443)

A forma de punir e sua efetividade é uma preocupação que persegue a humanidade, o grande dilema atual é tornar a punição efetiva, atendendo aos interesses do Estado e da sociedade, sem desprezar os direitos e as garantias individuais.

Mesmo assim, verifica-se que os direitos e garantias individuais foram historicamente desprezados, mas representaram conquistas ocorridas nos períodos de evoluções dos sistemas processuais e penais.

2.1 - O sistema processual penal acusatório.

Com a evolução das sociedades, as formas de resolução de conflitos de interesses giraram em torno do dano, sem diferenciação de ilícitos civis ou penais, sistematizando as regras procedimentais de implementação do direito.

Logo, no final do século XVIII e início do século XIX desapareceram os suplícios e o domínio sobre o corpo surgindo traços de humanidade no tratamento de pessoas acusadas de delitos.

Na Grécia, fazia-se a distinção entre os crimes privados e públicos, entendendo-se que os primeiros produziam danos de pequena importância – sua repressão dependia da iniciativa exclusiva da vítima -, enquanto os segundos atingiam a coletividade – sua punição não podia ficar à mercê do ofendido e sua apuração era feita com participação direta dos cidadãos.

Em outras palavras, nessa segunda hipótese, qualquer pessoa do povo, em nome próprio (fosse ou não a vítima da infração penal), poderia sustentar a acusação, apresentando suas provas e formulando suas alegações perante o Tribunal competenteⁱⁱⁱ.

É interessante ressaltar que, para evitar ações penais levianas ou que tivessem somente a intenção de atingir terceiros, deveria o cidadão acusador depositar um valor pecuniário referente às despesas judiciais.

Se a decisão fosse procedente, ocorrendo a condenação do acusado, o acusador recebia um prêmio que variava de três quartos à metade da multa aplicada ao condenado (MARINHO, 1979), ou locupletava-se dos bens confiscados deste (LOPES, 2002)^{iv}

Mas, se o acusado fosse absolvido, seria analisada a conduta do acusador e se a quinta parte dos juízes entendesse como fundado o direito de acusar, não sofreria qualquer pena; em caso contrário, poderia se submeter a multas ou interdição ao direito de acusar (ROMEIRO, 1978).

O procedimento nos delitos graves que seriam aqueles que atentavam contra o próprio Estado, eram denunciados pelos Tesmotetas perante a Assembléia do Povo ou ante o Senado, os quais indicavam o acusador e o Arconte designava e compunha o tribunal popular para julgamento.

No dia marcado, manifestava-se primeiramente o acusador, produzindo suas provas, depois falava a defesa, votando os juízes, sem deliberar e a decisão era tomada por maioria de votos, sendo absolvido o acusado, se houvesse empate. Os juízes colocavam-se na posição puramente passiva, como árbitro de uma luta entre as partes.

Em relação à defesa, explica Lopes (2002) que se considerava “moralmente indigno” receber dinheiro para a defesa.

Na época, os redatores de discursos mantinham-se oficialmente ocultos, ou se apresentavam como não tendo recebido dinheiro. Julgava-se que quem precisava pagar não tinha boa causa, no entanto, isto era muito mais formal do que real, porque logógrafos tornaram-se comuns.

A ideia fundamental era de que qualquer cidadão pudesse apresentar-se perante os tribunais, juízes e árbitros para defender seus interesses ou pontos de vista.

Na prática, cresceu a atividade dos redatores de peças judiciais, entretanto, o advogado era visto como cúmplice, o reconhecimento de seu trabalho com semelhança ao da contemporaneidade só ocorreu no Século XIII, sob influência do direito canônico.

Como explica Rubianes (1985), em Atenas, os tribunais mais importantes foram Assembleia do Povo – reunia-se para julgar crimes políticos graves, sem qualquer garantia para o acusado; Areópago – competente para julgar crimes aos quais se cominava pena capital (homicídios, incêndios etc...), que reunia-se ao cair do sol, as partes não podiam afastar-se da matéria de fato e a votação era secreta; Tribunal dos Afetas – composto por 51 juízes, dentre os membros do Senado, para julgamento de homicídios não premeditados e culposos; e os Tribunais dos Eliastas (*Heliae*) – com jurisdição comum, que chegou a ser composto por até 6000 juízes, em face da crença de que tantas cabeças asseguravam melhor justiça.

Em termos gerais, pode-se dizer, portanto, que o processo penal na Grécia Antiga se caracterizava pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, pela oralidade e publicidade dos debates, consubstanciando verdadeiro duelo entre as partes, configurando de forma predominante um sistema processual mais consoante com o Sistema Processual Penal Acusatório.

Mais uma vez, conforme o magistério de Geraldo Prado (2006), pode-se identificar, em síntese, algumas características do período, tais como: a) um tribunal popular, conforme o princípio da soberania do povo; b) acusação popular, faculdade deferida a qualquer cidadão para apresentar demanda contra quem se supunha autor ou partícipe de delito público; c) igualdade entre acusador e acusado, que permanecia em liberdade durante o julgamento (muitas vezes condicionadas à caução); d) publicidade e oralidade do juízo, em razão do debate contraditório entre acusador e acusado, perante um tribunal e na presença do povo; e) admissão de tortura e dos juízos de Deus como meios de realização probatória; f) valoração da prova segundo a íntima convicção do juiz; g) restrição do direito popular de acusação em certos crimes que lesavam mais o interesse do indivíduo em particular; h) decisão judicial irrecorrível.

Em Roma, também se distinguia os *delicta publica* e os *delicta privata*, existindo o processo penal de índole pública e o de índole privada: no primeiro, o Estado atuava como sujeito de poder de repressão, incidindo sobre os crimes mais graves, que ameaçavam a segurança da comunidade, enquanto, no segundo, o Estado assumia o papel

de mero árbitro, resolvendo o conflito de maior interesse para os particulares, solucionando litígios entre as partes e decidindo de acordo com as provas por elas apresentadas.

Assim não seria temerário afirmar que o sistema acusatório tem suas raízes na Grécia e em Roma, instalado de início com base na acusação privada, evoluindo para a acusação oficial – admitindo-se excepcional iniciativa privada ou por qualquer do povo – instalando-se verdadeiro processo de partes, que não podia existir sem a acusação, mantendo o julgador sempre posição passiva, imparcial, sem iniciativa da ação penal ou dos meios probatórios, assegurando-se a paridade das partes, o contraditório, a ampla defesa, realizando-se o processo sob a forma oral, pública, culminando com julgamento genuinamente popular.

