

**UNIVERSIDADE ANHANGUERA-UNIDERP
REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES**

**A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO
BRASILEIRO**

EVERTON JOSÉ DA COSTA PEREIRA

MACAPÁ/AP

11/2012

EVERTON JOSÉ DA COSTA PEREIRA

**A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Ciências Penais.

Universidade Anhanguera-Uniderp

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

Orientador: Prof. ACACIO MIRANDA DA SILVA FILHO

MACAPÁ/AP

11/2012

“Não proceder nas consultas, senão com a imparcialidade real do juiz nas sentenças.” – Rui Barbosa.

RESUMO

A presente monografia visa analisar a imparcialidade do juiz no sistema penal acusatório adotado pela constituição federal, tendo em vista que esta imparcialidade está sendo comprometida por normas legais antiquadas que ainda permanecem vigentes no sistema jurídico brasileiro. Faz uma análise da evolução histórica dos sistemas inquisitivo, acusatório e misto, destacando o contexto de surgimento de cada um. Analisa, ainda, cada sistema, de forma individual, evidenciando as distinções entre eles, tendo em vista a pesquisa bibliográfica realizada. Demonstra as razões pelas quais o sistema brasileiro deve ser considerado acusatório, observando que a legislação infraconstitucional brasileira é ultrapassada e, dessa forma, precisa ser harmonizada com a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Imparcialidade do juiz, Sistemas Processuais Penais, Sistema Penal Acusatório, Constituição Federal.

ABSTRACT

This monograph analyzes the impartiality of the judge in the accusatory penal system adopted by the Federal Constitution, in order that this impartiality is being compromised by outdated laws that remain in force in the Brazilian legal system. Analyzes the historical evolution of systems inquisitive, accusatory and mixed, highlighting the context of emergence of each. It also analyzes each system individually, highlighting the distinctions between them, in view of the literature search that was undertaken. Demonstrates why the Brazilian system should be considered accusatory, noting that the Brazilian legislation is outdated and thus needs to be harmonized with the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Impartiality of the judge, Criminal Procedural Systems, accusatory penal system, Federal Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. O CONTEXTO HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	09
1.1. O INÍCIO	09
1.2. NA IDADE MÉDIA	10
1.2.1. GRÉCIA ANTIGA	10
1.2.2. ROMA	12
1.3. NO DIREITO GERMÂNICO	14
1.4. NO DIREITO CANÔNICO	15
1.5. NA ÉPOCA MODERNA	20
1.5.1. FRANÇA	20
1.5.2. ALEMANHA	21
1.5.3. BRASIL	21
2. OS SISTEMAS DE PROCESSO PENAL	23
2.1. SISTEMA INQUISITIVO OU INQUISITÓRIO	23
2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO	26
2.3. SISTEMA INQUISITÓRIO OU INQUISITIVO x SISTEMA ACUSATÓRIO	28
2.4. SISTEMA MISTO	29
3. O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL E A NEUTRALIDADE DO JUIZ	32
3.1. OS TRAÇOS INQUISITIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941	32
3.2. O PROCESSO ACUSATÓRIO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988	36
3.2.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE	36
3.2.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PROIBIÇÃO DA TORTURA	37
3.2.3. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	38

3.2.4. PÚBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS E O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAS	39
3.3. O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL	40
3.4. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como escopo de analisar um relevante problema que permeia o ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o comprometimento da imparcialidade do juiz no sistema acusatório brasileiro, estabelecido constitucionalmente.

Para tanto, adota-se o método interpretativo, no sentido de analisar relevantes pontos da lei e da Constituição Federal de 1988 (CF/88) de grande influência sobre a problemática adotada; e o método dedutivo, haja vista que para melhor análise do tema deve-se partir do contexto geral para, então, adentra-se no cerne da questão.

O estudo desenvolvido objetiva principalmente demonstrar a necessidade de uma reformulação na legislação processual penal brasileira, para que, dessa forma, as diretrizes do sistema processual acusatório sejam respeitadas. Entretanto, para alcançar esse objetivo deve-se demonstrar o quão antiquado é o Código de Processo Penal e que a opção constitucional, no Brasil, é pelo sistema acusatório.

Ademais, levando em consideração que o problema proposto possui uma vertente predominantemente teórica adotou-se uma técnica de pesquisa eminentemente bibliográfica, na qual se objetivou trazer o pensamento de alguns dos principais autores de processo penal brasileiro, além de analisar trabalhos científicos que abordam de forma consistente a temática a ser tratada.

Destaca-se, ainda, que será abordada a evolução histórica dos sistemas de processo penal existentes, quais sejam os sistemas inquisitivo (ou inquisitório), acusatório e misto. Nesse diapasão, será vista a evolução dos referidos sistemas durante desde o início da sociedade, passando pela idade média e chegando a época moderna.

Por oportuno, também será feita uma análise individualizada de cada sistema processual, para que, assim, seja determinada, com propriedade a opção brasileira pelo sistema acusatório, o que, conseqüentemente deixará clara a necessidade de adequação do ordenamento jurídico brasileiro.

1. O CONTEXTO HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Antes de analisar os sistemas processuais penais, de forma mais detida, é indispensável conhecer a evolução histórica de tais institutos para que, dessa forma, se tenha a devida compreensão do estudo em questão.

Nesse sentido é importante citar o ensinamento de Miguel Reale (1956, apud LAGO, p. 3):

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

1.1. O INÍCIO

No começo da civilização, como muito bem salienta Cristiano Álvares Valladares do Lago (2006), a resolução de conflitos que porventura surgissem eram solucionados pelos seguintes instrumentos: costumes, regras morais e religião.

Assim, na prática o que ocorria era a autodefesa, que, conforme Marques (apud AGUIAR, 2005), "o próprio sujeito do interesse legalmente protegido consegue, por sua atuação pessoal, que a lei seja respeitada". Logo, ocorria uma vingança contra o agente da infração.

Nesse diapasão, evidencia-se que havia um conflito de forças entre a parte ofendida e o agressor para que se pudesse chegar à punição almejada. Entretanto, conforme Lago (2006), se a infração cometida fosse passível de reparação, bastaria que o infrator estabelecesse o "status quo ante", assim, satisfazendo a vítima e os anseios dos demais envolvidos

Mais tarde chegou-se à autocomposição, surgindo, assim, a possibilidade de acordo entre os envolvidos, como ensina Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar (2005):

Como aperfeiçoamento do exercício da pretensão punitiva, surgiu a autocomposição, que consiste em um acordo entre ofendido e ofensor, de modo a decidir pacificamente o conflito de interesses. Sem dúvida alguma, foi uma evolução se compararmos com a

autodefesa, pois se passa do uso da força para a busca do consenso. Aliás, considerando também a economia de gastos, seria uma alternativa excelente, porém, a tendência é de que o oponente menos forte cedesse mais; assim, a autocomposição se torna, de fato, uma rendição

1.2. NA IDADE MÉDIA

1.2.1. GRÉCIA ANTIGA

Em Atenas, conforme ensina Lago (2006) houve uma divisão concernente ao tipo de crime que se praticava, qual sejam crime público e privado, sendo que o primeiro tinha uma importância maior, haja vista que atingia a coletividade, sendo esta a responsável por sua apuração; o segundo era praticado contra uma vítima determinada, dependendo exclusivamente dela a iniciativa para sua apuração.

Nessa época a sociedade começou a se organizar melhor, no que concerne às suas sistemáticas processuais, tendo em vista o surgimento da figura do Juiz e a formação de órgãos colegiados para tomada de decisões, dentre outras inovações. Senão veja o que Lago (2006, p. 5) nos diz:

Em Atenas, os tribunais mais importantes foram: Assembléia do Povo - se reunia para julgar crimes políticos graves, sem nenhuma garantia para o Acusado; Areópago - competente para julgar crimes aos quais se cominava pena capital (homicídios premeditados, incêndios, etc.), se reunia ao cair do sol, as partes não podiam afastar-se da matéria de fato e a votação era secreta; Tribunal dos Afetas - composto de 51 juizes, dentre os membros do Senado, para julgamento de homicídios não premeditados e não voluntários, e, os Tribunais dos Eliastas (Heliea), com jurisdição comum, que chegou a ser composto por até 6000 juizes, face a crença de que tantas cabeças asseguravam melhor justiça, sendo certo que a explicação para tantos juizes pode residir ainda no interesse pelo recebimento dos três óbolos que o Estado destinava a cada um dos juizes, por crimes que julgavam.

Ademais, Aristóteles (apud SILVA, 2009), indicava a existência de oito tribunais na Grécia, um que fazia julgamento de agentes devedores; outro que chamava para si todas as causas em que a constituição está afeta; aquele que resolvia entre os simples particulares e os juizes em caso de contestação de castigos pronunciados; havia o que cuidava de processos com referência a

atribuições particulares, que possuíam alguma importância; um tribunal para estrangeiros e outro específico para as acusações de homicídio.

Esclarece Edemilson Mendes da Silva (2009), que havia tribunais específicos para apuração de crimes públicos e privados, portanto, já nessa época havia uma clara distribuição de competência visando uma melhor apuração das infrações praticadas.

Segundo Tourinho Filho (apud SILVA, 2009), apresentada a acusação, as provas e prestado o juramento, o Arconte procedia à prelibação da seriedade da acusação e designava o Tribunal competente, convocando as pessoas que deveriam constituí-lo.

