

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem por objeto o estudo dos sistemas processuais penais.

Inicialmente, serão feitas breves considerações acerca da parte histórica dos sistemas processuais, a fim de facilitar o exame de cada um dos sistemas isoladamente.

Em seguida, será analisado cada um dos sistemas processuais existentes, ou seja, o acusatório, inquisitório e misto. Serão traçadas suas características fundamentais e princípios correspondentes.

O trabalho prosseguirá com o exame do sistema processual penal brasileiro. Cabe salientar que não se tem a pretensão de esgotar o assunto.

Por fim, serão enunciadas algumas conclusões e comentários acerca do tema.

CAPÍTULO 2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA:

Inicialmente, é necessário fazer um breve apanhado histórico acerca do tema tratado no presente trabalho. Frise-se que, através de tal síntese, pode-se entender, com maior facilidade, as formas do processo penal.

Conforme afirma o ilustre Professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

“Desde o momento em que, em antigas eras, se chegou à conclusão de que não deviam os particulares fazer justiça pelas próprias mãos e que os seus conflitos deveriam ser submetidos a julgamento de autoridade pública, fez-se presente a necessidade de regulamentar a atividade da administração da Justiça. E, desde então, surgiram as normas jurídicas processuais.”⁽¹⁾

(1) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, v. I, p. 10.

As normas jurídicas são aplicadas no julgamento de uma pretensão. O processo será penal se a norma for de natureza penal ou processual penal. Cabe, ainda, ressaltar que o processo penal apresenta-se com uma das três formas denominadas de: acusatória, inquisitória e mista.

2.1) Na Antigüidade:

De acordo com os ensinamentos de HÉLIO TORNAGHI:

"A forma de processo conhecida em toda a Antigüidade foi a acusatória. Dominava-a um princípio fundamental, do qual lhe vem o nome: ninguém pode ser levado a juízo sem uma acusação. *Nemo in iudicium tradetur sine accusatione.*"⁽²⁾

GERALDO PRADO⁽³⁾ afirma que, na Grécia, existiam quatro jurisdições criminais, a saber: Assembléia do Povo, o Areópago, os Efetas e os Heliastas. Cada tribunal tinha a sua competência e os seus procedimentos próprios. No entanto, possuíam as seguintes características gerais: o tribunal e a acusação eram populares; igualdade entre o acusador e o acusado; o processo observava a publicidade e a oralidade; admitia-se a tortura e os juízos de Deus como meios de prova; livre apreciação da prova pelo julgador; em certos crimes, havia restrição ao direito popular de acusar em razão da natureza do interesse e decisão irrecorrível.

Em Roma, originariamente, a acusação penal era privada, ou seja, cabia ao ofendido ou a seus parentes a função de acusar. Posteriormente, passou-se a notar que alguns delitos ofendiam não somente uma pessoa, mas toda a coletividade. Sendo assim, qualquer um do povo passou a ter legitimidade para acusar.

Segundo HÉLIO TORNAGHI⁽⁴⁾, o processo se iniciava pela *accusatio*, não sendo necessária a presença de indícios de autoria e da materialidade. Após esta fase é que passava-se para a colheita de provas. Aqueles que acusavam falsamente eram punidos. A investigação era feita pelo acusador por delegação do magistrado e o acusado tinha a faculdade de acompanhar todos os atos. O processo era oral, público e predominava o contraditório. As partes podiam fazer-se acompanhar de parentes e amigos, até porque, em razão da oralidade, estes guardavam na memória o que ocorria no feito. Cabia às partes a produção da prova, ficando o magistrado inerte. A confissão afastava a necessidade da produção de outras provas.

⁽²⁾ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, v. 2, p. 3.

⁽³⁾ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, pp. 78/79.

⁽⁴⁾ TORNAGHI, *op. cit.*, pp. 3/4.

Aponta TORNAGHI ⁽⁵⁾ as desvantagens deste sistema, a saber:

- a) impunidade de criminosos, eis que, por vezes, havia a inércia do ofendido e do povo para iniciar a ação;
- b) facilitação da acusação falsa, uma vez que, para que se fizesse a *accusatio*, não era imprescindível a existência de prova mínima;
- c) desamparo dos fracos: estes deixavam de acusar os mais ricos em razão da dependência econômica;
- d) deturpação da verdade, o magistrado aceitava a “verdade” trazida pelas partes, tendo em vista que a elas cabia a colheita das provas;
- e) impossibilidade eventual de julgamento – considerando que, por vezes, as partes não apresentavam provas suficientes para a decisão, o que gerava incerteza no juiz;
- f) inexequibilidade da sentença – em razão do réu aguardar a sentença em liberdade, o mesmo tinha a facilidade da fuga.

