

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC



FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

ELLYSON SÉRGIO AMARAL CAMPOS

SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Características e Afrontas

JUIZ DE FORA

2009

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS – UNIPAC



FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

ELLYSON SERGIO AMARAL CAMPOS

SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Características e Afrontas

Monografia de Conclusão de Curso
apresentada ao curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Carlos André Pelluso

JUIZ DE FORA

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Ellyren Lígia Amaral Santos

Aluno

Sistema Rematício Previdenciário

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Geonier Chiaini Villar

Geonier Chiaini Villar

Rodrigo Rolli

Rodrigo Rolli

Carlos André Ribeiro

Carlos André Ribeiro

Aprovada em 10 / 12 / 2009.

Para minha família pelo incentivo constante e
incondicional.

AGRADECIMENTOS

A minha querida mãe que tanto me deu apoio, a minha amada esposa pela compreensão nos momentos de ausência, e a todos que de alguma forma contribuíram para a realização dos meus objetivos.

Ao Professor Carlos André Pelluso, meu orientador, por todos os ensinamentos passados à realização do tema tratado no presente trabalho.

A todos os professores do Curso de Direito da Universidade Presidente Antonio Carlos pela contribuição na minha formação acadêmica.

"O homem nasceu livre e por toda
a parte vive acorrentado."

Jean-Jacques Rousseau

RESUMO

O Processo Penal deve funcionar em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. No modelo garantista não se admite nenhuma imposição de pena sem que se pratique um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado através de um devido processo legal, com uma prova levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório e com amplitude de defesa.

Dentro desta perspectiva, o Sistema Acusatório brasileiro, que caminha para se tornar puro, é garantista, sendo portanto o que melhor encontra respaldo em uma democracia, pois distingue perfeitamente as três funções precípua em uma ação penal, a saber: a de julgar, a de acusar e a de defender.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça. Democracia. Sistema Acusatório. Imparcialidade.

ABSTRACT

The Criminal proceeding must function in a Democratic State of Right as a necessary and to inasfastar way of guarantee right them accused it. In the garantista model no imposition of penalty is not admitted without if it practises a delict; without it previously is tipificado by law; without it exists necessity of its prohibition and punishment; without the effect of the behavior are harmful for third; without the exterior or material character of the criminal action; without the imputability and culpability of the author; e without everything this is verified through one due process of law, with one test taken for the accusation to a impartial judge in a public, contradictory process and with amplitude of defense.

Inside of this perspective, the Brazilian Accusatory System, that walks to become pure, is garantista, being therefore what better it finds endorsement in a democracy, therefore it perfectly distinguishes the three main functions in a criminal action, namely: to judge, to accuse and to defend.

WORDS - KEY: Justice. Democracy. Accusatory System. Impartial

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	9
1 SISTEMAS PROCESSUAIS -----	11
1.1 Sistema Inquisitivo -----	11
1.2 Sistema Acusatório -----	13
1.3 Sistema Misto -----	17
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES AO SISTEMA ACUSATÓRIO -----	20
2.1 Princípio do Devido Processo Legal -----	20
2.2 Princípio da Publicidade dos atos processuais -----	21
2.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa -----	23
2.4 Princípio da Imparcialidade do Juiz -----	27
2.5 Princípio da Presunção de Inocência -----	28
2.6 Princípio da Verdade real -----	30
3 AFRONTAS AO SISTEMA ACUSATÓRIO -----	33
3.1 Código de Processo Penal -----	34
3.1.1 Do Inquérito Policial -----	34
3.1.2 Da Ação Penal Privada -----	38
3.1.3 Da Instrução Processual -----	40
3.1.4 Do Procedimento Sumário -----	44
3.2 Legislação Processual posterior à Constituição -----	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS -----	49
REFERENCIAS -----	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar alguns dos conflitos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no que tange ao Sistema Acusatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Vivemos em uma sociedade que possui um poder de mando originário de uma Assembléia Constituinte instalada em 1987, que laborou sob o espírito democrático e contraposto ao recente regime militar instalado à época. Trata-se de uma Constituição garantidora dos direitos fundamentais do homem, e mais que isso, que construiu e reforçou as instituições e os modos de acesso ao Poder Judiciário. Portanto, a busca do aperfeiçoamento do Direito deve ser constante.