Prossegue Silva (2009) destacando que no dia do julgamento quem falava primeiro era o acusador, que também logo inquiria suas testemunhas. Depois era a vez da defesa. Os juízes adotavam uma posição passiva entre as partes e, ao final, votavam, sendo que a decisão era tomada por maioria de votos, em caso de empate absolvía-se o réu.

Júlio B. J. Maier (apud SILVA) ressalta, ainda, que os procedimentos eram variáveis, pois dependiam do tribunal competente. Podem ser citadas as seguintes características do processo que fora estabelecido:

- . Tribunal popular, conforme o princípio da soberania do povo;
- . Acusação popular, por uma faculdade deferida a qualquer cidadão para apresentar a demanda contra quem se suponha autor ou partícipe de um delito público;
- . Igualdade entre acusador e acusado, que, de ordinário, permanecia em liberdade durante o julgamento;
- . Publicidade e oralidade do juízo, que se resumia a um debate contraditório entre acusador e acusado, frente ao tribunal e na presença do povo;
- . Admissão da tortura e dos juízos de Deus como meios de realização probatória;
- . Valoração da prova segundo a íntima convicção de cada juiz;
- . Restrição do direito popular de acusação em certos crimes que mais lesavam o interesse particular do indivíduo do que o da sociedade;
- . Decisão judicial irrecorrível.

Desta feita, a Grécia Antiga possuiu um sistema processual predominantemente acusatório, pois como destacado, havia participação direta dos cidadãos, oralidade e publicidade dos debates, sendo o juiz uma figura imparcial, assumindo um papel eqüidistante em relação às partes.

1.2.2. ROMA

Em Roma também havia a distinção entre os *delicta publica e delicta privata* (crimes público e privados), portanto havia o Processo Penal Privado e o Processo Penal Público, que seriam adotados, conforme a infração praticada.

Todavia, segundo Manzini (1951, apud LAGO, 2006), no Direito Penal de Roma havia a tendência de se tornar pública a ação penal em todos os casos, assim, houve o progressivo abandono Processo Penal Privado, sendo este destinado somente à injúria e outros poucos crimes.

Doravante, ocorreu um fortalecimento do Estado, enquanto sujeito de um poder público de repressão, retirando-se da esfera da vítima, na grande parte dos crimes, o direito de iniciativa para que se pudesse apurar uma infração. Senão veja:

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, deixando ao magistrado, como representante do rei, amplos 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 à investigar de ofício a suspeita noticiada. (LAGO, 2006, p. 6)

Importante citar o *provocatio ad populum*, uma espécie de recurso que poderia ser utilizado pelo acusado e, desta forma, havia a necessidade de que o Juiz justificasse a sua sentença. Cristiano Lago (2006, p. 6-7), com propriedade, explica o referido instituto:

Como medida de moderação aos arbítrios dos juizes, surgiu a *provocatio ad populum*, concedida pela Lex Valeria de Provoctione, 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 à sustentar a sua própria sentença e embasar nova condenação, agora perante comícios ou Assembléias do Povo. Todavia, conforme saliente Tourinho Filho, 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.

Ainda na República Romana, surgiu uma nova forma de procedimento denominada *accusatio, iudicium publicum ou quaestio*, no qual qualquer cidadão possuía o direito de acusar, sendo que ninguém poderia ser levado a juízo sem acusação. Nesse sentido:

No último século da República, surgiu nova forma de procedimento, denominada *accusatio*, também designada *iudicium publicum ou quaestio*, 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 uma 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*. (LAGO, 2006, p. 7)

Entretantes, com o passar dos anos o procedimento, outrora consistente e autônomo, mostrou-se falho, tendo em vista que dependia da ação dos cidadãos e, dessa forma, a impunidade era grande, pois muitas vezes havia receio por parte daqueles de se vincular àquela questão ou ocorria, até mesmo, descaso e acomodação.

Nesse sentido, salienta Geraldo Prado (apud SILVA, 2009):

[...] o procedimento, que carecia da figura do acusador particular, ora na condição de ofendido, ora representando o interesse público da sociedade, surgia como manifestação da adaptação do antigo processo penal às novas exigências sociais, sendo em muitos aspectos semelhantes à forma grega.

Dessa forma, surge a necessidade de que o Estado, por intermédio de agentes públicos, ocupe o papel de acusador no lugar do cidadão, deste modo havia

a garantia de que, tanto quanto possível, não haveria impunidade e a ordem pública não seria abalada.

A partir de então a *accusatio* foi substituída por outra forma de procedimento, qual seja, a *cognitio extra ordinem*, na qual se chegou ao ponto de atribuir, ao mesmo órgão estatal, às funções hoje pertencentes ao Ministério Público e ao Juiz, dando início ao Sistema Inquisitivo Romano. Lago (2006, p. 8) é esclarecedor quando trata dessa questão:

Dessa forma, ao tempo do Império, a *accusatio* foi pouco a pouco 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*, até que os magistrados foram ampliando cada vez mais sua esfera de atribuições, usurpando aquelas que antes eram reservadas aos particulares, chegando então ao extremo, como diz Manzini, de se reunirem em um mesmo órgão do Estado funções que atualmente competem ao Ministério Público e ao juiz, pois eram conferidos ao magistrado não somente poderes para julgar a causa, como também para 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, que mais tarde viria a dominar a Europa Ocidental.

1.3. NO DIREITO GERMÂNICO

A invasão dos bárbaros em grande parte da Europa Ocidental foi o marco final da *cognitio extra ordinem*, e, como destaca Lago (2006, p. 8) “foi cedendo lugar ao Processo Acusatório Germânico, restando, entretanto, vestígios da influência do Direito Romano, com verdadeira absorção recíproca dos ordenamentos respectivamente adotados.”

Tourinho filho (apud SILVA, 2009) enfatiza que entre os germânicos havia também a distinção entre crimes públicos e privados, sendo que a justiça era administrada por uma assembléia presidida pelo rei, príncipe, duque ou conde.

Neste novo sistema o ônus da prova incumbia ao réu, que caso não comprovasse a sua inocência seria condenado. Como meios de prova que o réu possuía destacavam-se os Ordilários e os Juízos de Deus, definidos por Cristiano Lago (2006, p. 8-9) nos seguintes termos:

Nos Ordálios, o réu jurava inocência, ao amparo e com abono dos juizes, acreditando-se então que deus, conhecendo o passado, podia castigar aquele que jurava falsamente.

Os Juízos de Deus, em verdade, não eram propriamente uma prova, mas, segundo Manzini, uma devolução a deus da decisão sobre a controvérsia. Como Juízo de Deus, realizava-se o “duelo judicial”, conforme as pessoas, e, se o réu vencesse, era absolvido. Ficaram famosas as modalidades de realização de Juízos de Deus conhecidas como purgationes vulgares, através dos quais os réus eram submetidos a provas de inocência perante deus, vencendo eram absolvidos, tal como nos casos das provas da “água fria” (acusados eram arremessados à água fria, se submergissem eram inocentes, se permanecessem à superfície, eram culpados), da “água fervendo” (o réu devia 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).

Por conta dessas inovações, dentre outras, é que se estabeleceu um processo misto, formado como elementos germânicos e romanos.

Ressalte-se que no direito germânico não havia distinção entre ilícitos civis e penais, assim, o direito civil absorvia as infrações que diziam respeito diretamente ao interesse privado, prevalecendo o entendimento privado como método de solução dos conflitos de natureza penal. Senão veja:

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 (sippe), predominando o entendimento privado como método de solução dos conflitos de natureza penal, começando ante ao fracasso da composição direta entre as partes, formalizando-se então 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, predominando então, nesta fase inicial de influência sobre a Europa Ocidental, o Sistema Acusatório. (LAGO, 2006, p. 9)

1.4. NO DIREITO CANÔNICO

No Direito Canônico o sistema processual acusatório vigorou até o século XII, tendo em vista que não havia Juízo sem acusação e o acusador apresentava-se

aos Bispos, Arcebispos ou Oficiais, os quais eram encarregados de exercer a acusação, conforme ensina Lago (2006).

Contudo, segundo Diogo Malan e Marta Saad (2005), foi no papado de Inocêncio III (1198-1216) que, para fazer frente às primeiras investidas contra o clero, a Igreja conseguiu que o Estado permitisse a Inquisição, com intuito de manter a pureza da fé e punir quem a ameaçasse. Está formado o processo inquisitivo.

Nessa nova sistemática processual, desprezava-se a necessidade de acusação, não havia o contraditório e, nem mesmo, direito de defesa aos acusados.

Estabeleceu-se a iniciativa *ex officio* da acusação, sendo que os acusados eram vistos como objetos do processo, no qual poderiam, inclusive, ser torturados. A esse respeito, veja o que diz Lago (2006, p. 10)

Todavia, do século XIII em diante, o sistema acusatório passou a ser desprezado pelo Direito Canônico, estabelecendo-se o Sistema Processual Inquisitivo, e isto, em decorrência da indisciplina de parte do clero e da corrupção, que confrontavam o poder do Papa, abolindo-se portando as regras do sistema acusatório, desprezando a necessidade de acusação, deixando de observar o contraditório, a oralidade, instituindo a iniciativa *ex officio* da acusação, não se dando nenhum direito de defesa aos acusados, estes que passaram a ser vistos meramente como objetos do processo, imperando no mais das vezes a tortura, como forma de obtenção da confissão, esta considerada a maior das provas.

Destarte, foi criado o Santo Ofício, conhecido como o Tribunal da Inquisição, com o objetivo de combater o sortilégio, a heresia, dentre outras afrontas. Era arbitrário e não nutria respeito pelos direitos humanos.