Uma das características mais relevantes nesse sistema é a circunstância de que ninguém pode ser levado a juízo sem acusação – *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*, daí o nome Sistema Acusatório.

Ocorre que apesar do desenvolvimento histórico, em um primeiro momento ser oriundo da Grécia e em continuidade abranger Roma, é importante saber que Grécia e Roma não eram semelhantes no campo de direito.

Não havia entre os gregos, por exemplo, uma classe de juristas, nem treinamento jurídico, escola de juristas, ensino de direito como técnica especial, somente existiam as escolas de retórica, dialética e filosofia, onde se aprendia a argumentação dialética, com uso forense ou semi-forense (LOPES, 2002).

A divisão do estudo do desenvolvimento histórico e jurídico em Roma inclui o período designado arcaico (753 a.C. até cerca do segundo século antes de Cristo), seguido do período Clássico, abrangendo a República tardia, até o Principado, antes da anarquia militar e finalmente, o período Tardio (pós-clássico), já de ocaso da jurisprudência, no qual se procurou organizar e salvar o material já produzido (século III d.C. ao fim do Império).

Ao período arcaico (séc. VIII a.C a séc. II a.C.) correspondeu o processo coerente com as ações da lei (*legis actiones*); ao período clássico (séc. II a.C. a séc. III d.C) correspondeu o processo formular (*per formulas*), introduzido pela *Lex Aebutia* (149-126 a.C.) e confirmado pela *Lex Iulia* (17 a.C.), o período tardio ou pós clássico (séc III a séc. VI d.C.) é denominado *cognitio extra ordinem*.(LOPES, 2002, p.43)

A terceira grande fase do direito romano foi dominada por mudança no perfil do processo, devido às mudanças sociais e políticas verificadas naquela etapa, ao

contrário do processo formular, desapareceu a divisão de tarefas entre pretor e juiz^v e se alterou o pedido das partes para conseguir uma fórmula de boa-fé^{vi}.

O resultado será uma valorização dos juristas, a centralização dos poderes de julgamento em um único órgão e a novidade do recurso ou apelação.

O processo penal público, portanto, já no início da Monarquia, passou a ser adotado em quase totalidade dos litígios penais, sendo realizado em nome do Estado Romano, possuindo o magistrado, como representante do rei, os poderes de iniciativa, instrução e deliberação, sem maiores formalidades e até mesmo sem partes, consubstanciando-se então o processo denominado *cognitio*, baseado na *inquisitio* – fase preliminar em que o magistrado, mediante mera *notitia criminis*, colocava-se a investigar, de ofício, a suspeita noticiada (TUCCI, 1976),

Como medida de moderação aos arbítrios dos juízes, surgiu a *provocatio ad populum*, concedida pela *Lex Valeria de Provocatione*, que consistia na faculdade de apelação do acusado ao povo – *provocatio*, com efeito suspensivo, contra a sentença do magistrado, instaurando-se novo procedimento, de segundo grau – *anquisitio*, no qual o próprio juiz, quase na posição de acusado (apesar de presidente do comício), devia apresentar ao povo elementos necessários a sustentar sua própria sentença e embasar nova condenação, agora perante comícios ou Assembléias do Povo.

Todavia, pouco adiantava a *provocatio ad populum*, pois somente os civis *romanus* podiam fazer uso de tal remédio, revelando-se, já na República, insuficiente para a necessidade social de repressão da criminalidade (PRADO, 2006).

Ainda na República, praticou-se a denominada Justiça Centurial, em que as centúrias, integradas por patrícios e plebeus, administravam a justiça penal em um procedimento oral e público, realizando-se excepcionalmente os julgamentos pelo Senado, que podia delegar aos *quaestores* (RUBIANES, 1985)

No último século da República, criou-se nova forma de procedimento, denominada *accusatio*, também designada como *judicium publicum* ou *quaestio* (PRADO, 2006), através do qual qualquer cidadão tinha o direito de acusar (exceto os magistrados, as mulheres, os menores e as pessoas que por seus antecedentes não oferecessem garantias de honorabilidade), ficando a administração da justiça a cargo de um tribunal popular, inicialmente composto por senadores e, depois, por cidadãos, tendo tal procedimento o pressuposto básico de que ninguém podia ser levado a juízo sem acusação: *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*, predominando o contraditório, observando-se a publicidade e oralidade nos julgamentos, tendo as partes, via de regra,

disponibilidade sobre o conteúdo do processo, competindo ao Estado somente o conhecimento e julgamento da ação criminosa, em se tratando de *delicta publica*.

A esse respeito, é esclarecedora a análise de Aury Lopes:

“Tratando-se de *delicta publica*, a persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão a um representante voluntário da coletividade (*accusator*). Este método também proporcionava aos cidadãos com ambições políticas uma oportunidade de aperfeiçoar a arte de declamar em público, podendo exibir para os eleitores sua aptidão para cargos públicos”(2007, p. 59).

Nesse momento, sob a égide do Império, o próprio Estado passou a desempenhar, por agentes públicos, o papel de acusação, com o intuito de assegurar o poder do Estado e possibilitar enfim a efetiva garantia da ordem pública.

Nesse sistema, os traços identificadores eram: a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que se mantinham afastados da iniciativa e gestão das provas, atividades a cargo das partes; b) a acusação e julgamento eram entregues a pessoas distintas; c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo denúncia anônima, nem processo, sem acusador legítimo e idôneo; d) estava apenado o delito de denunciação caluniosa, tendo em vista punir acusações falsas, não sendo permitido proceder contra réu ausente (até porque as penas eram corporais); e) a acusação era por escrito e indicava provas; f) havia contraditório e direito de defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final, sem deliberar.

Dessa forma, no tempo do Império, a *accusatio* foi sendo substituída por outra forma de procedimento, denominada *cognitio extra ordinem*, ficando o processo penal extraordinário a cargo, no início, do Senado, depois do Imperador e, finalmente, outorgado ao *praefectus urbi*, usurpando aquelas que antes eram reservadas ao particulares, chegando então ao extremo, como diz Manzini (1951), de se “reunirem em um mesmo órgão do Estado funções que atualmente competem ao Ministério Público e ao Juiz”(1951, p.3).