O sistema processual, assim como todos os demais sistemas jurídicos que convivem no ordenamento, deve ter por norma fundamental a Constituição, capaz de assegurar legitimidade a todas as demais normas jurídicas que, postas abaixo dela, com a mesma sejam compatíveis. Essas preliminares acerca do Direito Constitucional são relevantes, uma vez que a CRFB de 1988 instalou definitivamente o processo penal acusatório, dentre inúmeras disposições influenciadoras no pensar do Direito Criminal, e mais especificamente do Direito Processual Penal.

Nesse sentido, no primeiro capítulo deste trabalho será feita uma análise informativa e comparativa dos sistemas processuais que de alguma forma exerceram influências no nosso ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de tornar possível a percepção de que o sistema adotado é o que melhor se perfaz na nossa realidade atual. O sistema acusatório caracteriza-se especialmente pela garantia do contraditório, publicidade e divisão das funções processuais de acusação, defesa e julgamento. Nele o Juiz não acusa, apenas decide motivadamente após auscultar os argumentos das partes, que estão em pé de igualdade na demanda. Hoje, no sistema acusatório o *jus accusationis* é exercido quase exclusivamente pelo Ministério Público, enquanto a defesa cabe aos advogados particulares constituídos ou defensores públicos.

Pode-se afirmar que o sistema acusatório transformou a fisionomia da persecução penal, visto que situou o réu e acusado, nessa atividade estatal, como sujeito de direitos e não apenas como objeto das investigações. O juiz, por sua vez, deixou de encarnar a função

repressiva do Estado contra o infrator da lei penal, para permanecer imparcial e sereno, como órgão exclusivo da aplicação do Direito Penal objetivo, ou seja, da jurisdição penal propriamente dita.

Para que o réu receba a punição do Estado, é imprescindível a existência de um processo penal, que só será válido se houver uma defesa de um lado, e a acusação, de outro, com um juiz previamente competente para julgá-lo - juiz natural -, justamente para formalizar o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens. Em todo processo também se mostra imprescindível a observância dos princípios constitucionais atinentes ao sistema acusatório, os quais serão estudados no segundo capítulo do presente trabalho.

O sistema processual penal é, pois, o acusatório, com toda sua fundamentação democrática e se choca em algumas passagens, com o Código de Processo Penal em vigor, que ainda guarda resquícios do sistema inquisitivo. Diante da incompatibilidade filosófica, política e cultural existente entre o Código de Processo Penal e a Constituição Federal, tentar-se-á demonstrar no terceiro capítulo, a necessidade de se interpretar conforme a Constituição, alguns dispositivos do Código de Processo Penal e também outros contidos em legislações esparsas.

No inquérito policial investigatório que antecede a ação penal, o sigilo e a inquisitividade imperam, mostrando claramente resquícios do sistema inquisitivo. Porém, desde esta fase exige-se o completo afastamento do juiz da persecução criminal em um sistema que pretenda ser acusatório. Em tal etapa do procedimento, só encontra justificativa a presença do magistrado quando pratica atos jurisdicionais que tenham por fim assegurar direitos fundamentais não relacionados, diretamente, com o fato em apuração. É o caso, por exemplo, das cautelares de natureza pessoal ou real, em que, por força do próprio princípio acusatório assegurado pela Constituição, a presença do juiz se faz necessária.

Diante da certeza de que não só na fase preliminar, mas também na fase processual, diversos diplomas legais estão em desarmonia com o sistema acusatório, o que tentar-se-á responder neste trabalho é se o processo penal acusatório brasileiro pode ou não ser considerado puro. Porém, essa é somente uma hipótese de trabalho, avançada aqui simplesmente para nortear a presente intenção de pesquisa; respostas diferentes do que aqui se adiantou serão analisadas de forma tão imparcial quanto possível.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS

1.1 Sistema Inquisitivo

O Sistema Inquisitivo teve sua base primordial na evolução política e jurídica do Direito Romano, quando, mais especificamente na fase do Império, os poderes do Magistrado invadiram a esfera de atribuições que até então eram reservadas ao acusador privado. Passou-se a admitir assim, que o juiz iniciasse o processo *ex officio*.