Nesse sentido:

A partir de então, o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, dotados de iguais poderes, torna-se uma luta desigual entre inquisidor e denunciado, pois este último perde a sua condição de sujeito processual e se converte em objeto da persecução penal. (MALAN; SAAD, 2005, p. 13)

Ademais, Malan e Saad (2005) destacam a existência de cinco tipos de inquisição: especial, geral, mista, sumária e *ex abrupto*.

A especial ou *inquisitio ex officio* deveria ser originada de uma insinuação clamorosa, ou seja, da fama e de um clamor público. Era necessário que houvesse *informatio* contra o processado.

Na inquisição geral tinha lugar a verificação genérica de infrações praticadas em determinada província.

Quanto à inquisição mista, esta ocorria quando o juiz, encontrando um cadáver, inquiria sobre a autoria do fato ou, de modo geral, sobre determinada pessoa.

A inquisição sumária ocorreria se, após a inquisição geral, a culpabilidade do acusado já estivesse suficientemente comprovada, dispensando o interrogatório do acusado e a sua defesa.

No que concerne a Inquisição *ex abrupto*, esta era ainda mais sumária, pois ocorria nos casos de prisão em flagrante, não havendo a necessidade de o acusado ser interrogado; ele era condenado *ex informata conscientia*.

Inicialmente, o sistema acusatório, tal como descrito acima, era adotado somente em relação a alguns crimes, no entanto, com passar dos anos e com a mudança de líderes do clero, passou-se a adotar tal procedimento de uma forma geral em todas as infrações atribuídas à jurisdição eclesiástica. Vejamos as lições de Malan e Saad (2005, p. 14-15):

Bonifácio VIII (1235-1303) deu maior extensão ao processo eclesiástico, mas ainda assim o limitou aos crimes de heresia. Foi Clemente V (1264-1314) quem estendeu a *inquisitio* aos crimes comuns, tais como a usura e a simonia, prescrevendo inclusive o modo sumário para o processamento de tais delitos. João XXII ampliou ainda mais o uso da *inquisitio*, acabando, por fim, o procedimento inquisitivo por ser adotado de forma geral pela jurisdição eclesiástica. Havia dificuldade na distinção entre crimes eclesiásticos e crimes comuns. A Igreja, a princípio, cuidava do julgamento de todos os delitos imputados aos clérigos; (ii) dos delitos que direta ou indiretamente poderiam afetar a fé religiosa. Nos casos de crimes graves, o clérigo, depois de apresentado ao seu prelado e degredado, deveria ser entregue à justiça secular. Além da condição do acusado como critério para fixação da competência, as causas puramente espirituais e os delitos eclesiásticos também se sujeitavam à jurisdição da Igreja: crimes de heresia, blasfêmia, sacrilégio, simonia, usura, perjúrio, rapto, concubinato, adultério, sortilégio, incesto, bigamia e taboagem, eram todos de competência da justiça eclesiástica.

A tarefa de reprimir as heresias inicialmente foi conferida aos bispos, todavia, a partir de 1230, por determinação de Gregório IX, passou a ser realizada por comissários especialmente nomeados pelo Papa. Os requisitos para ser um inquisidor eram os seguintes:

Segundo o Manual dos Inquisidores de Eymerich, de 1376, o inquisidor deveria ser homem honesto, prudente, firme, virtuoso e ter erudição católica. Ao ser nomeado, deveria contar ao menos 40 anos de idade. Sua autoridade lhe era conferida pelo Papa, por meio de uma Bula, ou então por delegação de poderes do Papa a um cardeal representante ou a superiores e padres provinciais dominicanos, e destes ao inquisidor. Competia ao inquisidor a escolha e a nomeação de um comissário, a quem poderia delegar seus poderes de forma a auxiliá-lo em suas atividades. (MALAN; SAAD, 2005, p. 15)

A competência para processamento que detinham os inquisidores era tamanha que eles poderiam, inclusive, processar os leigos. Nesse diapasão:

O inquisidor podia processar religiosos e padres, bem como qualquer leigo. Poderiam ser processados os blasfemadores, lançadores da sorte, necromantes, excomungados, apóstatas, cismáticos, neófitos que retornassem às heresias anteriores, judeus, infiéis, invocadores do Diabo. Ademais deles, todos os suspeitos de heresia, difamados de heresia, hereges e seus seguidores, aqueles que lhes dava guarida ou ajuda e aqueles que dificultavam o trabalho do Santo Ofício poderiam ser processados.

Sabendo de alguma infração ocorrida nos limites de sua competência o inquisidor dava início à informação secreta, por conseqüência, começava a ouvir a testemunhas, sendo que todos tinham o dever denunciar os hereges, sob pena de excomunhão, conforme Malan e Saad (2005).

A ação penal era imprescritível até mesmo para os mortos e, em certos casos, alcançava os herdeiros das pessoas que haviam praticado a heresia, até os menores não estavam livres da inquisição, conforme se depreende das lições de Malan e Saad (2005, p. 17):

A ação penal era imprescritível e nem os mortos estavam livres dela. Quando o delito cometido por determinada pessoa era considerado leve e se ela fosse processada apenas depois de morta, seus ossos eram desenterrados para deixá-los sem sepultura; se o delito era grave, os restos eram queimados solenemente e os herdeiros do condenado sofriam a pena de confisco.

Até os menores eram submetidos aos rigores do Santo Ofício. Os Concílios de Tolosa, Albi e Béziers, por exemplo, fixaram a idade mínima para ser processado pela Inquisição: catorze anos para os meninos e doze anos para as meninas.

Nesse contexto, eram confiadas ao magistrado inquisidor as prerrogativas de iniciar o processo *ex officio*, desenvolver a investigação, instruir o processo e proferir a sentença, sendo que tudo era feito em segredo, característica que é um dos demarcadores principais do sistema acusatório.

Conforme o magistério de Malan e Saad (2005, p. 19), para o juízo condenatório exigia-se alguns requisitos, quais sejam:

Para a condenação deveriam ser obtidos os depoimentos, colhidos sob juramento, uniformes e concordes, de pelo menos duas testemunhas, resguardadas pelo anonimato. Essas duas testemunhas diretas e concordes – que não eram contraditadas porque anônimas – podiam, no ápice da hierarquia das provas legais, constituir prova plena da culpa⁸⁷, permitindo a condenação do acusado. O Papa era a única pessoa cujo depoimento era considerado idôneo, por si só, para justificar a condenação.

Todavia o risco de não se obter provas suficientes para uma condenação foi, significativamente, reduzido com a autorização para o uso de tortura como forma de obter tanto a confissão dos acusados, como das testemunhas.

E mais:

[...] a tortura devia cessar imediatamente quando o acusado manifestasse desejo de confessar; se o acusado confessava durante os tormentos, para que a confissão fosse considerada válida devia ser confirmada no dia seguinte, sem tortura. (MALAN; SAAD, 2005, p. 21)

Por fim, destacam Diogo Malan e Marta Saad (2005, p. 26-27) as características do processo penal canônico, dentre as quais destacam-se as seguintes:

Primordialmente, o procedimento inquisitivo era secreto, se iniciava por denúncia – que poderia ser anônima – e também de ofício.

Os nomes das testemunhas eram ocultados do acusado e se fazia todo o possível para que não pudesse averiguar quem eram as testemunhas.

O acusado tinha direito a defensor, mas este era escolhido dentre aqueles que figuravam como tais no Tribunal. Por isso, a defesa do acusado era praticamente inexistente, pois os defensores: (i) eram nomeados pela Inquisição; (ii) tinham o mesmo espírito dela; (iii) se associavam a ela na perseguição do crime de heresia; (iv) aconselhavam ao acusado para que confessasse sua falta, não obstante as conseqüências que resultavam da confissão; (vi) abandonavam o acusado ao rigor do Tribunal, uma vez obtida a confissão.

A prisão preventiva era decretada até para os delitos que não mereciam pena corporal, de tal forma que o acusado podia permanecer no cárcere durante muito tempo para depois acabar sentenciado a penas consideradas leves, comparadas à prisão processual. Além disso, a prisão preventiva poderia se prolongar indefinidamente, até por anos, sem que fosse necessário justificá-la com um ato formal de prisão.

O julgamento se dava em audiência secreta e não se facultava acesso aos autos para o acusado. A este somente se forneciam traslados da acusação do fiscal e das declarações das testemunhas, mas de forma que não se pudesse averiguar a identidade destas últimas.

Estavam autorizadas as penas de infâmia, açoites, tortura, confisco, desterro e outras de caráter transcendental.

1.5. NA ÉPOCA MODERNA

1.5.1. FRANÇA

Após a Revolução Francesa de 1789, teve início o período moderno da administração da justiça, ocorrendo a diminuição das influências do processo inquisitorial na França, o que culminou com a edição do Código de Napoleão (1808), o qual trazia uma estrutura processual do tipo misto, ou seja, havia elementos do sistema inquisitivo e do sistema acusatório, como bem destaca Lago (2006)

Prossegue o autor salientando que no tipo misto o processo se dividia em três fases: Polícia Judiciária, Instrução e Julgamento, sendo que os princípios do sistema inquisitivo eram aplicados na fase de instrução, na qual o magistrado realizava as investigações processuais, de forma escrita, secreta, sem contraditório e sem defesa. Todavia, quando na fase de julgamento o processo assumia traços acusatórios, como a oralidade, publicidade e contraditório.

O sistema misto foi abolido na França em 1897, por intermédio da Lei Constans, que suprimiu o caráter inquisitivo da instrução. Com o passar dos anos, através de novas modificações, no ano de 1933, o sistema misto voltou a ser implantado e permanece até os dias de hoje.