Em razão de tais problemas, sentiu-se a necessidade de estabelecer que determinadas pessoas, chamadas de *quaesitores*, verificassem se o fato alegado pelo acusador era ou não considerado crime, bem como de evitar a impunidade, ou seja, em caso de inércia do ofendido ou de qualquer um do povo, os *quaesitores* apresentavam a *accusatio*. Em princípio, os *quaesitores* somente iniciavam o processo subsidiariamente. Assim sendo, excepcionalmente, adotava-se a *inquisitio*.

Com o tempo, o sistema acusatório foi dando o seu lugar para o inquisitório e, o que era excepcional, tornou-se a regra. O juiz deixou de ser inerte passando a buscar a verdade dos fatos. As funções de acusação e de julgador foram se fixando em uma só pessoa. Segundo o Professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO: “[...] a *accusatio* foi, pouco a pouco, cedendo lugar para outra forma de procedimento: a *Cognitio Extra Ordinem*.” ⁽⁶⁾ Acrescenta o ilustre jurista que:

“O processo da *cognitio extra ordinem* faz introduzir, entre os romanos, a tortura, para a obtenção de confissões. A princípio torturava-se o réu. Depois, não só o réu como também as testemunhas para que falassem a verdade.” ⁽⁷⁾

⁽⁵⁾ *Ibid.*, pp. 5/7.

⁽⁶⁾ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16ª edição, São Paulo, Saraiva, 1994, v. 1, p. 76.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, p. 77.

Com a invasão dos bárbaros, o sistema jurídico romano encontrou-se com os costumes dos germânicos, resultando daí um processo romano-germânico. Para estes últimos, o ônus da prova não cabia ao acusador mas sim ao acusado. O réu é que tinha que demonstrar sua inocência. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO afirma que:

“As principais provas eram os ordálios, ou Juízos de Deus, e o juramento. O acusado jurava não ter praticado o crime de que era processado, e tal juramento podia ser fortalecido pelos Juízes, os quais declaravam sob juramento que o acusado era incapaz de afirmar uma falsidade.”⁽⁸⁾

HÉLIO TORNAGHI enumera alguns exemplos de ordálias, dentre elas, a seguinte:

“[...] prova do pão e do queijo: o acusado devia engolir um pedaço de pão e de queijo. Se não o conseguia, era condenado. Essa ordália era aplicada aos velhos, mulheres, crianças e doentes; destinava-se especialmente aos suspeitos de furto[...]”⁽⁹⁾

No que tange ao processo penal no Direito Canônico, verifica-se que, inicialmente, a jurisdição eclesíástica se desenvolveu para proteger os interesses da Igreja e julgamento de seus membros. Assegura FERNANDO TOURINHO⁽¹⁰⁾ que, até o século XII, não havia juízo sem acusação, sendo o processo acusatório e, a partir de tal século, estabeleceu-se o sistema inquisitivo.

As características do processo penal passaram a ser o segredo, a utilização da tortura e a concentração das funções na figura do magistrado. De acordo com CRISTIANO ÁLVARES VALLADARES DO LAGO:

[...] o Sistema Inquisitivo, estabelecido pelo Direito Canônico, aos poucos dominou grande parte da Europa, principalmente perante as legislações laicas da Europa Ocidental, predominando durante grande parte da Idade Média, influenciando com suas características a formação do Direito Processual Penal da Época Moderna, existindo civilizações - países - que até hoje adotam regras procedimentais oriundas do Sistema Processual Inquisitório.⁽¹¹⁾

⁽⁸⁾ *Idem.*

⁽⁹⁾ TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*, Rio de Janeiro, José Konfino, 1967, t. II, p. 689.

⁽¹⁰⁾ TOURINHO, *op. cit.*, p. 78.

⁽¹¹⁾ DO LAGO, Cristiano Álvares Valladares. “Sistemas Processuais Penais”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 774, p. 448, abr. 2000.