Cumprir notar que eram conferidos ao magistrado poderes para julgar a causa, investigar, recolher provas, além de presidir o processo, podendo valer-se inclusive da tortura, plantando-se, enfim, sob o manto do Império Romano, a semente da Inquisição^{vii}, que, mais tarde, viria a contaminar a Europa Ocidental.(MAIER, 1999)

Como elucidou Manzini (1951), a tendência do Direito Penal Romano de tornar pública a ação penal em todos os casos, resultou no progressivo abandono do Processo Penal Privado, restando a persecução deste tipo reservada à injúria e a outros poucos crimes.

Na Alemanha, por sua vez, com a invasão dos bárbaros (alanos, vândalos, suevos e godos) em grande parte da Europa Ocidental, aos poucos, o procedimento da *cognitio extra ordinem*, predominante, sobretudo, nas civilizações dominadas pela influência do Império Romano, cedeu lugar ao Processo Acusatório Germânico, restando entretanto, vestígios da influência do Direito Romano, com verdadeira absorção recíproca dos ordenamentos respectivamente adotados. De acordo com descrição de Riché:

“Quando estes povos invadiram o Império Romano, algumas tribos estabeleceram-se como reinos e, algumas delas, para um melhor controle da população romana conquistada, portanto diferente e acostumada com o direito escrito, perceberam a necessidade de confeccionar um direito escrito, outros reinos optaram por manter a qualquer custo seus costumes e, portanto, a sua legislação. Estes são chamados de Direitos das Monarquias Germânicas. É o início do Direito Medieval, a entrada do elemento germânico na feitura do direito deste período. A maior parte das tribos germânicas, mesmo escrevendo suas leis, não vai procurar impô-las aos romanos; o burgúndio será julgado segundo a tradição burgúndia; o visigodo, segundo sua legislação; o romano pela Lex Romana e assim por diante. Isto é chamado “Personalidade das Leis”- cada qual leva consigo, para onde quer que vá ou qualquer que seja o soberano, o estatuto jurídico de sua tribo de origem.”(1979, p.15)

Lopes (2002) sintetiza a situação da seguinte maneira: os francos, sob a liderança de Clóvis, os ostrogodos, sob o comando de Teodorico e os visigodos, sob a direção de Eurico e depois de Alarico, disputam o Ocidente.

Os francos controlaram o norte do que hoje é a França, os ostrogodos dominaram a Itália setentrional a partir de Ravena, e os visigodos dominaram o sul da França, ou Gália, onde a divisão entre romanos e não-romanos foi vigorosa.

Teodorico governou a Itália com conselheiros romanos; “neste mundo dividido, duas ordens de direito se estabeleceram: o direito dos bárbaros e o direito romano vulgarizado, ou direito romano bárbaro” (2002, p. 67-68).

Em princípio, a justiça era administrada por uma Assembleia, presidida pelo rei, príncipe, duque ou conde, o ônus da prova incumbia ao réu, que devia demonstrar sua inocência, sob pena de ser condenado.

As principais provas eram os Ordálios e os Juízos de Deus.

Nos Ordálios, o réu jurava inocência, ao amparo e com abono dos juízes, acreditando-se então que Deus, conhecendo o passado, podia castigar aquele que jurava falsamente, os juízos de Deus eram - segundo Manzini (1951) - uma devolução a Deus da decisão sobre a controvérsia.

Com o Juízo de Deus, realizava-se o “duelo judicial”, e se o réu vencesse, era absolvido.

Ficaram famosas as modalidades de realização de Juízos de Deus, conhecidas como *purgationes vulgares*, através das quais os réus eram submetidos a provas de inocência perante Deus, como exemplo, os casos de água fria (acusados eram jogados na água fria, se submergissem eram inocentes, se permanecessem na superfície, eram culpados), da água fervendo (o réu deveria colocar o braço na água fervendo, se não sofresse lesão era inocente) ou do “ferro em brasa” (o acusado devia segurar por algum tempo um ferro em brasa, se não se queimasse era inocente).

Tais costumes, sob a dominação dos povos germânicos sobre Roma, foram levados às civilizações do Império Romano, surgindo assim um verdadeiro processo misto, formado de elementos germânico e romanos.

Deve-se ressaltar que o Direito Processual germânico não distinguia nitidamente entre ilícitos civis e penais, absorvendo o direito civil as infrações que diziam respeito diretamente aos interesses privados, evoluindo e consubstanciando-se de forma peculiar a disciplina subjetiva das provas e da iniciativa privativa da vítima, ou de seus familiares, ficando nas mãos destes a persecução penal – *nemo iudex sine actore*.

Predominava o entendimento privado como método de solução dos conflitos de natureza penal, começando ante o fracasso da composição direta entre as partes, formalizou-se então a reclamação do ofendido ou de seus familiares perante tribunais (*Hundertschaft*), compostos por pessoas capazes para a guerra (*Thing*), realizando-se sessões públicas, orais e contraditórias, presididas por um juiz, o qual dirigia o debate e propunha a sentença, mas não decidia. Predominava, nessa fase inicial de influência sobre a Europa Ocidental, o Sistema Acusatório.

Ou, conforme esclarecimento importante de Prado:

“... os povos germânicos não só influenciaram o direito do restante do continente europeu, inclusive e principalmente a área antes dominada pelo Império Romano, chegando a Portugal e Espanha, como sofreram a influência da cultura e do Direito romanos, de sorte que, do seu sistema predominantemente acusatório, passaram, lenta mas vigorosamente, à recepção e assimilação do Direito Romano-Canônico e à introdução da Inquisição.”(2006, p.79)

Nesse contexto, veio à baila o processo penal, tal como definido no Direito canônico, como se explicitará a seguir.

2.2– O sistema processual penal inquisitivo.

Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 28) faz referência ao Egito como lócus do embrião do procedimento inquisitório de persecução criminal, uma vez que a iniciativa era oficial, num sistema onde o Poder Judiciário era exercido pelos sacerdotes.