1.5.2. ALEMANHA

A partir da Declaração dos Direitos Fundamentais do Povo Alemão a Alemanha opta “decisivamente pela publicidade e oralidade do processo penal, acolhendo o julgamento popular, condicionando a atividade jurisdicional à iniciativa dos interessados (apesar de exercida a acusação por um agente do governo).” (LAGO, 2006, p. 12)

Ressalte-se que as principais funções do processo, quais sejam a acusação, a defesa e o julgamento, foram divididos entre agentes diversos.

Nos dizeres de Lago (2006, p. 13), o processo alemão se desenrolava da seguinte forma:

Previsto um procedimento preparatório, dirigido pelo Ministério Público, de natureza essencialmente secreta, com limitada participação do acusado, sem descuidar de seus direitos fundamentais, uma vez terminado, podia ser arquivado ou oferecida acusação, à partir de quando iniciava-se uma fase intermediária, destinada a apurar existência de fundamento fático mínimo para a acusação, esta que, quando admitida pelo Tribunal, propiciava o desenrolar da terceira fase, pertinente ao procedimento principal, no qual acentuavam-se as características de divisão de funções (acusador, defensor e juiz), oralidade e publicidade, ficando todavia o tribunal livre para obter todos os meios de prova que considerasse necessários, não podendo entretanto o tribunal proceder de ofício quanto ao início do procedimento ou aos limites da acusação.

Portanto, o sistema adotado na Alemanha era predominantemente acusatório, porém possuía traços do sistema inquisitório, como a usurpação, pelo Estado do papel que a vítima exercia nos sistemas acusatórios puros, segundo Colomber (apud LAGO, 2006).

1.5.3. BRASIL

No Brasil, na época das Ordenações Afonsinas, Manuelina e Filipinas, imperava o sistema inquisitório, com influência do direito canônico.

Era, até mesmo, permitida a tortura em alguns casos, como destaca Cristiano Lago (2006 p. 18-19):

Reinava o sistema de prova legal, devendo o juiz decidir de acordo com o alegado e provado no processo. Entretanto, os tormentos eram admitidos como meios de prova, consubstanciando-se então as arbitrariedades com aplicação de verdadeiros expedientes de torturas, com a prática de atos desumanos e bárbaros contra os mais fracos e desprotegidos, ressaltando-se que referida espécie de prova não era permitida contra os fidalgos, cavaleiros, doutores, senão em casos limitados e específicos (Título 134, parágrafo 3º, Livro V das Ordenações Filipinas).

Assim, nessa época o sistema brasileiro procurou, conforme os preceitos do processo inquisitivo, utilizar a tortura como forma de se obter a confissão dos réus, entretanto, esta prática não era aplicada a certas pessoas, tendo em vista a condição social que ostentavam perante a sociedade.

Entende-se que o ocorria era uma verdadeira seleção para se chegar a conclusão de quem deveria ser torturado. O critério econômico, como se sabe, foi costumeiramente utilizado para diversos fins durante história e, como não poderia deixar de ser, encontra-se presente no contexto histórico dos sistemas penais.

Com a promulgação da constituição de 1824, influenciada pelos princípios liberais do século XIX, surgiram preceitos e princípios novos no processo criminal brasileiro, estabelecendo um sistema processual com traços inquisitoriais e acusatórios. Nessa esteira:

Instaurava-se o procedimento penal mediante queixa do ofendido/representante legal, ou, por denúncia do Ministério Público, ou de qualquer do povo, e ainda, mediante atuação ex officio do juiz, instituindo-se ainda, o grande e o pequeno Júri, sendo o primeiro para decidir acerca da admissibilidade da acusação e, o segundo sobre a procedência desta, pelo que este era chamado de Júri de Sentença, ficando entretanto excluídas as contravenções e infrações mais graves da apreciação do Júri. (LAGO, 2006, p. 19)

Portanto, sob a égide da referida constituição pode-se dizer que o Brasil ostentava um sistema misto, tendo em vista que possuía elementos acusatórios e inquisitivos.

A legislação processual brasileira permaneceu sem grandes evoluções até o advento da Constituição de 1946, que, como bem salienta Silva (2009), juntamente com a atual Carta Magna de 1988, apresentou fortes bases democráticas e adotou, claramente, um sistema acusatório, que será mais bem analisado no momento oportuno.

2. OS SISTEMAS DE PROCESSO PENAL

De acordo com o exposto, vislumbra-se que na conformação histórica dos sistemas processuais penais, existiram três tipos de processo: inquisitivo, acusatório e o misto. Assim, a partir de agora faremos a análise de cada sistema, de forma individualizada, objetivando a devida compreensão acerca de cada um dos institutos em tela.

2.1. SISTEMA INQUISITIVO OU INQUISITÓRIO

Como visto, o sistema inquisitivo surgiu em Roma, tendo sido fortemente subsidiado pelo Direito Canônico, além de ter sido adotado em grande parte da Europa nos séculos XVI, XVII e XVIII.

Flavio Pereira da Costa Matias (2010) destaca que o sistema em questão surgiu com intuito de corrigir supostas imperfeições do sistema acusatório, pois com a recusa do particular em mover as respectivas ações penais, surgiu, conforme estudado anteriormente, a necessidade de que a atividade persecutória fosse assumida pelo Estado.

De mais a mais, o sistema inquisitivo é definido, respectivamente, por Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 116), Fernando Capez (2008, p. 46) e Norberto Avena, nos seguintes termos:

É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.

É sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram freqüentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão.

No sistema inquisitivo, não existe a obrigatoriedade de que haja uma acusação realizada por órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal *ex officio*. Nesta mesma linha, faculta-se ao magistrado substituir-se às partes e, no lugar

destas, determinar, também por sua conta, a produção das provas que reputar necessárias para elucidar o fato.

Nessa sistemática de processo o sigilo é aplicado tanto para o público em geral, quanto para o réu, o que torna impossível que a ampla defesa e o contraditório sejam exercidos pelo acusado.

Nesse diapasão, Tourinho Filho (2005, apud MATIAS, 2010) afirma que, muitas vezes, o processo inquisitório chegava ao ponto de que o segredo alcançava o lugar e a forma do procedimento, a pessoa do julgador, o pronunciamento da sentença e, algumas vezes, era secreto o próprio momento da execução da condenação.

Ademais, pelo fato de que, no processo inquisitivo, as funções de acusar, defender e julgar estão concentradas na mesma pessoa, há um claro comprometimento na imparcialidade julgador, que também é o gestor das provas, e, dessa forma, utilizará o processo para garantir que a sua convicção pessoal, formada no momento da gestão das provas, seja ratificada na fase instrutória.

Nesse sentido, veja o que pensa Frederico Marques (1997, apud LAGO, 2006):

No dizer de Frederico Marques, o sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições, pois, embora integrado por preceitos que visam a 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

Ademais, nesse sistema a prisão do acusado era a regra, o que, somado a possibilidade de utilização da tortura, contribui para que o julgador possa obter a confissão que confirme o que já suspeitava, quando das fases preparatórias.

Todavia, o que se está a colher é uma verdade fictícia e não a verdade real. Libera-se a tortura, pois o réu não é visto como um sujeito processual, com direitos e deveres, mas sim como um objeto da persecução criminal.

Sobre a confissão, veja o que diz Matias (2010):

Uma vez confessada a prática delituosa pelo acusado, não mais se perquiria acerca de sua inocência: a autoria do crime já estava provada, bastando que se acrescentassem alguns elementos secundários de prova no mesmo sentido, eis que, no sistema de

tarifação legal, predominante enquanto prevaleceu o sistema inquisitório com toda sua força, nenhuma prova valia mais que a confissão

Conforme salienta Avena (2010), entende-se que no processo inquisitivo não havia igualdade entre as partes, ocorrendo, pois, certos excessos processuais, tais quais os citados alhures. Destarte, não se pode falar em paridade de armas, pois, inclusive, a própria defesa do réu é bastante restrita.

Vê-se que o sistema inquisitivo é característico de Estados Totalitários, nos quais existem supressões de liberdade e garantias que deveriam ser conferidas aos cidadãos, no entanto, o que ocorre é uma violência, por parte do Estado, contra os indivíduos.

Muito bem destacado por Matias (2010) é o fato de que a doutrina majoritária entende como sendo a principal característica do sistema inquisitório a reunião das atividades de acusar e julgar na figura do juiz, como exemplo cita Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Marcos Alexandre Coelho Zilli.

Entretantes, de encontro às idéias da maioria, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (apud MATIAS, 2010) argumentando que somente o fato de a acusação, defesa e julgamento serem realizados por pessoas distintas não é suficiente para afastar o processo inquisitório. Nessa esteira, vale citar o entendimento de Coutinho (apud MATIAS, 2010)

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos.

Do exposto, fica claro que o sistema inquisitivo é altamente prejudicial ao réu, o qual nem mesmo possui uma defesa técnica, sendo esta “meramente decorativa” como muito bem define Nucci (2008, p. 116).

2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

Conforme visto, o sistema acusatório teve suas raízes na Grécia e em Roma, sendo que em princípio vigorava a acusação privada, ou seja, por parte do particular, depois veio a ser abarcado pela acusação oficial, feita por agentes públicos, configurando-se, assim, um processo de partes.

No processo acusatório não se pode admitir o processo sem acusação, o juiz assume uma posição passiva e imparcial, devendo garantir a paridade entre as partes, este, deve ser equidistante em relação às partes.