Assevera GERALDO PRADO⁽¹²⁾ que a Igreja foi de suma importância na difusão do sistema inquisitório.

2.2) *Época moderna:*

Na Espanha, a Inquisição perdurou até 1834. Até tal ano, existia o tribunal denominado de Santo Ofício e, conforme afirma GERALDO PRADO, considerado como “[...] o mais cruel e violento da época da Inquisição [...]”⁽¹³⁾.

A Alemanha também consagrou o sistema inquisitivo no fim do século XV. Já no ano de 1848 introduziu-se a Declaração de Direitos Fundamentais do Povo Alemão, havendo a descentralização das funções do processo.

O sistema inquisitório também teve seu espaço na França. Após a Revolução Francesa, o processo penal passou por transformações, sendo adotado um sistema misto. Segundo GERALDO PRADO, o processo penal, neste sistema, se dividia em duas fases, senão vejamos:

Na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade.⁽¹⁴⁾

Tal sistema perdurou até 1897, quando foi abolido o caráter inquisitivo existente na primeira fase. Já em 1933 a instrução voltou a ter a natureza inquisitorial, ocorrendo o retorno do sistema misto na França, o que prevalece até os dias atuais.

A Inglaterra se afastou do processo romano-germânico que vigorou na Europa continental, eis que, a partir do século XII, adotou o sistema da *common law*. Posteriormente, este sistema foi substituído pelo da equidade e, no século XVII, houve uma integração entre a equidade e a *common law*.

⁽¹²⁾ PRADO, *op. cit.*, pp. 88/89.

⁽¹³⁾ *Ibid.*, p. 92.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, pp. 100/101.

Em Portugal, como não podia deixar de ser, também foi adotado o sistema inquisitivo. E, como consequência, o sistema inquisitorial também fez parte do passado do Brasil.

Com o Código de Processo Criminal de 1832 é que o Brasil adotou princípios e normas contrárias ao sistema inquisitorial. De acordo com o entendimento de JOSÉ FREDERICO MARQUES ⁽¹⁵⁾, tal codificação atendeu aos anseios liberais e humanitários do povo brasileiro.

Em razão da situação política do país, em 1842 foi promulgada a lei de 3 de dezembro, com o fim de fortalecer os poderes do Governo, através da centralização da polícia. Esta situação reacionária perdurou por quase trinta anos, sendo revogada pela Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871.

Através desta legislação, houve a separação da polícia e da justiça. Além disso, o processo penal sofreu modificações; dentre elas algumas subsistem até os dias de hoje, tal como o inquérito policial.

Com a Constituição de 1891, deixou de existir a unidade processual, podendo cada unidade federativa ter seu próprio código processual. Em razão disto, vários princípios foram adotados e, conforme manifesta-se JOSÉ FREDERICO MARQUES ⁽¹⁶⁾, a quebra da unidade processual não trouxe vantagens para as instituições jurídicas brasileiras.

Em 1934, retornou-se à unidade processual, cabendo à União a competência para legislar. E, em 3 de outubro de 1941, foi promulgado o atual Código de Processo Penal. Assegura JOSÉ FREDERICO MARQUES que:

O novo Código não se afastou de nossas tradições legislativas. Manteve o inquérito policial, configurando-o tal como o herdamos do Império através da reforma de 1871: em obediência a um mandamento constitucional, estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase por completo o procedimento *ex officio*, que só permaneceu para o processo de contravenções; restringiu, ainda mais, a competência do Júri, e plasmou todas as formas procedimentais sob fiel observância do sistema acusatório. ⁽¹⁷⁾

A Constituição da República de 1988 ampliou as garantias já existentes, ficando consagrado, na legislação pátria, cada vez com mais vigor, o sistema acusatório. No entanto, conforme será analisado no presente trabalho, ainda pode-

⁽¹⁵⁾ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas, Bookseller, 1998, v. 1, p. 100.

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 104.

⁽¹⁷⁾ *Ibid.*, p. 107.

se encontrar no Direito Processual Penal brasileiro resquícios do sistema inquisitório.

CAPÍTULO 3 – SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS:

Em conformidade com o que já foi estudado, verifica-se a existência de três sistemas processuais, a saber: acusatório, inquisitório e o misto. Cabe tecer alguns comentários acerca de cada um dos sistemas citados, a fim de concluir qual o adotado no ordenamento processual penal pátrio.