Conforme ilustrativa síntese de Geraldo Prado (2006, p. 76), as principais características do sistema de persecução egípcio compreendiam: acusação como dever cívico das testemunhas do fato criminoso, que realizavam a polícia repressiva e auxiliar da instrução, pública e escrita, culminando com um julgamento secreto e uma decisão simbólica.

Giovanni Leone (1963) analisa o sistema inquisitivo e afirma que o mesmo surgiu com os regimes monárquicos e “se perfeccionó em el derecho canônico (inquisitio ex officio), y finalmente pasó a casi todas las legislaciones europeas de los siglos XVI, XVII y XVIII.”(1963, p. 23)

Logo, com base no acima descrito, percebe-se que o sistema processual penal inquisitivo se aperfeiçoa no direito canônico, onde em um primeiro momento, surgiu a “Jurisdição Eclesiástica” (a princípio, para julgamento dos membros da Igreja), ao que se sabe, perante as legislações laicas, no período inicial da Idade Média, a partir da criação de pequenas comunidades – feudos que, aos poucos, se fortaleceram de forma autônoma perante as monarquias, cedendo lugar à dominação do poder da Igreja, notadamente, distribuída de forma eficiente nos mais diversos territórios.

Comandada por um poder centralizado e bem organizado que, entretanto, via no crime, não só um problema de interesse privado, mas, principalmente, dificuldade situada no âmbito da salvação da alma (PRADO, 2006), o poder punitivo era utilizado com o intuito de purificar as culpas, assumindo a Igreja a função de investigar as infrações e julgar os infratores.

Instalaram-se, aos poucos, as regras processuais de natureza inquisitória, se baseando no alcance a uma justiça divina, objetivando fortalecer o poder do Papado, encontrando amparo na Monarquia que por sua vez, era fortalecida com o apoio da Igreja.

Um ponto de passagem na história do direito canônico é a transformação radical liderada por Gregório VII (papa entre 1073 e 1085) (LOPES, 2002) e nos anos seguintes, quando se verifica o surgimento das inquisições.

Até então, a Igreja do Ocidente poderia ser definida como uma comunidade sacramental, espiritual, não-jurídica e muito mais uma federação de igrejas nacionais do que uma rígida monarquia centralizada em Roma, mudando de roupagem após tal transformação, conforme definição dada pelo autor mencionado.

Até o século XII, o acusador devia apresentar aos bispos, arcebispos ou oficiais encarregados de exercer a função jurisdicional de acusação por escrito e oferecer as respectivas provas.

Segundo Foucault (1986, p. 56), o sucesso do método inquisitorial esteve associado à nova forma de exercer o poder, o que não mais ocorria mediante arbítrio de uma guerra particular, ou uma disputa em forma de duelo, mas por meio de perguntas. Como se depreende, o inquérito, como modelo judicial e jurídico tem dupla origem: religiosa e administrativa (estatal), e, por meio de técnica de poder e administração, deu origem às inquisições.

Nessa fase de inquisição medieval, Inocêncio III declarou que o procedimento criminal poderia ser iniciado de três formas: *per accusationem*, *per denuntiationem* e *per inquisitione* (ALMEIDA JUNIOR, 1959), prevalecendo esta última forma, assim, a *inquisitio* (pesquisa realizada por escrito e de maneira secreta, ao término do qual se prolata a sentença) que, inicialmente, vigorou apenas para a heresia, usura e simonia e dominou as outras hipóteses consideradas crimes na época.

Como indica Lopes (2002, p.105), o bispo exercia a função de inquisidor ordinário em sua diocese, visitando as comunidades e perguntando sobre a ocorrência de fatos em sua ausência, o que se convencionou chamar de *inquisitio generalis*, depois disso, buscava descobrir quem teria sido o autor do fato criminoso, o que se chamava *inquisitio specialis*.

Derivou-se daí a ideia essencial do processo inquisitório, em que o julgador ou investigador não esperava ser provocado, agindo de ofício, bastando que houvesse suspeita de uma infração: pecado ou crime contra a paz do rei, o soberano e a Igreja eram as vítimas e não uma pessoa determinada.

Entretanto, a inquisição medieval criava um tribunal de exceção, pois existia um visitador indicado pelo papa que detinha mandado especial de Roma e, na sua presença, cessava a jurisdição ordinária do Bispo. A inquisição medieval serviu de

instrumento de centralização monárquica na Igreja e, no século XVI, aos estados nacionais da Península Ibérica.

O IV Concílio de Latrão (1215) definiu a jurisdição espiritual e secular, pela qual haveria um limite à ação do tribunal inquisitorial.

É importante acrescentar que a inquisição medieval nasceu num contexto de revoltas: muitas heresias cresceram no meio da crise do clero e dos pobres dos séculos XII e XIII e, desta fraqueza resultou o poder central do papado.

Lopes (2002) retrata a época da inquisição medieval, partindo de Gregório IX e descreveu:

“Gregório IX determinou na bula *Excommunicanibus* o procedimento dos inquisidores oficiais e profissionais em 1231. Haveria no tribunal inquisitorial dois juizes locais nomeados pelo papa. Deveriam ser obtidos pelo menos dois depoimentos uniformes de duas testemunhas, resguardadas pelo anonimato, sob juramento, sem poderem ser contraditadas diretamente. Confiou aos mendicantes as tarefas inquisitoriais, pois as ordens mendicantes eram diretamente vinculadas a Roma e os dominicanos haviam nascido justamente do propósito de Domingos de Gusmão de combater o erro pela verdade e pobreza de vida. As penas impostas aos culpados foram também novas: penitência na prisão, num convento, numa sede episcopal, com parede larga, ou estrita, isto é, acorrentado”(LOPES, 2002, p. 107)

Abria-se o processo de ofício^{viii}, a mandado do inquisidor, e mesmo com características do processo inquisitório, a inquisição medieval não é idêntica à moderna, especialmente a inquisição ibérica ou romana do século XVI, no que diz respeito à matéria e aos interesses políticos que a sustentam.

A inquisição medieval é oriunda dos decretos papais de 1184 (Lucio III), que tentavam influir nas inquisições episcopais regulares. No reinado de Inocêncio III (1198-1216) (MALAN, 2005)^{ix}, desencadearam-se as primeiras guerras contra os hereges^x.