O contraditório e a ampla defesa devem ser observados no processo, que também se caracteriza pela oralidade e publicidade. Logo, vê-se que esse sistema é mais liberal em comparação com o inquisitivo, pois confere uma maior legitimidade ao processo, ao assegurar certas garantias.

Nucci (2008, p. 116), Capez (2008, p. 45) e Avena (2010, p. 10) definem o processo acusatório da seguinte forma:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é regra.

É contraditório, público, imparcial, assegura ampla defesa; há distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgão distintos. [...] no sistema acusatório a fase investigatória fica a cargo da Polícia Civil, sob controle externo do Ministério Público [...].

Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias.

Dentre as características do sistema acusatório, na visão de Cristiano Lago (2006, p. 22) a mais importante “é a circunstância de que ninguém pode ser levado a juízo sem uma acusação - *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*, daí o nome Sistema Acusatório.”

Por outro lado, Westphal Taylor (apud MATIAS, 2010) afirma que “embora o sistema acusatório seja dotado de outras características, tais quais a oralidade, a publicidade e a igualdade de partes, a peculiaridade que o distingue do sistema inquisitório é a estrita divisão de funções entre cada ator processual.”

Fomentando a questão, Coutinho (apud MATIAS, 2010) destaca que a principal característica do sistema acusatório “é justamente o fato de a gestão da prova não estar nas mãos dos juízes, mas ser confiada às partes.”

A par do exposto, entende-se que a principal característica do sistema acusatório é a divisão das funções entre cada agente processual, o que, por si só, reflete em diversos outros fatores legitimadores do processo, como a efetiva participação de um juiz neutro na demanda processual, pois, do contrário, estar-se-á limitando o direito de defesa do réu.

Em que pese no sistema acusatório puro a acusação seja privada ou popular, poder-se-ia a questão de que a existência de órgãos específicos, criados pelo Estado, tal qual o Ministério Público, para promoção da ação penal, não modifica a natureza acusatória do processo, conforme esclarece Lago (2006, p. 25).

Destarte, cabe lembrar que, para configuração efetiva do sistema acusatório em um ordenamento processual penal, não basta a presença das características acima apontadas, fazendo-se necessário que, para a formação de um instrumento legítimo de solução de conflitos de interesses, 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 e do contraditório.

Nesse sistema o Estado funciona como um garantidor dos direitos fundamentais e individuais, característica esta marcante do Estado Democrático de Direito, e, como tal confere ao processo uma maior credibilidade, o qual, noutro prisma, entende-se não estar presente no sistema inquisitivo.

Por oportuno, ressalte-se que no sistema acusatório os atos são públicos e o juiz possui o livre convencimento motivado, portanto, o julgador deve externar as suas razões de forma pormenorizada, levando em conta as provas contidas nos autos, bem como deve dar publicidade a todos os atos processuais.

Importante dizer que agora no sistema acusatório a regra é a liberdade do réu e não o contrário, pois aqui existe a presunção de inocência do acusado, que no Brasil tem previsão constitucional.

Tendo em vista as características do processo acusatório, não se pode admitir que o julgador pratique atos durante a investigação, devendo permanecer imparcial, pois como ensina Lago (2006, p. 23) “o sistema acusatório prega um processo de partes, [...] e somente estas, perseguem os meios probatórios hábeis a demonstrar procedência de suas alegações, admitindo-se para tal, [...] a disponibilidade da ação penal.”

Portanto, no sistema acusatório a figura do juiz deve ser imparcial, funcionando, precipuamente, como moderador das partes que travam o embate processual e produzem as provas pertinentes ao processo.

2.3. SISTEMA INQUISITÓRIO OU INQUISITIVO x SISTEMA ACUSATÓRIO

Antes de se passar a análise do sistema misto faz-se necessário, para o adequado entendimento do assunto, utilizar o quadro esquematizado por Irving Marc Shikasho Nagima (2011)¹, com as principais características dos sistemas processuais analisados, facilitando, portanto, a diferenciação entre ambos.

Características/Sistemas	Sistema Inquisitório	Sistema Acusatório
Princípio unificador	O juiz é o gestor das provas.	As partes é que são gestoras das provas.
Funções acusar, defender e julgar	Reunidas nas mãos do juiz.	Separadas.
Atos do processo	Sigilosos.	A regra é a publicidade dos atos do processo, salvo exceções legais.
Réu	Objeto da investigação.	Sujeito de direitos.
Garantias	Não há contraditório, ampla defesa ou	Todas as garantias constitucionais

¹ Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>

	devido processo legal.	inerentes ao julgamento.
Provas	Taxativas, onde a confissão é a rainha das provas.	Livre convencimento do juiz e devidamente motivadas.
Presunção	De culpabilidade, podendo utilizar-se de torturas e meios cruéis para obter a confissão.	De não culpabilidade ou de inocência.
Julgador	É parcial.	É imparcial, eqüidistantes das partes.

2.4. SISTEMA MISTO

Também conhecido como sistema acusatório formal, surgiu após a Revolução Francesa, no ano de 1808, com o Code d'Instruction Criminelle, como uma forma de frear a forma de processo inquisitivo.

Nada mais é do que a junção de elementos do sistema inquisitivo e do sistema acusatório, com o intuito de formar uma nova sistemática processual, a qual poderá, conforme o caso tender para um lado mais acusatório ou inquisitivo.

Entende-se que tal fato será determinado pela legislação vigente, que deve ser analisa em conjunto com os elementos de cada sistema, para, então, chegar a uma definição mais específica de um determinado sistema misto.

Conforme Torinho Filho (2003, apud SANTOS, 2009), o processo misto, como no sistema inquisitivo, se divide em três fases: investigação preliminar, instrução preparatória e julgamento, porém enquanto no sistema inquisitivo essas três etapas possuem caráter secreto e não há contraditório, no sistema misto somente as duas fases iniciais e que preservam essas características.

As funções de acusar e defender, que no processo inquisitivo concentravam-se nas mãos de uma só pessoa, agora, sob o manto das regras do sistema misto, encontra-se nas mãos de pessoas distintas, portanto, esse aspecto é predominantemente acusatório e denota certa garantia ao acusado, que, frise-se não é absoluta.

No que diz respeito especificamente da fase de instrução preparatória, esta, segundo Matias (2010), “é, necessariamente, conduzida por um juiz (juizado de instrução). Trata-se de uma fase secreta, iniciada pela oitiva das testemunhas – se houver –, não intervindo, nesse depoimento, o acusado”.

Aqui já se percebe os traços do sistema inquisitivo, pois o juiz passa a atuar na fase preparatória, que antecede a fase instrutória em juízo. Ressalte-se que esta forma de sistema misto, com o juizado de instrução, existe no que pode se chamar sistema misto puro.

Prosseguindo até a fase de julgamento surgem mais traços acusatórios, pois nessa fase o processo desenvolve-se de forma oral, com contraditório e os atos processuais são públicos.

Portanto, o acusado, nessa fase, passa a ter direito de exercer a ampla defesa e goza da presunção de inocência, cabendo à acusação provar a sua culpa.

Nessa esteira, merece destaque o magistério de Tourinho Filho (2003, apud SANTOS, 2009) e Flávio Matias (2010):

[...] qual no tipo inquisitivo, desenvolve-se em três etapas: a) investigação preliminar (*de la policie judiciaire*), dando lugar aos *procés verbaux*; b) instrução preparatória (*instruction préparatoire*); e c) fase do julgamento (*de jugement*). Mas, enquanto no inquisitivo essas três etapas eram secretas, não contraditórias, escritas, e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se nas mãos do Juiz, no processo misto ou acusatório formal somente as duas primeiras fases é que continuaram secretas e não contraditórias. Na fase de julgamento, o processo se desenvolve *oralement, publiquement et contradictoirement*. As funções de acusar defender e julgar são entregues a pessoas distintas.

O acusado passa a ser encarado como sujeito de direitos, exercitando-os na defesa contra o fato que lhe é imputado. Goza, ainda, da presunção de inocência, cabendo à acusação, e não mais a um juiz-inquisidor, o ônus de provar os fatos que lhe são imputados. Os debates se desenrolam publicamente em audiência oral. Aliás, qualquer que seja o tribunal, a fase de julgamento é sempre contraditória, oral e pública.

Não se pode deixar de notar que no processo misto a neutralidade do juiz não é preservada, haja vista que o julgador tem contato direto com a instrução criminal, participando da colheita de provas, o que, segundo o prisma acusatório, não é admitido, e, de certo, que traz grandes prejuízos ao acusado.

Aliás, de acordo com Matias (2010), esse é o fator que faz com que o sistema misto esteja mais próximo do sistema inquisitivo, dando ensejo a críticas de grande parte da doutrina.

Ora, nada mais acertado, pois como é sabido o processo inquisitivo é, verdadeiramente, um supressor de direitos e garantias individuais e coletivas, logo, o fato de o sistema inquisitivo possuir uma influência tão grande sobre o sistema misto é realmente preocupante, no sentido de que o processo penal perde grande parte de sua legitimidade perante a sociedade.

Nesse sentido, entende Ferrajoli (2006, apud MATIAS, 2010):

[...] “processo misto”, que será copiado por numerosas codificações posteriores, incluída a italiana: predominantemente inquisitivo na fase de instrução, predominantemente acusatório na fase de debate e dominado em ambas as fases pelo princípio da livre convicção do juiz-inquisidor. Compreende-se que tal “monstro, nascido do acoplamento do processo inquisitivo e do acusatório”, tenha somado os defeitos de um e de outro [...]