Logo em seguida, na vigência do Direito Canônico, chamado por vários doutrinadores de Direito Penal da Igreja, a idéia da inquisição se alastrou, aperfeiçoando assim, de forma clara, o sistema inquisitivo.

As acusações, que antes eram apresentadas por particulares foram abolidas e os processos passaram a ser instaurados com base em denúncias anônimas. Era o início de um sistema sigiloso, arbitrário, que defendia e se utilizava da tortura como meio de repressão da heresia, brucharia e demais crimes contra a fé católica. O temido Santo Ofício era o único responsável pelo julgamento, pela acusação e, supostamente, pela defesa.

Esse momento inquisitivo dominou aos poucos quase todas as legislações européias dos séculos XVI, XVII e XVIII e só entrou em declínio com o advento da Revolução Francesa.

No sistema inquisitivo não existe a tripartição das funções, uma vez que o juiz dá início à ação com a acusação, defende o réu e depois, julga-o. Os juizes agem de ofício e são tidos como permanentes e irrecusáveis. O procedimento é totalmente sigiloso, tanto para o público quanto para o acusado, o que faz com que este último não saiba do que está sendo acusado e nem do que as testemunhas dizem contra ele.

Com relação à colheita de provas, esta também cabe ao juiz, que tem total liberdade na busca da verdade. Impera-se um juízo de íntima convicção, onde o juiz decide de acordo com sua convicção íntima, juntamente com provas tarifadas, onde se definem valores para cada tipo de prova, sendo a confissão, tida como a “rainha das provas” e o testemunho como a “prostituta das provas”.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa não são respeitados no sistema inquisitivo e o réu não goza das garantias processuais, sendo visto como mero objeto da persecução penal.

O acusado é tratado como verdadeiro culpado, uma vez que nesse sistema, não se presume a inocência e sim a culpa. Nesse sentido, a prisão preventiva do acusado é tida como regra, bastando a alegação e não a comprovação da necessidade da mesma.

Destaca-se também, a inexistência de trânsito em julgado das decisões, podendo estas serem revistas a qualquer momento, o que não assegura a mínima segurança jurídica.

Diante da análise de alguns comentários escritos na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, é possível vislumbrar resquícios do Sistema Inquisitivo brasileiro antes da Constituição Federal de 1.988. Torna-se importante o estudo dos mesmos para a percepção de que o nosso ordenamento jurídico deve buscar purificar ao máximo o Sistema Acusatório, abandonando por completo tais resquícios. Trata-se de um comentário informador de que a dúvida e a falta de provas plenas não devem ser sucedidas pela aplicação da máxima *in dubio pro reo*, na medida em que diz: “Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.”

Cabe ainda ressaltar um ponto que será melhor aprofundado no decorrer deste trabalho, que é o contexto histórico e filosófico que serviu como base para a produção do nosso atual Código de Processo Penal, elaborado em 1941. Inspirado pelo regime fascista italiano de 1930 e pelo período ditatorial em que o Brasil vivia em 1941, é justificável a presença de alguns dispositivos não garantidores do Sistema Acusatório.

Ao estudar os inconvenientes apresentados por esse sistema, vislumbra-se facilmente a falta de imparcialidade nos julgamentos realizados pela mesma autoridade acusadora e defensora. A prisão preventiva obrigatória se mostrou injusta, por muitas vezes restringir a liberdade de pessoas inocentes e a tortura é a pior de todas as falhas apresentadas, por se tratar claramente de um atentado aos direitos humanos. Portanto, trata-se não só de um sistema ineficiente e desumano, mas também de um sistema problemático para o Estado, uma vez que com as inúmeras prisões realizadas sem a comprovação da estrita necessidade, torna-se incontrolável o número de presos a quem o Estado deve assistência.