3.1) *Sistema Acusatório:*

Aponta-se, como característica básica deste sistema, a tripartição das funções processuais, a saber: ao acusador, cabe a função de acusar; ao defensor, incumbe a tarefa de defender e, ao juiz, a de julgar. Neste sistema, existe uma verdadeira relação processual. É o denominado *actum trium personarum*. O contrário ocorre no sistema inquisitivo, no qual existe uma relação linear entre o réu e o juiz, eis que este último retém as três funções acima descritas.

Alguns princípios regem o sistema acusatório, senão vejamos:

- a) imparcialidade do juiz;
- b) contraditório;
- c) ampla defesa;
- d) igualdade das partes;
- e) publicidade dos atos; e
- f) oralidade.

Segundo AFRÂNIO SILVA JARDIM:

“[...] os princípios mais importantes para o processo penal moderno são da imparcialidade do Juiz e o do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios reitores.”⁽¹⁸⁾

O princípio da imparcialidade exige que o julgador seja isento, ou seja, não tenha interesse no litígio. Neste sentido, assevera FREDERICO MARQUES:

“O juiz é assim o órgão exclusivamente encarregado da aplicação da lei penal. Não lhe cabe assumir a titularidade da pretensão punitiva ou do direito de

⁽¹⁸⁾ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 40.

liberdade do réu, pois, com isso, quebraria o equilíbrio que no processo deve existir.”⁽¹⁹⁾

ADA PELLEGRINI GRINOVER segue o mesmo posicionamento quando escreve acerca da figura do juiz, a saber: “Sua superior virtude, exigida legalmente e cercada de cuidados constitucionais destinados a resguardá-la, é a imparcialidade.”⁽²⁰⁾

No que tange ao contraditório, significa dizer que a todos os atos do processo deve-se dar ciência bilateral, ou seja, ao autor e ao réu. Ademais, deve-se dar garantia concreta para que cada uma das partes possa impugnar tais atos, eis que de nada adiantaria o conhecimento do ato se não pudesse haver a manifestação bilateral.

Tal princípio encontra-se disposto na Carta Magna de 1988, no seu artigo 5º, inciso LV - “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”.

FERNANDO TOURINHO defende que:

“[...] em todo processo de tipo acusatório, como o nosso, vigora tal princípio segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa contra quem se propõe a ação penal, goza do direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido.”⁽²¹⁾

E continua afirmando que: “Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia: *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve também ser ouvida.”⁽²²⁾

Pelo princípio da ampla defesa, também dogma constitucional, fica assegurado ao réu a plena defesa. Entretanto, é necessário que a defesa esteja em conformidade com a lei. Quando se refere a ampla defesa no Júri, fala-se em plenitude de defesa.

No que concerne à igualdade das partes, significa dizer que o acusador e acusado se encontram no mesmo pé de igualdade, ou seja, é a paridade de armas existente no processo penal. O princípio da igualdade entre as partes é fundamental para que o do contraditório não fique prejudicado. Sem paridade de armas não se pode falar em efetivo contraditório.

⁽¹⁹⁾ MARQUES, *op. cit.*, p. 359.

⁽²⁰⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria Geral do Processo*. 11ªed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 295.

⁽²¹⁾ TOURINHO, *op. cit.*, p. 48.

⁽²²⁾ *Ibid.*, p. 49.

Quanto ao princípio da publicidade, significa dizer que os atos processuais são públicos. Esta é a regra que impera no direito processual pátrio conforme disposto no artigo 5º, inciso LX da Constituição da República e artigo 792 do Código de Processo Penal. Defende TOURINHO ⁽²³⁾ que o princípio da publicidade é próprio do sistema acusatório. Já TORNAGHI ⁽²⁴⁾ afirma que a forma pública é a mais comum, mas não própria do sistema acusatório.

Por fim, aponta-se a oralidade como princípio vinculado ao sistema acusatório. FREDERICO MARQUES dá a seguinte explicação acerca do presente princípio:

“A oralidade do procedimento é o sistema segundo o qual as declarações frente aos juízes e tribunais só possuem eficácia quando formuladas por meio da palavra oral. Em contraposição, o princípio da escritura, ou do procedimento escrito, é aquele que obriga o uso da forma escrita para que essas declarações sejam válidas.” ⁽²⁵⁾

3.2) Sistema Inquisitório:

A característica marcante deste sistema é a unificação das funções processuais na figura do julgador. Este inicia a acusação, faz a colheita de prova, é responsável pela elaboração da defesa, bem como pelo julgamento do réu.