Logo, como foi desenvolvido acima, existiu nesse caminho histórico de desenvolvimento dos sistemas processuais, a primeira inquisição canônica, conhecida como medieval e uma segunda inquisição, a chamada inquisição moderna, ibérica e a romana do século XVI.

Logo, sob a égide do Direito Canônico, em sua época moderna, foi criado o Santo Ofício^{xi}, Tribunal de Inquisição, instituído para reprimir o sortilégio, a heresia e similares, conhecido pela arbitrariedade, desrespeitos aos direitos humanos, o que justifica o temor que disseminou pela comunidade europeia da época (EYMERICH, 1993)^{xii}. Jacinto Coutinho (2001), em análise do tema, elucida que:

“Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos -, mantém-se hígido” (COUTINHO, 2001, p. 18)

Garcia Velasco (1969, p.7) assinalou os traços característicos do processo inquisitivo: concentração das três funções, acusadora, defensora e julgadora, em mãos de uma só pessoa; sigilo (as averiguações do Santo Ofício iniciava sem que o acusado soubesse) (MALAN, 2005) ausência do contraditório, procedimento escrito; os juízes eram permanentes e irrecusáveis; as provas eram apreciadas de acordo com curiosas regras, a confissão era elemento suficiente para a condenação; admitia-se a apelação contra a sentença.

Conforme análise de Frederico Marques (1997), o sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições, pois, embora integrado por preceitos que visam à descoberta da verdade real, oferece poucas garantias de imparcialidade e objetividade, por serem “psicologicamente incompatíveis a função do julgamento objetivo com a função da perseguição criminal”.

Por sua vez, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho aponta que:

“A lógica deformada do sistema (inquisitório)(...) privilegia o mecanismo “natural” do pensamento da civilização ocidental (e aí seu grande valor estratégico e talvez, o motivo de sua manutenção até hoje) ou seja, a lógica dedutiva, que deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão pela qual pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão. Estamos diante daquilo que Cordeiro, com genialidade chamou de “*primato dell’ipotesi sui fatti*”: o ponto central do sistema e sem o qual não é possível compreendê-la na essência. Por isso que partindo da premissa falsa, não poucas vezes assentada em um lugar comum (do gato preto induz-se bruxaria; do funcionário da empresa o autor do seqüestro; do mordomo o homicida e assim por diante) chega-se a uma conclusão também falsa, transmudada em verdade construída”. (COUTINHO, 2001, p. 25)

Depreende-se do exposto que, enquanto, no procedimento acusatório, se prima pelo *actium trium personarum*, ou seja, pela tripartição efetiva das três funções processuais (acusar, defender e julgar), no processo inquisitivo, a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe.

Atribuindo ao juiz a função de formular a acusação e, ao mesmo tempo, perquirir a prova, passou a formar-se em verdade uma relação processual linear, entre o

juiz e o réu, constituindo este, então, mero objeto de investigação, sem direito algum no plano processual.

A respeito, Alcalá-Zamora (1946) ressalta não ser o inquisitivo um processo genuíno, e sim “uma forma autodefensiva de administração da justiça”.

“A toda evidência, caiu por terra todo e qualquer resquício da imparcialidade do juiz, o qual partia de um convencimento formando *a priori* e que procurava demonstrar com a posterior prova, basicamente, a confissão. Ao invés de convencer-se através da prova carreada para os autos, inversamente a prova servia para demonstrar o acerto da acusação antes formulada pelo juiz-inquisitor”. (PRADO, 2006, p. 92)

Saliente-se por fim que tal sistema predominou durante boa parte da Idade Média, influenciando a formação do Direito Processual Penal da época moderna, existindo países que adotam até hoje regras procedimentais oriundas do Sistema Processual Inquisitório.

Vários diplomas legislativos consagraram o sistema inquisitivo na Europa. Assim, por exemplo, na Espanha o *Libro de las Leyes*, mais conhecido como *Las Siete Partidas*, que foi concluído por volta de 1276 por Afonso X, o sábio, substituído em 1348 pelo Ordenamento de Alcalá.

Na Alemanha, a recepção ocorreu somente em 1532, por obra do Imperador Carlos V, que instituiu a *Peinliche Gerichtsordnung*, também conhecida como *Constitutio Criminalis Carolina*, ou simplesmente Carolina, que teve como antecedentes a *Wormser Reformation*, de 1498 e a *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507¹. Na França, a introdução do direito romano-canônico surgiu com a *Ordonnance* de 1498, sob o reinado de Luis XII, e, fundamentalmente por intermédio da *Ordonnance* de 1534, obra de Francisco I (ROXIN, 2000).

Em 1670, com o advento da *Ordonnance sur la procédure criminelle*, de Luís XIV, revigorou-se a utilização do sistema inquisitivo, no qual o magistrado podia assumir a acusação, conduzir a instrução, suprir a defesa do acusado e julgar^{xiii}.

Aqui é importante um parênteses para esclarecer que não há sistema processual penal misto.

¹ - ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: ed. Del Puerto, 2000, p. 560.

O que deve ficar esclarecido é que a reedição de cada organização de justiça criminal contempla princípios e regras que predominantemente configuram o sistema processual penal, que será acusatório ou inquisitório.

Há a ausência de um princípio unificador próprio, assim o sistema será essencialmente inquisitório com algo proveniente do sistema acusatório ou será essencialmente acusatório, com elementos do sistema inquisitório.

O caráter de predominância, todavia, não se confunde com exclusividade, pois que na história de cada Estado vários fatores concorrem para consolidar, como permanências, práticas de justiça criminal muitas vezes antagônicas ao princípio processual dominante, quer seja ele acusatório ou inquisitório.

O exemplo mais expressivo disso está no Código de Processo Penal napoleônico, que se seguiu à ordenação sobre o processo criminal de 1670 e contemplou duas fases distintas do procedimento de persecução penal: uma primeira etapa investigatória inquisitorial e uma segunda etapa em juízo público e oral, sob as luzes do contraditório e da ampla defesa e, portanto, acusatória.

A isso, convencionou-se chamar-se sistema misto.

Por isso, Frederico Marques (1997) o considera o próprio sistema acusatório, em *ultima ratio*, uma vez que conserva as regras e princípios do processo penal como relação jurídica e respeita o *actus trium personarum*.

3 – O sistema processual penal brasileiro.