Ada Pellegrini Grinover, defende que:

...no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamorra não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma auto-defensiva da administração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá

haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo. (GRINOVER, 2004).

O autor Salo de Carvalho também tratou sobre o assunto, onde seguiu a trilha do processualista italiano Franco Cordero, e ressaltou:

...podemos identificar o estilo inquisitivo a partir de duas constatações: (1ª) a sobrevalorização da imputação em relação à prova, configurando o que chama de **primado das hipóteses sobre os fatos**; e (2ª) a **conversão do processo em psicoscopia**, estabelecendo rito fatigante e isento de forma rígida. O modelo estabelece, pois, no magistrado, **quadros mentais paranóicos e tendências policialescas**, visto que, ao invés de o juiz "(...) se convencer através da prova careada para os autos, inversamente, a prova servia para demonstrar o acerto da imputação formulada pelo juiz inquisidor.(CARVALHO, 2002).

Por todo o exposto, não restam dúvidas de que o sistema inquisitivo é totalmente prejudicial à defesa, sendo incompatível com os fundamentos e garantias individuais, e apresentando inúmeras imperfeições que não podem continuar sendo utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro atual.

1.2 Sistema Acusatório

O avanço filosófico inspirado na concepção da razão, a valorização do indivíduo diante de novas e respeitadíssimas idéias humanistas, a filosofia iluminista e principalmente a Revolução Francesa de 1789, foram os primeiros passos para o surgimento do Sistema Acusatório. Conseqüentemente, com origem na Inglaterra e na França, este sistema é hoje o adotado na maioria dos países americanos e europeus.

A filosofia política do iluminismo foi uma resposta ao fim do direito natural, onde as leis eram construídas a partir da vontade de Deus. Desde então, tem-se a necessidade de se criar leis a partir dos interesses dos cidadãos.

No Brasil, a lei maior de 1988, embora não tenha previsto de forma explícita o Sistema Acusatório, o assegurou por meio de vários princípios e dispositivos nela inseridos, os quais serão abordados mais adiante.

Da nítida separação de funções, resulta todas as outras características do processo acusatório, tendentes a garantir os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. O

princípio acusatório pode ser visto como a representação do próprio princípio da separação dos poderes, dentro do campo do Processo Penal.

A base teórica do principal princípio orientador do sistema acusatório, que deste herda o nome “acusatório”, deve consumir-se em oposição às orientações do princípio inquisitivo, uma vez que as funções exercidas nos dois modelos são antagônicas. Enquanto na estrutura inquisitória o juiz acusa, na acusatória exige-se a acusação por parte autônoma, possibilitando assim, o deslocamento do magistrado para o centro do processo, para que este possa preservar sua principal característica, qual seja, a imparcialidade (PRADO, 2006)

Luigi Ferrajoli, consagrou a Teoria do Garantismo Penal, onde se mostra imprescindível que, para se colocar em prática qualquer ato previsto no ordenamento jurídico, deve-se buscar sempre garantir os direitos do acusado. Portanto, ao se diferenciar ambos os sistemas, torna-se claro a total inadequação do Princípio Inquisitivo ao Estado Democrático de Direito e à Teoria do Garantismo Penal, do jurista italiano. Tentar-se-á demonstrar que o Princípio Acusatório encontra-se em posição de superioridade democrática em relação ao princípio anterior, por concretizar, no âmbito da relação processual, a tripartição dos poderes, seus freios e contrapesos.

A garantia da dignidade humana é, sem dúvida, o fundamento máximo do Estado Democrático de Direito e o Processo Penal deve ser estruturado de forma a satisfazer os direitos humanos fundamentais e, principalmente, proteger o acusado contra o arbítrio do Estado.

...Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder. (FERRAJOLI, p.10.)