Logicamente, constata-se que tal sistema é totalmente incompatível com os princípios da imparcialidade do julgador e do contraditório. Também inexistente a igualdade entre as partes, o réu deixa de ser sujeito de direitos e passa a ser objeto do processo.

Os princípios que regem este sistema são os seguintes:

- a) sigilo; e
- b) forma escrita.

Neste sistema, a verdade se sobrepõe a tudo, cabendo ao juiz produzir a prova que entender necessária. A confissão é a prova de maior importância. E, para obtê-la, os réus e até mesmo testemunhas eram torturadas.

Cabe salientar que o sistema inquisitivo não se coaduna com as garantias individuais. Verifica-se que o sistema ora estudado é diametralmente oposto ao do acusatório.

⁽²³⁾ *Ibid.*, p. 46.

⁽²⁴⁾ TORNAGHI, *op. cit.*, p. 2.

⁽²⁵⁾ MARQUES, *op. cit.*, pp. 73/74.

GERALDO PRADO assegura que:

“A doutrina refere como características do sistema inquisitório a concentração das três funções do processo penal – de acusar, defender e julgar – em um só sujeito, o que conduz, nas palavras de ALCALAZAMORA E LEVENE, a um processo unilateral de um juiz com atividade multiforme, relegando ao acusador privado uma posição secundária e proporcionando o princípio do processo (*rectius*, da persecução penal) independentemente da manifestação de pessoa distinta da do juiz (*procedat iudex ex officio*); procedimento extremamente secreto e destituído do contraditório, quase sempre marcado pela prisão provisória e disparidade de poderes entre juiz-acusador e acusado; forma escrita e exclusão de juízes populares, historicamente preocupado com o descobrimento da verdade real, via de regra a partir da confissão do imputado, muito embora tenha havido intensa liberdade do juiz para pesquisar e introduzir outros meios de prova.”⁽²⁶⁾

3.3) Sistema Misto:

Neste sistema, existem duas fases processuais: a primeira, de natureza inquisitória e a segunda, acusatória.

Este sistema surgiu após a Revolução Francesa e teve como finalidade afastar o sistema inquisitorial.

Conforme já explicitado anteriormente, na primeira fase o juiz-instrutor colhia provas acerca da infração penal, tais como autoria, materialidade, culpabilidade, tudo era feito secretamente. Já na segunda fase reinava a publicidade dos atos, com contraditório e igualdade entre as partes. A primeira fase era denominada de instrução e a segunda de júízo.

CAPÍTULO 4 – SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO:

Para alguns doutrinadores, tais como HÉLIO TORNAGHI e ROGÉRIO LAURIA TUCCI, o sistema misto foi o adotado no nosso país. Assevera TORNAGHI que:

“O direito brasileiro. Segue um sistema que, com maior razão, se poderia denominar misto. A apuração do fato e

⁽²⁶⁾ PRADO, *op. cit.*, p. 96.

da autoria é feita no inquérito policial (somente nos crimes falimentares o inquérito é judicial). O processo judiciário compreende a instrução e o julgamento.”⁽²⁷⁾

ROGÉRIO LAURIA TUCCI segue a mesma linha de raciocínio, a saber:

“Alastrando-se pela Europa e, por igual, pelos países americanos de origem latina, esse novo tipo procedimental, denominado *misto*, foi também, obviamente, implantado no Brasil, em que a *persecutio criminis* se desenvolve em duas fases, a saber: a) a primeira, realizada, quase toda, inquisitorialmente por agente estatal encarregado da investigação criminal, em regra pertencente à polícia judiciária, para a constatação da prática delitiva ou contravencional e da respectiva autoria; e b) a segunda, denominada de ação penal, dirigida por órgão do Poder Judiciário, e com a presença dos órgãos técnicos da acusação e da defesa, postos em contradição recíproca, num procedimento público e, ainda que parcialmente, informado pela oralidade.