Das dúvidas que surgem sobre o sistema processual penal brasileira é importante a contribuições de Afrânio da Silva Jardim (1990) que também dá sustento à importância do estudo realizado quando da elaboração deste artigo. O autor explica que:

“o estudo do processo penal, à luz de uma perspectiva histórica, demonstra sua evolução do sistema acusatório liberal individualista para a síntese dialética do sistema acusatório moderno. O processo penal brasileiro adota o sistema acusatório moderno, mantendo, entretanto, alguns resquícios de inquisitorialismo e preservando a acusação privada para casos restritos...”
(JARDIM, 1990, p.69)

Na mesma linha de pensamento, Fauzi Hassan Choukr (1997), confronta a Constituição da República com o Código de Processo Penal e infere que:

“... verdadeiramente impôs um sistema processual penal e de caráter exclusivamente acusatório, quadro este não completamente entendido pelos operadores do Direito de forma geral e pelos processualistas penais em particular... O sistema processual penal é, pois, acusatório, com toda a sua fundamentação democrática. E se choca definitivamente com o código em vigor, de índole marcadamente inquisitiva” (CHOUKR, 1997, p.7)

Hélio Tornaghi (1977), por sua vez, afirma que as leis modernas adotaram o sistema misto, acompanhado pela legislação brasileira, “(...) não porque seja ao mesmo tempo inquisitório e acusatório, mas porque está dividido em duas partes: a primeira inquisitória, a outra acusatória”(TORNAGHI, 1977, p. 20-21).

Concepção diversa é expressa por Ada Pellegrini Grinover (1982), embora proclame amoldar-se o processo penal pátrio ao sistema acusatório, ressaltando que

“... a decantada natureza pública do processo (penal ou civil) em nada se opõe a um sistema acusatório, que é a expressão de uma concepção personalista do direito e de uma concepção democrática do Estado (...) nem por isso a tônica social do Estado perderá ressonância na concepção do processo penal: ela conduzirá a que o sistema acusatório seja agora integrado por um princípio que será equivoco chamar inquisitório, e que preferimos chamar de investigatório; princípio pelo qual se traduz o poder-dever do juiz de esclarecer e instruir, independentemente da contribuição das partes, o fato sujeito a julgamento. Com uma tal integração logra-se acentuar convenientemente o caráter indisponível do objeto do processo penal, mas construindo-se sempre no respeito aos direitos da personalidade”.(GRINOVER, 1982, p.52)

Para Rogério Lauria Tucci (1993), todavia, o princípio a que se refere a processualista como investigatório não constitui senão inquisitividade, atribuída como corolário da proeminência da verdade material no “precípua escopo do processo penal”, à atuação dos agentes estatais da persecução penal e ao poder de direção conferido ao órgão jurisdicional na instrução criminal, subsequente à *informatio delicti*, mas que “não deve ser confundida com o processo penal inquisitório, originário do Direito Penal Romano e desenvolvido segundo o modelo canônico, de triste memória.” (TUCCI, 1993, p. 38)

4 – Conclusão

Historicamente o sistema processual penal apresentou-se sob três formas diferentes: Acusatória, Inquisitória e Mista (sendo esta última, para alguns autores inexistente).

Com base no estudo desenvolvido pode-se destacar que o sistema acusatório, apresenta os seguintes caracteres basilares: separação entre a acusação, defesa e julgamento, uma vez que cada função é exercida por órgãos e pessoas diversos entre si; liberdade de defesa e igualdade de posição entre acusação e o réu; procedimento público e dominado pela oralidade; julgamento popular, ou por órgãos judiciários imparciais, livre apresentação das provas pelas partes; ativação da causa pelas partes; contraditório.

Ainda nessa modalidade de sistema processual penal, defende-se um processo de partes, as quais devem perseguir os meios probatórios capazes de demonstrar a procedência de suas alegações, admitindo-se para tal, até mesmo, a disponibilidade da ação penal.

Nesse passo, cabe lembrar que, para a configuração efetiva do sistema acusatório em um ordenamento processual penal, não basta somente a presença das características acima pontuadas.

Adicionalmente, é preciso que, para a formação de um instrumento legítimo de solução de conflitos de interesses e que esteja o ordenamento jurídico em consonância com os princípios democráticos que servem a demarcar o modelo acusatório, tais como os princípios da oralidade, da publicidade, do contraditório e ampla defesa, juiz natural, imparcialidade do juiz, devido processo legal dentre outros.

Com o estudo feito, aparentemente o sistema acusatório apresentaria mais vantagens do que os outros sistemas, porém, em sua fase inicial apresentava uma série de defeitos como a facilitação de acusação falsa, o desamparo dos fracos, a deturpação da verdade entre outros fatores.

Entretanto, verifica-se que a base indicada anteriormente como sustento da fragilidade do sistema acusatório genuíno era de que a iniciativa do processo penal era privada, o que permitia uma série de influências externas ao exercício da ação penal, entretanto, com o desenvolvimento social e diante da ideia do Estado como ente público de representação social e com o surgimento do Ministério Público que assumiu a responsabilidade de realizar a acusação pública em nome da sociedade, acabou-se por permitir e resguardar a neutralidade e imparcialidade do juiz, sem comprometer a natureza acusatória do processo penal, daí aparentemente o Sistema Acusatório não apresenta os inconvenientes.

Já o sistema inquisitivo apresentava as seguintes características: concentração das três funções, acusadora, defensora e julgadora, em mãos de uma só pessoa, sigilo, ausência do contraditório, procedimento escrito; os juízes eram permanentes e

irrecusáveis; as provas eram apreciadas de acordo com curiosas regras, a confissão era elemento suficiente para a condenação.

A coincidência desses elementos às características do inquérito policial, levam alguns a afirmarem equivocadamente que o sistema processual penal brasileiro é misto.

Isso se deve ao fato de ser o inquérito policial um procedimento administrativo sigiloso, escrito, cujas funções de investigar se concentram nas mãos do delegado de polícia, onde para maioria da doutrina não há contraditório nem ampla defesa (pois o art. 5º LV da CRFB/88 afirma que a ampla defesa e o contraditório serão assegurados aos litigantes e aos acusados em geral em processo e no processo penal não existem litigantes, nem acusado e nem processo e sim procedimento e indiciado).