Paulo de Souza Queiroz também tratou deste assunto, dizendo que:

Não se pode ignorar, também, e em que pese as limitações inerentes a isso, o papel garantidor do direito penal, frente ao arbítrio realizável pelo Estado ou pelo indivíduo, já que lhe cabe, ainda, delimitar os pressupostos e limites da intervenção do Estado no processo penal, bem como os direitos e deveres da vítima e do próprio réu. O direito e processo penais traçam os lindes da jus puniendi, seja quanto aos poderes, deveres e direitos do Estado, seja quanto aos do réu, seja quanto aos da vítima. Com ele, previnem-se, também, eventuais reações arbitrárias, públicas ou privadas. (QUEIROZ, 2001, p. 128.).

O Direito Processual Penal deve ser visto como instrumento da liberdade, devendo zelar para que um indivíduo não trate os outros com desprezo, para que ele não penetre nos limites da liberdade do outro. Mas, antes de tudo, deve proteger a esfera da pessoa, da

liberdade humana contra o Estado, determinando as relações entre o Estado e o cidadão. E é a partir da noção dos direitos fundamentais que o cidadão pode reconhecer as intervenções das quais não tem que suportar, e descobrir como pode manter o Estado afastado de sua liberdade. Portanto, os direitos fundamentais servem para limitar a atuação do Estado, que ora sustenta e protege e outra aparece como uma forte ameaça ao cidadão.

Os direitos e garantias ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, à presunção de inocência, à decisões motivadas, a um juiz imparcial e vários outros previstos no nosso ordenamento jurídico, devem ser sempre respeitados em um sistema que prega pelo modelo acusatório puro e servem para caracterizar o próprio exercício do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito.

É exatamente por defender esses direitos que não restam dúvidas a respeito de qual é o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988. O artigo 129, inciso I da Carta Política representa uma norma substantivamente inovadora, que consagra claramente o Sistema Acusatório no Brasil, ao atribuir ao Ministério Público, de forma privativa, a função de promover a ação penal pública.

Ao estabelecer a tripartição dos poderes, a nossa Lei maior posicionou o juiz de forma eqüidistante das partes, distanciando portanto quem inicia o processo de quem o julga. Tal distanciamento é imprescindível no interior de um sistema acusatório para que se possa evitar qualquer influência de liames psicológicos do magistrado em relação à imputação contida na denúncia.

Não restam dúvidas de que o representante do Estado que detém a titularidade da pretensão punitiva é o Ministério Público e nunca o juiz, que deve se abster de qualquer ato persecutório a fim de manter sua tão esperada imparcialidade e poder dirimir os conflitos entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu. A separação que se espera deve ser vista não só quando da análise da fase inicial do processo mas também da fase instrutória, onde deve-se evitar que o juiz tenha iniciativa probatória de forma a substituir as partes na produção de suas provas.

Enquanto o Sistema Inquisitivo rege-se pelo princípio inquisitivo, o Acusatório é orientado, entre outros, pelo princípio dispositivo, que divide paritariamente a iniciativa probatória entre a acusação e a defesa, assegurando assim a igualdade entre as partes, igualdade esta que também está assegurada na Constituição Federal, em seu art. 5º, "caput".

Alguns respeitados doutrinadores defendem a possibilidade do juiz participar na colheita de provas, argumentando que deve-se permitir ampla participação do mesmo em busca da verdade real. Porém, deve-se limitar tal alcance a ponto de buscar a verdade que se

mostra processualmente possível, dentro do conjunto de normas e princípios informadores do Sistema Acusatório.

Tem-se como característica do Sistema Acusatório o sistema do livre convencimento motivado, onde o juiz aprecia livremente as provas carreadas nos autos e julga motivadamente. A fundamentação tem o objetivo de transmitir segurança às partes devido ao fato de o juiz, ao contrario do que a ele é permitido no Sistema Inquisitivo, não poder se afastar do que consta no Processo. Como exceção à regra do livre convencimento motivado, tem-se no ordenamento jurídico, o rito do Tribunal do Júri, onde o sistema que ainda impera é o da íntima convicção.

Em nosso sistema, as provas são pré-definidas em lei, mas não são tarifadas como no sistema inquisitivo. Existe liberdade dos meios de prova, desde que autorizadas por lei. O artigo 158 do Código de Processo Penal traz um exemplo claro de que o juiz deixa de ser um órgão subordinado ao valor das provas, ao estabelecer que a confissão do acusado não supre a ausência do exame de corpo delicto. Portanto, todas as provas passam a ter valor relativo.