Por fim, é importante destacar que Guilherme Nucci (2008), diferente da maioria dos doutrinadores, entende que o processo misto, na verdade, se divide em duas grandes fases, nas quais a fase de investigação preliminar e instrução preparatória seriam uma só e, por conseguinte, a fase de julgamento viria em seguida. Ressalte-se que essa diferenciação é mínima, pois o que o autor faz é transformar as duas fases anteriores a instrução em uma só, sem mudar, significativamente, o conceito de cada qual.

3. O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL E A NEUTRALIDADE DO JUIZ

Feita a devida análise dos sistemas que se conformaram no decorrer da história, chega o momento de avaliar o sistema processual adotado no Brasil, visto que o ponto central do presente estudo é a neutralidade do juiz no processo penal pátrio.

Doravante, constatar-se-á um choque entre o estabelecido pela CF/88 e o Código de Processo Penal (CPP), pois este estabelece um processo com grande influência inquisitiva, ao passo que aquela prega as normas do processo acusatório.

Destarte, serão vistos alguns dos pontos principais estabelecidos no CPP e na CF/88, para, então, se estabelecer qual é a sistemática adotada no Brasil e, então, se poder avaliar a neutralidade do julgador nesse âmbito

3.1. OS TRAÇOS INQUISITIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Conforme destaca Saulo Santos (2009), o CPP de 1941, ainda vigente, teve forte inspiração na legislação processual penal italiana, por essa razão é que ainda hoje é possível encontrar os princípios característicos do sistema inquisitivo no CPP.

É sabido que o referido código estabelece e disciplina o inquérito policial (art. 4º ao art. 23, do CPP), o qual, segundo André Nicolitt (2010, p. 80), é:

“[...] procedimento administrativo investigatório que busca reunir indícios de autoria e materialidade das infrações penais com o objetivo de fornecer estes elementos ao Ministério Público ou ao querelante, possibilitando o seguimento da persecução penal através da propositura da ação.”

Esse procedimento possui um eminente caráter inquisitório, pois conforme ensina Nicolitt (2010), nele não há contraditório, e, por conseguinte, também não há ampla defesa. Como se não bastasse, o inquérito também escrito e sigiloso, tendo em vista que a autoridade assegurará o sigilo necessário ao

esclarecimento do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, conforme estabelece o art. 9º e o art. 230, ambos do CPP.

O inquérito possui várias formas para ser iniciado, às quais estão estabelecidas no CPP, em seu art. 5º: “Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - **mediante requisição da autoridade judiciária** ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.” (grifo nosso)

Ora, não se pode deixar de observar a possibilidade da autoridade judiciária requisitar o início das investigações preliminares, visto que, dessa forma, ocorre uma aproximação entre a investigação e o julgador.

Essa aproximação fica ainda mais evidente quando se analisa do art. 10, §3º, do CPP: “Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, **para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.**” (grifo nosso)

Vê-se que a lei processual confere ao julgador a função de autorizar diligências a serem empreendidas pela autoridade policial na fase de investigação, quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto. Mais uma vez, percebe-se a ingerência do julgador na fase investigatória.

Outro dispositivo que merece destaque é o art. 28, do CPP, pois oferece ao Juiz a possibilidade de ir de encontro à vontade do acusador, no que tange ao arquivamento do inquérito, evidenciando, mais uma vez, a forte vertente inquisitória do código em tela. Nessa esteira:

Outro dispositivo de caráter inquisitivo é o art. 28 do código: de acordo com ele, o juiz exerce a função anômala de fiscal da obrigatoriedade da ação penal pública. Assim, o promotor requer ao magistrado o arquivamento do inquérito policial e, se este discordar, remeterá os autos ao Procurador-Geral, que decidirá, em caráter definitivo, sobre a pertinência do arquivamento. Mais uma vez, o juiz se substitui ao acusador ao considerar errôneo o arquivamento. Se o Procurador-Geral decidir por oferecer a denúncia, o juiz da causa já estará automaticamente vinculado à acusação, o que destrói a sua imparcialidade. (AGUIAR, 2005)

De acordo com Capez (2008), o inquérito policial é tido como uma peça informativa que tem o objetivo de fornecer ao Ministério Público ou, conforme o caso, ao ofendido, os elementos necessários à propositura da ação penal.

Todavia, conforme determina o art. 12, do CPP, o inquérito permanece juntado ao processo durante todo o seu trâmite, senão veja: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

Dessa forma o julgador está sujeito à influência de elementos colhidos sem as garantias do contraditório e da ampla defesa, pois no momento de formação de seu livre convencimento, terá acesso à esses elementos.

A própria lei confere ao juiz a faculdade poder fundamentar a sua decisão em elementos colhidos na investigação, ressalvando que a condenação não poderá basear-se exclusivamente nesses elementos, o que, em verdade relativiza, mas não exclui influência das provas colhidas na fase de investigatória.

Depreende-se esse entendimento do disposto no art. 155, *caput*, do CPP:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão **exclusivamente nos elementos informativos** colhidos na investigação, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**. (grifo nosso)

A ressalva feita pelo citado artigo é de caráter extremamente inquisitorial, pois o julgado está, na verdade, atuando como investigador e participando da colheita de provas, não como uma figura equidistante, mas como protagonista.

Com efeito, veja o que diz o art. 156, I e II, do CPP:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, **facultado ao juiz de ofício**:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (grifo nosso)

Desta feita, o CPP oportuniza ao juiz uma atuação de ofício, ou seja, sem qualquer provocação, tanto na fase de inquérito, quanto em juízo, no sentido de poder ordenar a produção antecipada de provas ou determinar diligências que julgue interessante ao processo, independentemente da vontade das partes.

No tocante a provas cautelares, o art. 282, §3º, do CPP, é bem claro: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”.

No curso da investigação criminal, ou seja, durante o inquérito, a atuação do juiz, no que diz respeito à tomada de medidas cautelares, somente se dará mediante provocação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Entrementes, no curso processo o magistrado poderá atuar de ofício ou a requerimentos das partes.

Portanto, o julgador tem a prerrogativa de, por exemplo, autorizar a quebra de sigilo de dados ou a interceptação telefônica de um investigado, se julgar que estão presentes indícios suficientes de materialidade e autoria. Frise-se que o juiz que autoriza tais medidas fica vinculado ao futuro processo e, no momento oportuno, o decidirá, no entanto, não com neutralidade.

Outra questão de grande relevância é a prisão do acusado, que, segundo o processo inquisitivo, é a regra, e, dando guarita a esse principio inquisitivo, o CPP, em seu art. 311, autoriza a decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo juiz, no curso do processo. Vale citar o teor do artigo em comento:

Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policia

Do exposto, vê-se que o Código de Processo Penal é predominantemente inquisitivo, externando características próprias desse sistema, como a falta de contraditório e a ingerência do julgador na fase investigativa. Nucci (2008, p. 119) acerta ao dizer que, apesar das alterações o CPP preservou sua “formação inquisitiva”.

3.2. O PROCESSO ACUSATÓRIO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consolidou-se no Brasil o Estado Democrático de Direito, trazendo consigo os princípios, garantias e direitos fundamentais inerentes aos cidadãos. Em função disso, embora não expressamente, a CF/88 adotou o modelo acusatório para ser seguido pela legislação pátria.

Nesse diapasão, é importante citar o entendimento de Canotilho (1993, apud MORAES, 2006, p. 25):

(...) a função dos direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Com efeito, passar-se-á a análise de alguns dos principais indicadores, na CF/88, que evidenciam a opção brasileira pelo processo acusatório.

3.2.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

No seu art. 5º, *caput*, a CF/88 estabelece o princípio da igualdade, *in litteris*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

Como ensina Pedro Lenza (2010), não é possível se contentar com essa igualdade formal, deve-se buscar a igualdade material, tendo em vista que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais de forma desigual. Trata-se do moderno conceito de igualdade, largamente defendido pela doutrina.

Para Alexandre de Moraes (2006) o princípio da igualdade atua em dois planos distintos, sendo:

[...] frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Percebe-se a preocupação do legislador constitucional em evitar que sejam editadas normas de caráter abusivo para com os cidadãos, como ocorria anteriormente na sociedade, que nem mesmo possuía iguais direitos e deveres entre homens e mulheres.

Ademais, como característica de uma sociedade democrática e do modelo acusatório, o princípio em tela evidencia o tratamento igualitário que deve ser dispensado pelo julgador às partes processuais, devendo este, deveras, permanecer como um mediador no embate processual.

Por derradeiro, constata-se tal princípio não encontra guarita na modelo inquisitivo, pois neste, como já visto, o acusado é tratado como um mero objeto processual, não possuindo quaisquer direitos e deveres, encontrando-se sujeito as arbitrariedades do julgador, o qual procura comprovar, a qualquer custo, as suas suspeitas.

3.2.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PROIBIÇÃO DA TORTURA

Conforme Lenza (2010) o princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, como oposição a qualquer forma de poder autoritário ou antidemocrático, estando previsto no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Está previsto também no inciso I, do art. 5º, da CF/88, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Para nosso estudo importa ressaltar que com tal princípio estabelecido em nossa ordem constitucional, o acusado tem uma maior garantia de que seus direitos fundamentais não serão violados, pois somente será obrigado a fazer alguma coisa em virtude de lei.