Mas o inquérito policial é um procedimento prévio ao processo penal e não o integra, quando muito o acompanha, devendo ser lembrado que uma das características do inquérito policial é justamente sua dispensabilidade desde que estejam presentes as peças de informação.

Assim, superando essa breve explanação, fica claro que o processo penal brasileiro adotada o sistema penal acusatório, mas não seria temeroso afirmar que o sistema processual penal existente na atualidade é híbrido com prevalência de uma modalidade.

Isso porque o desenvolvimento dos sistemas processuais penais não se deu de forma retilínea e o que se pode comprovar com a pesquisa é que não existe na atualidade um sistema processual penal puro, pois a transformação do sistema processual penal no tempo mostra que os dois principais sistemas (acusatório e inquisitivo ou inquisitório) apresentaram de uma forma ou de outra resquícios de ambos sistemas.

Alguns resquícios satisfatórios, outros nem tanto. O mito da busca pela verdade real que permitem a atuação de ofício por parte do juiz para solucionar dúvida sobre ponto relevante é um dos temas, que embora não sejam objeto desse estudo, é um resquício não satisfatório do sistema processual penal inquisitivo que provoca o desequilíbrio entre as partes no processo penal.

Mas o que deve ficar por fim consignado é que o sistema processual penal acusatório deve se manter firme na busca pelo respeito aos direitos e garantias individuais frente às exigências de atuação maior do poder punitivo estatal e que os elementos inquisitivos que à ele se infiltram somente se manifestem sob o respeito do direitos e garantias individuais insculpidos na Constituição da República.

5 - REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. “Enseñanzas y sugerencias acerca de la acción”. *Estudios de derecho procesal em honor de Hugo Alsina*. 1946,

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, 3.^a ed., v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 84.

CASTRO, Flavia Lages de. *Historia do Direito Geral e do Brasil*. 4. ed. Revisada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *As reformas pontuais do Código de Processo Penal*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, n. 58, p. 7-8 set. 97. Ed. Especial.

CIDADE, Rodrigo Ramos Amaral. *Direito e inquisição: o processo funcional do Tribunal do Santo Ofício*. Curitiba: Juruá, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

EYMERICH, Nicolay. *Manual dos Inquisidores (Directorium Inquisitorium)*. São Paulo: Rosa dos Ventos, 1993.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: ed. Bosch, 1934.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Tradução de Ligia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1986.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e processo penal*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito Processual Penal – Estudos e pareceres*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. *Sistemas Processuais Penais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, vol. 774, abril de 2000.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história, lições introdutórias*. 2.^a edição revista. São Paulo: Max Limonad, São Paulo, 2002, p. 39.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – vol. I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2007.

MAIER, Julio B_. *Derecho Procesal Penal- Fundamentos*. Volume I. Buenos Aires: editores Del Puerto, 1999.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal* Tomo I. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. EJea, 1951.

MARINHO, Inezil Penna. *Grandes julgamentos da Grécia antiga*. Brasília: Horizonte Editora, 1979, p. 51.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: ed. Bookseller, 1997, v.1

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

REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. São Paulo: Saraiva, 1956

RICHÉ, Pierre. *As invasões bárbaras*. Lisboa: Editora Europa-América, 1979, p. 15.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 49.

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: ed. Del Puerto, 2000,

RUBIANES, Carlos J. *Manual de derecho procesal penal*. v.1, 6.^a ed. Buenos Aires: Depalma, 1985, p.27.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, v. II, 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1977

TUCCI, Rogerio Lauria. *Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993

_____. *Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Buhatsky, 1976

VELASCO, M.I. Garcia. *Curso de derecho procesal penal*. Madrid: Universidad de Madrid, 1969.

ⁱ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: Una explicación basada em la razón*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 29.

ⁱⁱ Entretanto, vale citar autores que tratam com maestria do tema entre eles: Julio Maier, *Derecho Procesal Penal – Fundamentos*, Vincenzo Manzini, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I; Ernst Beling, *Derecho Procesal Penal*; Franco Cordero, *Procedimiento Penal*; José Henrique Pierangelli, *Processo Penal: Evolução histórica e Fontes Legislativas* e Geraldo Prado, *Sistema Acusatório – A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*.

ⁱⁱⁱ Neste sentido, MAIER, Julio B. *J.Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. Buenos Aires: editorial Hammurabi, 1989, p. 29-30. Todavía, o mesmo autor, em seguida adverte : “No obstante que éste

era el sistema de acusación principal, existían también delitos que hoy enunciaríamos como perseguibles de oficio, con cierta licencia en el vocabulário. Algunas infracciones capitales, que ponían en peligro al mismo Estado, permitían, al lado de la persecución ciudadana, la prevención y denuncia de ciertos funcionários llamados tesmotetas, magistrados que los investigaban y denunciaban al Senado o a la Asamblea del pueblo, que, a su vez, designaba un ciudadano para tomar a su cargo la acusación y radicaba el caso ante uno de los tribunales”- op. cit., p 31.

^{iv} “Aquilo que hoje é para nós crime (de ação pública) dependia de ação privada. Os crimes públicos eram denunciáveis por qualquer um, já que inexistia órgão público de acusação. Imaginava-se que a democracia dependia de que todos e qualquer um se sentissem atingidos por ações delituosas de qualquer cidadão e tomassem o interesse de denunciar o caso ao tribunal. O ideal era de que todo o cidadão se sentisse indignado com qualquer ilícito, mesmo sem ser a vítima. Nada, portanto, de promotoria de acusação. A denúncia não era apenas a informação (notícia): era uma petição, o início de um processo. Mas ao lado do estímulo à participação popular na acusação era preciso desestimular a denúncia frívola. Por isso, se no curso do processo o denunciante não obtivesse pelo menos 1/5 dos votos do tribunal, sujeitava-se a uma multa, e estava proibido de abandonar a acusação no meio do processo. Os denunciantes tinham parte nas multas e penas aplicadas aos culpados. O processo tornou-se uma praga em Atenas (como relata Aristófanes em suas obras), mas a liberdade de processar era inerente à democracia”. In, LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história, lições introdutórias*. 2.^a edição revista. São Paulo: Max Limonad, São Paulo, 2002, p. 39.