O artigo 5º, inc. LV da Constituição da República de 1988 é outro dispositivo garantidor do Sistema Acusatório, na medida em que estabelece os princípios do contraditório e da ampla defesa, até então desconhecidos pelos seguidores e aplicadores do Sistema Inquisitivo. Tais princípios orientam todo o processo acusatório e o réu deixa de ser tratado como mero objeto processual para ser reconhecido como sujeito de direitos.

O réu como já foi dito, passa a ser merecedor de todos os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos. Nas lições de Aury Lopes Jr. podemos perceber a nítida relação entre a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa com a função garantista do Processo Penal, quando:

No modelo garantista não se admite nenhuma imposição de pena: sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros, sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com aptitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido. (LOPES JR., 2005)

O texto acima transcrito também refere-se à Publicidade dos atos processuais, característica fundamental do Sistema Acusatório, que é assegurada na Carta Política, nos arts. 5º, inc. LX e 93, inc. IX. A lei faculta a restrição a esse princípio somente quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. O segredo é sem dúvida uma marca dos sistemas autoritários e dos Processos Penais inquisitórios e a publicidade, por sua vez, de um

regime democrático e garantista, como o é o Sistema Acusatório. Diante de uma análise histórica, percebe-se que foi exatamente a necessidade de se dar publicidade às infrações penais e às respectivas punições aos infratores que fez surgir o processo.

Não há como se respeitar o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do julgador e todas as outras garantias do réu sem dar publicidade à sociedade e aos próprios acusados de todos os atos praticados no curso do Processo. É a partir desse entendimento que Paulo Rangel reforça a estrita relação entre publicidade e Sistema Acusatório:

... podemos afirmar que o princípio em tela é compatível com o sistema acusatório adotado hodiernamente, pois não há como estabelecermos um processo legal com o chamado *actum trium personarum* sem a publicidade dos atos que lhe são inerentes. (RANGEL, 2006, p. 13).

Destaca-se outras características inerentes ao Sistema Acusatório, como a predominância da oralidade, a presunção de inocência do acusado, etc. Entretanto, todas as características até então citadas serão objeto de um estudo mais aprofundado em capítulo autônomo, que tratará dos princípios constitucionais atinentes ao Sistema Acusatório.

Importante é a percepção de que o Sistema Acusatório é o sistema ideal a ser seguido pelo ordenamento jurídico brasileiro, devendo entregar a cada um dos sujeitos processuais uma função exclusiva e distinta, possibilitando ao réu uma segurança de um Processo Penal mais democrático e garantista dos seus direitos. Portanto, a tendência de nossa legislação é eliminar as normas que afrontam o Sistema Acusatório, purificando ao máximo este sistema.

1.3 Sistema Misto

O Sistema Misto surgiu após a Revolução Francesa, com o intuito de garantir ao acusado maior possibilidade de defesa e afastar absurdos até então admitidos pelo Sistema Inquisitivo. Recebe de vários doutrinadores e estudiosos do Direito diversas denominações, como: Sistema Francês, Napoleônico, Acusatório Formal, Semiacusatório, Reformado, etc.

As características desse sistema se encontram niveladas entre o sistema acusatório e o inquisitivo, porém, como característica principal e também peculiar ao Sistema Misto, tem-se a divisão do processo em três etapas, sendo que a primeira compreende a investigação preliminar, a segunda a instrução preparatória e a última, o julgamento.

Reúne-se ao mesmo tempo no Sistema Processual Misto os anseios quanto a repressão do Estado em busca da punição do acusado e a necessidade de se garantir aos mesmos, os direitos fundamentais, onde se inclui o direito de defesa contra possíveis arbitrariedades do Poder Judiciário.

Nesse sentido, Frederico Marques define como deve ser o processo: "...suficientemente enérgico para evitar a impunidade dos criminosos e bastante dúctil para impedir a perseguição e condenação dos inocentes." (MARQUES *apud* VALLADARES, 2005).