⁽²⁸⁾

Analisando o Direito Brasileiro, verifica-se que, realmente, o inquérito policial é de natureza inquisitória. Sua finalidade é investigar a existência de delitos, bem como a autoria e materialidade, ou seja, trata-se de uma peça de investigação. No que concerne às características, as principais são o segredo e a forma escrita, conforme pode-se constatar da simples leitura dos artigos 9º e 20 do Código de Processo Penal. Ademais, inexistente contraditório. Entretanto, o inquérito é fase pré-processual, sendo considerado um procedimento administrativo e não um processo. Uma das razões de considerá-lo um procedimento e não um processo é justamente a ausência de contraditório. Sendo assim, em virtude disto, não se pode afirmar que o processo penal brasileiro adotou o sistema misto.

O sistema adotado pela legislação pátria foi o acusatório: tal afirmação se fortifica diante da análise da Carta Constitucional de 1988.

No artigo 129, inciso I da Constituição da República, confirma-se que uma das funções do Ministério Público é promover a ação penal pública. Deve-se ressaltar que tal função é privativa, não cabendo a nenhuma outra instituição ou órgão.

⁽²⁷⁾ TORNAGHI, *op. cit.*, p. 20.

⁽²⁸⁾ TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1980, p. 79.

Ademais, de acordo com o inciso LV, artigo 5º do Diploma Constitucional, é assegurado a todos os acusados a ampla defesa. No termo ampla defesa compreende-se a defesa técnica e a pessoal. A primeira é indisponível e visa assegurar a igualdade entre as partes. Quanto à segunda, ou seja, a autodefesa, tem o acusado a livre disposição sobre a mesma.

Por fim, cabe salientar que, no inciso XXXV, do artigo 5º da Carta, restou assegurado a todos a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão pelo Poder Judiciário. Conclui-se que pertence ao Judiciário a função de julgar os litígios existentes, tratando-se de função indelegável.

Diante da leitura de tais dispositivos legais, constata-se a característica marcante do sistema acusatório, a saber: tripartição de funções.

A Carta Magna também assegurou outras garantias do sistema acusatório, tais como o direito ao contraditório e a imparcialidade do julgador.

Quando se fala em contraditório é importante mencionar os ensinamentos da Professora ADA GRINOVER, vejamos:

“Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, portanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa - como poder correlato ao de ação - que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.”⁽²⁹⁾

Assim sendo, não restam dúvidas acerca da consagração do sistema acusatório em nosso ordenamento jurídico. No entanto, ainda existem marcas na legislação pátria do sistema inquisitorial; como exemplo, pode-se citar os artigos 5, inciso II, 10, §§ 1º e 3º, 23, 28, 39 e §§ 1º e 4º, todos do Código de Processo Penal.

A fim de apurar o sistema acusatório brasileiro, necessário se faz retirar da legislação os resquícios inquisitoriais, principalmente no que tange aos poderes inquisitórios dos magistrados.

De acordo com o entendimento do Professor SERGIO DEMORO HAMILTON⁽³⁰⁾, é necessário que o juiz se afaste por completo da fase pré-processual, a fim de evitar máculas no princípio da imparcialidade.

No artigo 5º, inciso II do Código de Processo Penal, constata-se que o inquérito policial pode ser iniciado mediante requisição da autoridade judiciária. Ainda seguindo os ensinamentos do Professor DEMORO⁽³¹⁾, não existe razão para tal

⁽²⁹⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *As nulidades no processo penal*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 68.

⁽³⁰⁾ HAMILTON, Sergio Demoro. “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”. *Site jurídico*: www.femperj.org.br, dia 14 de setembro de 2000.

⁽³¹⁾ *Idem*.

dispositivo processual. A solução plausível seria que o magistrado comunicasse ao Ministério Público a existência de qualquer fato delituoso, na forma já prevista na legislação processual no seu artigo 40. Com isso, a imparcialidade do juiz ficaria preservada.

O mesmo se diga dos §§ 1º e 3º, dos artigos 10 e 23, ambos do Código de Processo Penal, o inquérito policial não tem que ser remetido ao juiz, mas sim ao titular da ação penal, ou seja, ao Ministério Público. Este sim tem, como função, a análise das peças de investigação, a fim de verificar se há justa causa para a propositura da ação, se o caso é de arquivamento ou de retorno para a Autoridade Policial, com o propósito de complementação das investigações. Quanto à fixação do prazo para realização de novas diligências, compete ao *Parquet* e não ao juiz.