Nesse sentido, é importante destacar que a CF/88, em seu art. 5º, III, especificamente proíbe a utilização de tortura ou mesmo tratamento desumano ou

degradante, nos seguintes termos: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

E mais, no inciso XLIII, do referido art. 5º, considera a tortura um crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, destacando ainda mais a rigidez do tratamento dispensado à tortura.

Portanto, vê-se que os dispositivos legais citados alhures não se coadunam com as regras e princípios reitores do processo inquisitivo, mas sim do processo acusatório. Ora, o modelo inquisitivo é palco de grandes arbitrariedades e utiliza a tortura como a principal forma de obter a confissão do acusado.

3.2.3. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

De acordo com MATIAS (2010) “foi nos Estados Unidos da América que o devido processo legal se aperfeiçoou, com as Emendas V e XIV à Constituição estadunidense, contribuindo para a prevalência dos direitos fundamentais [...]”

O princípio do devido processo legal encontra-se previsto na CF/88, em seu art. 5º, LIV, estabelecendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Tal princípio, no âmbito criminal, confere ao acusado a garantia de ter um processo justo e na forma prevista em lei. A esse respeito veja a que diz Moraes (2006, p. 93):

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, á publicidade do processo, á citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, á decisão imutável, à revisão criminal).

Nesse sentido, frise-se o entendimento de Elmir Duclerc (2006, apud MATIAS, 2010):

Devido processo legal, portanto, será, sem dúvida, um processo típico, ou seja, cujos trâmites estejam previstos com anterioridade na lei. Mas, muito além, deve ser também um processo orientado

conforme os cânones do chamado sistema acusatório de processo penal, ou seja, um processo composto por um juiz efetivamente imparcial e partes parciais em igualdade de condições

De acordo com Moraes (2010, p. 93) “o devido processo legal tem como corolário a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.”

A falta do contraditório e da ampla defesa é marcante no modelo de processo inquisitivo, em contrapartida constitui uma característica basilar do modelo acusatório, o qual é claramente adotado pela CF/88.

Conforme previsão no art. 5º, LV, da Carta Magna, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Por força da ampla defesa permite-se que o acusado tenha, de fato, a chance de se defender no processo, este não mais terá uma defesa decorativa; e mais, com o contraditório, o réu poderá tem a sua disposição os meios de provas necessários para comprovação de sua inocência ou, no mínimo, suscitar dúvida razoável, que impossibilite uma condenação, se for o caso.

Por fim, vale citar o entendimento de Nelson Nery Júnior (1995, apud MORAES, 2006, p. 93):

[...] o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação como o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

3.2.4. PÚBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS E O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAS

A CF/88 em seu art. 5º, LX, estabelece: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

O legislador constitucional adotou como regra a publicidade dos atos processuais, com o intuito de dar mais clareza e confiabilidade ao processo.

Entretanto, relativizou essa regra em alguns casos, nos quais a defesa da intimidade ou o interesse social tornem necessário o sigilo.

A publicidade é, também, uma característica singular na diferenciação entre o modelo inquisitivo e acusatório, pois no primeiro a regra é o sigilo, que, como visto, alcança até mesmo a pessoa do acusado; no segundo a regra é a publicidade, como forma de, como dito, dar clareza ao processo, além de respeitar os direitos e garantias do acusado.

Outro aspecto importante é o dever de motivação das decisões judiciais, que está previsto no art. 93, IX, da Lei Maior:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (grifo nosso)

Este é outro grande indicador da posição acusatória Constituição, pois impõe aos julgadores o dever de fundamentar todas as suas decisões, assim, deixando claro o caráter imparcial que deve assumir o julgador, não podendo tomar decisões por sua convicção subjetiva.

3.3. O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL

O sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é assunto controverso na doutrina, não havendo uma unanimidade acerca da temática. Conforme assevera Norberto Avena (2010) a posição majoritária, segundo a doutrina e a jurisprudência, aponta o sistema acusatório como o modelo brasileiro.

Entretanto, com dito alhures, existe uma orientação em sentido contrário aponta o sistema misto como o modelo adotado pelo Brasil, porém tal posição constitui entendimento minoritário.

Os seguidores da primeira corrente, basicamente, sustentam sua posição no fato de a nossa Carta Magna ter claramente adotado o sistema processual acusatório. Nesse sentido, veja o que dizem, respectivamente, Avena (2010, p. 16), Abade (2005, apud MATIAS, 2010) e Mirabete (2005, apud SANTOS, 2009):

[...] embora inexista um dispositivo legal expresso na Constituição Federal de 1988, é dela que se extrai o conjunto de princípios e normas que conduz ao entendimento de que o direito brasileiro agasalhou o sistema acusatório.

[...] não resta dúvida que a Constituição da República adotou todas as elementares do princípio acusatório, na medida em que conferiu ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, consagrando o devido processo legal e assegurando, no mesmo passo, o julgamento dos feitos por um juiz competente e, obviamente, imparcial.

[...] a Constituição Federal assegura o sistema acusatório no processo penal. Estabelece "o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV); a ação penal pública é promovida, privativamente, pelo Ministério Público (art. 129, I), embora assegure ao ofendido o direito a ação privada subsidiária (art. 5º, LIX); a autoridade julgadora é a autoridade competente – juiz constitucional ou juiz natural (arts. 5º, LIII, 92 a 126); há publicidade dos atos processuais, podendo a lei restringi-la apenas quando a defesa da intimidade ou do interesse social o exigirem (arts. 5º, LX, e 93, IX).

Nessa esteira, Tourinho Filho (2007, apud MATIAS, 2010) entende que “o direito pátrio adota o sistema acusatório, visto que a acusação está, em regra, a cargo do Ministério Público; a função de julgar incumbe a juízes permanentes, salvo no caso de impeachment, bem como no do tribunal do júri”, além de o processo ser eminentemente contraditório. Com efeito, veja o que ensina Tourinho Filho (2003, apud SANTOS, 2009), *in verbis*:

O processo é eminentemente contraditório. Não temos figura de juiz instrutor. A fase processual propriamente dita é precedida de uma fase preparatória, em que a Autoridade Policial procede investigação não contraditória, colhendo, à maneira do Juiz instrutor, as primeiras informações a respeito do fato infringente da norma e da respectiva autoria. Com base nessa investigação preparatória, o acusador, seja órgão do Ministério Público, seja a vítima, instaura o processo por meio de denúncia ou queixa. Já agora, em juízo, nascida a relação processual, o processo torna-se eminentemente contraditório, público e escrito (sendo que alguns atos são praticados oralmente, tais como debates em audiências ou sessão). O ônus da prova incube às partes, mas o Juiz não é um espectador inerte na sua produção, podendo, a qualquer instante, determinar de ofício, quaisquer diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante

Porém, Tourinho Filho (apud Flavio MATIAS, 2010) destaca que o modelo brasileiro não é de um processo penal acusatório puro, haja vista elementos

inquisitivos que permeiam a legislação infraconstitucional. Nesse sentido, veja o que explana Matias (2010) acerca dos ensinamentos de Tourinho Filho (2007):

“Todavia, prossegue o mesmo autor, não se trata de um processo penal acusatório puro, já que haveria uma gama de prerrogativas conferidas ao juiz que, em rigor, deveriam competir às partes^[51], tais como requisitar a instauração de inquérito policial, ser destinatário da representação, autoprovocar a decretação de prisão preventiva, determinar a produção da prova de ofício, ouvir testemunhas além daquelas indicadas pelas partes etc.

No que diz respeito aos traços inquisitivos presentes na legislação infraconstitucional, Norberto Avena (2010), adepto da posição majoritária, apresenta duas soluções: (1) deve ser considerado inconstitucional, por violação do sistema acusatório, todo e qualquer dispositivo infraconstitucional que seja incompatível com as regras do referido modelo; (2) ou deve-se conferir a esses dispositivos uma interpretação conforme a constituição.

Por outro lado, em defesa da posição minoritária NUCCI (2008) entende que o Brasil adota o sistema misto ou inquisitivo garantista, visto que mescla elementos inquisitivos e acusatórios presentes no ordenamento jurídico brasileiro, segundo o autor. Impende destacar o que o referido autor argumenta:

“O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que o nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva [...]. (NUCCI, 2008, p. 117)

Nucci (2008) entende que não há como determinar que o sistema penal adotado pelo Brasil seja o acusatório baseando-se somente na constituição, pois, assim, estarão sendo preteridos os dispositivos contidos no CPP, de caráter fortemente inquisitivo.

Sustenta ainda (NUCCI, 2008, p. 118) que se o processo penal adotado pelo ordenamento pátrio fosse “genuinamente acusatório” não se lavariam em consideração, para qualquer efeito as provas derivadas da fase inquisitiva. Segundo o autor:

O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica (...), os depoimentos colhidos e, sobretudo- e lamentavelmente- a confissão extraída do indiciado. Quantos não são os feitos em que se vê, na sentença condenatória, o magistrado fazendo expressa referência a prova colhida na fase inquisitiva (...). (NUCCI, 2008, p. 118)

Acompanhando Guilherme Nucci, podemos citar Rogério Lauria Tucci (1978, apud NUCCI, 2008, p. 118), o qual entende que “o moderno processo penal delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório”.

Nessa mesma linha, ensina Geraldo Prado (2005, apud NUCCI, 2008, p. 118), que:

se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória.

A par de todo o exposto, entende-se que a posição mais acertada é a que entende o sistema processual penal brasileiro como acusatório.

Ora, a Constituição Federal de 1988 estabelece claramente um Estado Democrático de Direito, conferindo direitos e garantias a todos os brasileiros, sendo que, inclusive, muitas dessas garantias constituem direitos fundamentais do homem conquistados pelas várias revoluções que ocorreram na história.