As fases referentes à investigação preliminar e instrução preparatória recebem o nome de "Juízo de Instrução" e seguem os ideais do sistema inquisitivo, sendo realizadas secretamente, não submetidas ao contraditório e presididas pelo juiz da instrução, o que afronta o direito que o acusado tem de ser julgado por um juiz imparcial. A gestão da prova fica nas mãos do juiz, uma vez que este busca encontrar os indícios de autoria e da materialidade do crime, através de atos claramente prejudiciais à defesa.

O magistrado conta com o auxílio da Polícia Judiciária para realizar toda a investigação e para formar um juízo prévio acerca do fato, juntando toda a fundamentação necessária para uma futura acusação a ser feita pelo Ministério Público. Portanto, no sistema misto também há a separação das funções de acusar e defender, mas de forma insuficiente a garantir a necessária imparcialidade do juiz.

Já a fase do julgamento é seguida com total respeito aos princípios e fundamentos do Sistema Acusatório, aparecendo o amplo direito de defesa. O procedimento é contraditório e realizado com total publicidade. O ônus da prova cabe ao Ministério Público, que, se assim não fizer, prevalecerá o princípio da presunção de inocência do acusado.

Apesar de ainda ser adotado em alguns países, como Argentina, Venezuela, etc. esse sistema tende a desaparecer pois uma vez que o Estado se aproxima da democracia, as garantias constitucionais são-lhe entregues, o que certamente trará um avanço ainda maior frente ao sistema inquisitivo. O principal inconveniente do sistema misto é a manutenção do juiz na colheita de provas. É inadmissível num Estado Democrático de Direito que o juiz, além de ser praticamente imune à investigações externas seja munido de poderes extremos.

Alguns doutrinadores entendem ser impossível a existência de um sistema jurídico misto, devendo ser visto unicamente como acusatório ou inquisitivo, principalmente sob a alegação de que os sistemas são identificados a partir de rígidos princípios informadores e unificadores, não se admitindo uma fusão sistemática dos mesmos.

Jacinto Coutinho, leciona que:

Não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. (COUTINHO, 2001, p. 05).

O sistema misto foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código do Processo Criminal do Império (Lei 127/1832). Entretanto, na atualidade não resta dúvidas de que o sistema imposto pela Constituição Federal de 1988 é o Acusatório. Apesar de o inquérito policial ser questionado por muitos estudiosos da área, o nosso sistema não pode ser considerado misto, por tratar-se aquele exclusivamente de um procedimento administrativo com marcas do sistema inquisitivo (percebível pelo próprio nome “inquérito”).

O que corretamente pode-se afirmar é que o sistema acusatório adotado no Brasil não é um sistema acusatório puro diante de muitos resquícios do poder inquisitivo, os quais serão abordados mais adiante neste trabalho. Mas, o inquérito policial além de não ser fase do processo penal, não deve contar com a participação efetiva do julgador. Portanto, o fato do inquérito policial fazer parte da estrutura processual brasileira não é fundamento válido para se afirmar que vigora-se no Brasil um sistema processual misto.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES AO SISTEMA ACUSATÓRIO

2.1 Princípio do Devido Processo Legal

O direito ao devido processo legal é previsto pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LIV, ao estabelecer que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se de um princípio que abrange vários outros como o da ampla defesa, do contraditório, da imparcialidade do juiz, da publicidade, etc. Portanto, este trabalho não tratará de forma ampla sobre o devido processo legal, exatamente para não se adentrar nas questões a serem tratadas com um pouco mais de ênfase, em subcapítulos autônomos. “O devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele.”(RANGEL, 2006, p. 5).

Com surgimento na Magna Carta Inglesa e ainda, escrito em latim, esta cláusula se restringia a poucos, mais especificamente aos soberanos, únicos e exclusivamente ditadores das leis. Ainda com um conteúdo meramente formal, passou do direito inglês para as colônias americanas e posteriormente para a federação americana. A partir de emendas consideradas de grande avanço para o direito é que o devido processo legal deixou seu caráter formal e passou a ter também um caráter substancial, passando a ser interpretado como uma forma de garantir e proteger a igualdade em face da lei. Diante dessa nova interpretação, vê-se que o devido processo legal só será atendido quando respeitado, principalmente, o princípio da igualdade e o da legalidade.