O artigo 13, inciso II do Código de Processo Penal também apresenta resquício do sistema inquisitório. Não cabe ao juiz requisitar a produção de diligências, isto compete única e exclusivamente ao Ministério Público, autor da ação penal. A requisição de diligências por parte do magistrado, além de ferir o princípio da imparcialidade, fere o da paridade de armas. Teremos, na fase pré-processual, duas pessoas colhendo as provas necessárias para dar início à ação penal.

Outrossim, constata-se que o artigo 28 do *Codex* também desafina com o sistema constitucionalmente adotado. Chega-se ao absurdo jurídico de se constatar que o juiz é o fiscal do fiscal. A fiscalização é necessária, no entanto, não pelo Judiciário. Seria de bom alvitre que tal função ficasse a cargo de órgãos superiores do Ministério Público, em virtude de ser este o titular da ação penal.

Quanto ao disposto no artigo 39, *caput* e §§ 1º e 4º do Código de Processo, considerando que é função privativa do Ministério Público a propositura da ação penal. Considerando, ainda, que a natureza jurídica da representação é ser uma condição de procedibilidade da ação, a mesma deverá ser dirigida ao titular da ação penal e não ao julgador. Este nada poderá fazer a não ser enviá-la ao *Parquet*.

Logicamente, não são somente estes artigos que têm natureza inquisitória; em vários outros dispositivos, ainda pode-se encontrar esta mácula. No presente trabalho, apenas visou-se demonstrar a existência do resquício inquisitorial, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema.

CAPÍTULO 5 – CONCLUSÃO:

Pode-se concluir que o sistema processual sofreu modificações ao longo do tempo. Conforme verificou-se, na Antigüidade o sistema existente era o acusatório. Com o passar do tempo, tal sistema mostrou-se insuficiente, sendo excepcionado pelo sistema inquisitório.

O que era exceção acabou se tornando a regra e, por longos anos, o sistema processual vigente foi o inquisitório. Ao lado de tal sistema, seguiu o segredo e a tortura. As garantias individuais eram inexistentes e o processo penal ingressou numa fase repressora.

Analizou-se, também, o sistema misto, ou seja, aquele composto de duas fases. A primeira, perante o juiz-instrutor, onde não havia proteção das garantias individuais e a segunda fase na qual se assegurava a ampla defesa e o contraditório. Neste sistema, verificou-se que a natureza da primeira fase era inquisitória e a da segunda acusatória.

No estudo do direito brasileiro, confirmou-se que o sistema adotado é o acusatório. Este sistema foi reforçado pela Constituição da República de 1988, bem como pelos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte (artigo 5º, § 2º da Carta Magna). Entretanto, restam algumas marcas do sistema inquisitorial que necessitam ser extirpadas.

Diante da atual fase, ou seja, reforma do Código de Processo Penal, espera-se que o sistema acusatório seja acurado, respeitando-se a divisão de funções da acusação, defesa e julgamento, bem como os princípios inerentes ao sistema.

Com o aprimoramento do sistema acusatório, a legislação pátria estará protegendo os direitos fundamentais do ser humano e entrará em consonância com os anseios da sociedade na busca da verdadeira Justiça.

BIBLIOGRAFIA

DO LAGO, Cristiano Álvares Valladares. "Sistemas Processuais Penais". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.º 774, pp. 441-473, abr. 2000.

GIACOMOLLI, Nereu José. "Para que serve o Processo Penal?" *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.º 94, pp. 5-6, set. 2000.

GOMES, Luiz Flávio. "Notas sobre a Justiça Penal Espanhola". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.º 676, pp. 393-398, fev. 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 27, pp. 71-79, jul./set. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

HAMILTON, Sergio Demoro. "A Forma Acusatória Pura, uma conquista do anteprojeto". *Revista de Direito Penal*, São Paulo, n.º 13/14, pp. 64-67, jan./jun. 1974.

_____ "A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal: uma falácia".
Site jurídico: www.femperj.org.br, dia 14 de setembro de 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas, Bookseller, 1998, v. 1.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990. v. 1.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. "Sistemas Processuais Penais e Processo Penal Brasileiro". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.º 764, pp. 459-468, jun. 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, v. I.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2.

_____ *Compêndio de Processo Penal*. Rio de Janeiro, José Konfino, 1967, t. II.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16ª edição, São Paulo, Saraiva, 1994, v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1980.

(*) SILVIA CIVES SEABRA é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