Assim, a constituição, conforme exposto anteriormente, assegura, dentre outros elementos, a igualdade entre as partes no processo; confere o direito ao contraditório e a ampla defesa; protege o devido processo legal e adota a presunção de inocência do acusado.

Desse modo, é nítido que a CF/88 estabelece, muito embora não expressamente, o processo acusatório como sendo o modelo processual penal vigente no ordenamento jurídico pátrio, e ir de encontro a tal premissa seria questionar a supremacia da Carta Magna.

É inegável que a legislação infraconstitucional pátria ainda tem consigo elementos do sistema inquisitivo, entretanto, trata-se de um descompasso entre a

legislação constitucional e a infraconstitucional, não ensejando, pois, que o nosso processo seja misto. Não se pode questionar a supremacia da Constituição.

Portanto, qualquer lei ou dispositivo que vá de encontro ao sistema acusatório estabelecido pela CF/88, deve ser encarado como inconstitucional e não como parte integrante de um sistema processual misto.

3.4. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Como conseqüência da adoção do sistema acusatório pelo ordenamento brasileiro, no que concerne a sua parte penal, adotou-se um sistema em que as funções de defender, acusar e julgar devem estar separadas e devem ser desenvolvidas de forma independente.

Por isso, a CF/88 adotou o princípio da imparcialidade do juiz, que, por sua vez, “deve possuir capacidade objetiva e subjetiva para solucionar a demanda, vale dizer, julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas do processo” (AVENA, 2010, p. 39).

Como muito bem registrado por NUCCI (2008), tal princípio é assegurado na Carta Magna de maneira implícita, pois deriva do princípio do juiz natural (art. 5º LIII, da CF/88), como também do Pacto de São José da Costa Rica, firmado pelo Brasil em 1992.

Com o intuito de assegurar a imparcialidade do julgador a CF/88 lhe conferiu garantias, tais como a vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e, inclusive, proibiu os juízos ou tribunais de exceção, tudo nos termos do art. 95, I, II e III e do art. 5º, XXXVII, ambos da CF/88.

Percebe-se que a intenção do legislador constitucional é assegurar que o julgador não esteja passível a qualquer influência externa para que julgue a demanda de uma determinada maneira. Nesse sentido, podemos citar os subornos e as ameaças.

Com efeito, veja o que o entendimento de Tourinho Filho (2007, apud MATIAS, 2010):

Tourinho Filho, por sua vez, reza que a imparcialidade exige, antes de mais nada, independência, pois nenhum juiz poderá ser

efetivamente imparcial se não estiver livre de coações que turvem seu trabalho. É por isso que a Constituição Federal, no art. 95, prevê as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídios aos magistrados, as quais conferem ao juiz a certeza de que, decida como decidir, contrariando os interesses dos poderosos, continuará ele no cargo, sem poder ser removido arbitrariamente, e seu subsídio não será reduzido.

Prosseguindo, Avena (2010) destaca que existe a presunção legal de parcialidade do magistrado, e, por essa razão, exige-se que o mesmo afaste-se da demanda. Como exemplo, o autor destaca a causas de impedimento e suspeição, que devem ser reconhecidas de ofício pelo juiz. Tais institutos encontram-se previstos, respectivamente, no art. 252 e 254, ambos do CPP, “*in verbis*”:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Nessa esteira, Ferrajoli (2006, apud MATIAS, 2010) entende que “o juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira e qual é falsa.”

Em que pese as determinações constitucionais e, a certa medida, a legislação infraconstitucional criarem instrumentos para proteger essa imparcialidade do julgador, entende-se que tais fatores não se afiguram suficientes para garantir a imparcialidade do magistrado.

A partir do momento em que o CPP propicia que o juiz tenha certa atuação na fase investigatória, além de possibilitar que o julgador tenha poderes instrutórios, destrói-se a almejada imparcialidade do magistrado, derivada do sistema acusatório.

Ora, quando o juiz atua na fase investigatória e defere uma medida cautelar, de forma implícita fica clara a tendência condenatória ou, até mesmo, absolutória, do julgador. Quando a demanda chega a sua fase instrutória, em juízo, o livre convencimento do julgador, ainda que motivado, já foi violado, o magistrado não mais recebe a demanda como um julgador neutro.

Deve-se exigir do juiz uma eqüidistância das partes, estas deve ser tratadas de maneira paritária e, por si só, devem produzir as provas necessárias para que o magistrado forme o seu convencimento. Não se pode admitir que o juiz atue produzindo prova para uma ou outra parte processual, haja vista que o sistema processual adotado no Brasil é o acusatório.

É importante citar os entendimentos, respectivamente, de NUCCI (2008, p. 99) e MATIAS (2010) acerca da temática:

É certo que o princípio do juiz natural tem por finalidade, em último grau, assegurar a atuação de um juiz imparcial na relação processual. Entretanto, por mais cautela que se tenha na elaboração de leis, é possível que um determinado caso chegue às mãos de magistrado parcial. Essa falta de isenção pode decorrer de fatores variados: corrupção, amizade íntima ou inimizade capital com alguma das partes, ligação com o objetivo do processo, conhecimento pessoal sobre o fato a ser julgado etc.

Nesse diapasão, a atribuição ao magistrado de prerrogativas que melhor se afinam com a atividade acusadora viola a imparcialidade do órgão julgador. Aury Lopes Jr. sustenta que a imparcialidade cai por terra quando se conferem poderes instrutórios ao juiz, pois a atuação de ofício do magistrado é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório.

Desta feita, fica claro que o sistema processual acusatório existente no Brasil não é capaz de conferir ao juiz a imparcialidade que se exige em decorrência da adoção do referido sistema pelo ordenamento jurídico pátrio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando tudo que foi exposto, vê-se que realmente formaram-se três sistemas processuais penais durante o desenrolar da história de nossa sociedade, são eles: os sistemas acusatório, inquisitivo e misto. Destes, o acusatório foi o pioneiro nas primeiras formas de organização que a sociedade procurou desenvolver.

Em seguida veio o sistema inquisitivo, com forte influência religiosa e com o intuito de obter a confissão do réu a qualquer custo, pouco importando a culpa ou inocência do acusado. Por último, surgiu o sistema misto, com forte influência da Revolução Francesa e mesclando elementos dos dois sistemas já existentes.

No ordenamento jurídico brasileiro atual, com a opção da Carta Magna pelo sistema acusatório, consolidou-se o entendimento, ainda que não unânime, de que o sistema processual penal adotado no Brasil é acusatório, e, por essa razão, devem ser observados os princípios reitores do referido sistema.

Entretanto, o que se viu é que a legislação infraconstitucional ainda carrega vários elementos do sistema inquisitivo, dentre os quais, destaca-se a imparcialidade do juiz, que foi adotada como o foco principal da presente monografia.

Como visto o sistema acusatório brasileiro não assegura que se terá um juiz imparcial na demanda a ser julgada. Dentre os vários fatores que contribuem para esse fato, destacam-se a atuação do juiz de ofício na fase instrutória, como um possível produtor de provas; além da possibilidade do juiz atuar na fase investigatória, quando provocado.

Como solução para o problema em tela, entende-se que é necessária uma reformulação na legislação infraconstitucional pátria, a qual se encontra, deveras, antiquada, o que impossibilita que haja uma sincronização com as determinações contidas na CF/88.

Ora, o nosso CPP, que data do ano de 1941, foi idealizado sob forte espírito inquisitivo, o qual, apesar das tentativas do legislador em adequá-lo às inovações surgidas desde então, ainda carrega consigo tal espírito.

Portanto, uma reforma na legislação, mais especificamente no CPP, no sentido de retirar do juiz prerrogativas que comprometam a sua neutralidade no

processo penal, é imperativa para que se possa garantir a todos os cidadãos um juiz efetivamente imparcial, que assuma o papel de um verdadeiro moderador, e, assim, possa-se conferir ao processo penal uma maior legitimidade para sua atuação.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **Dos Sistemas Processuais Penais. Tipos ou formas de processos penais.** Jus Navigandi, Teresina, [ano 10, n. 727, 2 jul. 2005](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6948>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado.** 2 ed. São Paulo: Método, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CAPEZ, Fernando Capez. **Curso de Processo Penal.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOCOLITT, André. **Manual de Processo Penal.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** In: Vade Mecum. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Legislação.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** In: Vade Mecum. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Legislação.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas Processuais Penais.** Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2012.

SILVA, Edmilson Mendes da. **Desenvolvimento Histórico dos Sistemas Processuais.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/desenvolvimento-historico-dos-sistemas-processuais/16077/>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

MALAN, Diogo. SAAD, Marta. **Origens Históricas dos Sistemas Acusatório e Inquisitivo.** In: RT, n^o 842, p. 413-436 (2005). Disponível em: <http://www.malanleoadvs.com.br/artigos/origens_historicas_sistemas.pdf>. Acesso em: 20 out. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Saulo Romero Cavalcante dos. **Sistema Processual Penal Brasileiro. O Código de Processo Penal de 1941 e o modelo constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, [ano 14, n. 2074, 6 mar. 2009](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12416>>. Acesso em: 30 jun. 2012.

PEREIRA, Marcelo Matias. **Comentários à Lei das Prisões (Lei nº 12.403/2011).** Jus Navigandi, Teresina, [ano 16](#), [n. 2890](#), [31 maio 2011](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19229>>. Acesso em: 30 jun. 2012.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>>. Acesso em 27 jun. 2012.