^v Como explica Flávia Lages de Castro: “Eram dois tipos: o Pretor Urbano, que cuidava de questões envolvendo apenas romanos na cidade, e o Pretor Peregrino, que cuidava de questões de justiça no campo e aquelas envolvendo estrangeiros. É importante salientar que não há hoje em dia, equivalência possível, quando se trata das funções do Pretor. Este cuidava da administração da Justiça, mas não era juiz. Tratava da primeira fase do processo entre particulares, verificando as alegações das partes e fixando os limites da disputa judicial. Feito isto, o Pretor remetia o caso a um Juiz particular para que este julgasse o caso.” In, CASTRO, Flavia Lages de. *Historia do Direito Geral e do Brasil*. 4. ed. Revisada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 81.

^{vi} “a *cognitio extra ordinem* difere substancialmente do processo formular porque centraliza o juízo (abolindo a diferença entre pretor e juiz) e introduz a possibilidade de apelação. Se a função de julgar estava repartida entre dois órgãos de natureza diversa (pretor e juiz), um não poderia rever decisão do outro. Quando o julgamento se concentra e se concentra num delegado (inferior) do imperador, este pode reanalisar e corrigir o que foi feito por seu agente.” – In, LOPES, op. cit., p. 53.

^{vii} “A insatisfação com o sistema acusatório vigente foi causa de que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar. A partir daí, os juizes começam a proceder de ofício, sem acusação formal, realizando eles mesmos a investigação e posteriormente dando a sentença. Isso caracterizava o procedimento extraordinário, que ademais, introduziu a tortura no processo penal romano. E se no início predominava a publicidade dos atos processuais, isso foi sendo gradativamente substituído pelos processos à porta fechada. As sentenças, que na época Republicana eram lidas oralmente desde o alto do Tribunal, no Império assumem a forma escrita e passam a ser lidas na audiência. Nesse momento surgem as primeiras características do que viria a ser considerado como um sistema: o inquisitório” – LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 60.

^{viii} A *inquisitio ex-officio* tinha lugar quando *nullo accusante, vel judicialiter nullo denuntiante*. Devia ser precedida de insinuação clamorosa, isto é, da fama e do clamor público, como afirma Alessi: “O boato era suficiente para início do procedimento inquisitivo, ainda em relação às denúncias, é interessante observar que “ouvi dizer”, “saber”, ou seja, tomar conhecimento por outrem acerca de um comportamento inadequado praticado por determinada(s) pessoa (s) já bastava para a instauração de um processo”. CIDADE, Rodrigo Ramos Amaral. *Direito e inquisição: o processo funcional do Tribunal do Santo Ofício*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 17 e 37.

^{ix} Explica Malan, “No papado de Inocêncio III (1198-1216), iniciam-se as primeiras investidas contra os hereges. Para fazer frente a movimentos contra o clero, que enfrentava período de vida considerado desregrado, e a escândalos que contestavam os textos oficiais da Igreja, a Igreja conseguiu que o Estado estabelecesse como um de seus deveres primordiais permitir a inquisição, para manter a pureza da fé e ser implacável contra aqueles que pudessem ameaçá-la ou alterá-la. Surge então no papado de Inocêncio III

um modo de persecução mais energético, visando ao combate dos heréticos: o processo inquisitivo. Depois de se dirigir a combater movimentos heréticos, a inquisição passou por período decadente, muito porque desacreditada por seus excessos e pela submissão aos príncipes locais. Mas voltou a ter relevância extraordinária principalmente na Península Ibérica, como braço do Estado monárquico centralizado e absoluto. Por isso, a primeira inquisição canônica, a medieval, não é idêntica, do ponto de vista de matéria e também dos interesses políticos à segunda inquisição, chamada de inquisição moderna, especialmente a ibérica e a romana do século XVI”. SAAD, Martha e MALAN, Diogo. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, vol. 842, dezembro de 2005, p. 421-422.

^x “... hereges eram grupos de cátaros (puros, em grego) ou albinenses no sul da França onde os reis desejavam ampliar sua presença. Mas havia muitos grupos que se foram colocando à margem da ortodoxia monárquica romana: em praticamente toda parte surgiam grupos de dissidentes, como em Milão, Verona, Lião, etc...Os próprios mendicantes (franciscanos) respondiam ao mesmo espírito da época, tentando inventar modelos novo de vida cristã radical. Contra esses grupos heréticos criou-se a inquisição medieval.”- LOPES, op. cit., p. 107.

^{xi} Conforme informa Geraldo Prado: “De se notar que na Espanha católica instaurou-se, ao lado da justiça comum, o tribunal religioso denominado Santo Ofício, tido indiscutivelmente como o mais cruel e violento da época da Inquisição, com a qual muitas vezes é confundido como se fosse o exemplo mais perfeito e difundido. O Santo Ofício alcançou a América Espanhola e só foi abolido definitivamente enquanto tribunal de inquisição, em 1834” – PRADO, op. cit. p. 84.

^{xii} Nicolau Eymerich, escreve em 1376, o livro “manual dos inquisidores” (*Directorium Inquisitorium*), revisto e ampliado em 1578 por Francisco De la Peña, Doutor em Direito Canônico, interessante a afirmação nessa passagem de Eymerich: “quando o inquisidor enfrenta um herege esperto, audacioso, malicioso, que se esquiva das perguntas e desconversa, deve agir da mesma maneira e usar de malícia, a fim de forçar o herege a revelar os erros, convertendo-os em verdade, para que o inquisidor possa dizer como o Apóstolo: Homem astuto que sou, conquistei-vos pela fraude”. In, EYMERICH, Nicolay. *Manual dos Inquisidores (Directorium Inquisitorium)*. São Paulo: Rosa dos Ventos, 1993, p. 23.

^{xiii} Como diz FLORIAN, Eugenio: “La célebre Ordenanza criminal de Luís XIV (agosto 1670) toda dedicada al procedimiento, presenta, como observa Garraud, “la codificación completa y definitiva del procedimiento inquisitorio”. Los escritores de la época enseñaban que el juez debe proveer a todo, incluso a la defensa; Carpzovio, el maestro casi legislador del proceso inquisitorio alemán dice: “Judex supplere debet defensiones rei ex officio”. In, FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: ed. Bosch, 1934, p. 66.