A regra que se impõe é a de que para que qualquer pessoa venha a sofrer um cerceamento em sua liberdade ou para que seja privado de seus bens, primeiramente é imprescindível a existência de um procedimento formal previsto em lei, que atenda todas as exigências de um processo justo e garantidor dos direitos humanos.

Por liberdade deve-se entender não só a liberdade de locomoção mas toda e qualquer liberdade assegurada pela Constituição Federal, como por exemplo, a liberdade de associação.

Tema por vezes polêmico nas doutrinas seria o atinente à Lei 9.099/95, que impõem multa ou outro tipo de “pena” aos acusados, sem anteriormente haver a realização de um processo. Trata-se da chamada transação penal, que fere o princípio do devido processo legal, por motivos que serão aprofundados mais adiante deste trabalho.

Pode-se dizer que o princípio em análise é dividido em três aspectos relevantes: Primeiramente, deve ser analisada a existência ou não de norma legal, emanada de poderes legítimos, que justifiquem determinada atuação do Estado. Em segundo lugar, torna-se imprescindível que tais normas estejam sendo aplicadas a partir de instrumentos adequados e, por fim, o respeito às garantias individuais do acusado, principalmente no que tange à paridade de armas.

Seguindo este entendimento têm-se as seguintes indagações:

- a) preexiste norma legal equânime disciplinando essa situação, ou seja, é “legal”?
- b) essa disposição legal está sendo exercitada através do instrumento legal apropriado, isto é, há “processo”?
- c) esse instrumento processual próprio assegura a isonomia substancial de atuação das partes, vale dizer, é “devido”?

A resposta negativa a pelo menos um desses quesitos arreda, inexoravelmente, a legitimidade da atividade persecutória penal do Estado em face do imputado, permitindo entrever atuação arbitrária, porque ilegal, de seus agentes que, assim alongados da legalidade, conspurcam a garantia constitucional do devido processo legal, violam direitos fundamentais do cidadão e, como consequência última, propiciam julgamentos injustos através de procedimentos iníquos... (BALDAN e AZEVEDO, 2004).

Ao comparar o princípio do devido processo legal aos anseios do sistema acusatório, percebe-se uma grande aliança entre ambos na medida em que aquele serve como base estrutural e principiológica deste, assegurando aos cidadãos a garantia de um processo justo, devido e legal.

2.2 Princípio da Publicidade dos Atos Processuais

O Código de Processo Penal, anteriormente à Constituição Federal de 1988, já previa a publicidade das audiências, sessões e dos atos processuais. Posteriormente, teve-se a elevação deste princípio a dogma constitucional, o qual pode ser percebido em três dispositivos.

Em seu art. 5º, XXXIII, prevê que: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas

no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Mais adiante, no inciso LX deste mesmo artigo, a Constituição garante que: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

E, por fim, no artigo 93, inc. IX da Carta Máxima, assim está previsto: “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.”

O objetivo principal deste princípio é assegurar a transparência da atividade jurisdicional, permitindo assim a presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa do povo, como uma forma de garantia dos indivíduos e da sociedade, frente às atuações dos juizes, membros do Ministério Público e advogados.

Na vigência do sistema inquisitivo, todos os atos eram secretos, realizados a portas fechadas, o que não proporcionava nem mesmo aos acusados o direito de fiscalizar e conseqüentemente se defender de possíveis injustiças. Portanto, este sistema já foi abolido de nossa legislação processual e no atual Estado Democrático de Direito, regido pelo sistema acusatório, a regra geral da publicidade está em total consonância com os anseios da sociedade. Como forma não só de garantir mas também de demonstrar o alcance da justiça, é que se tem a publicidade dos atos processuais, sendo parte integrante e indispensável do devido processo legal.

A regra é a publicidade absoluta enquanto a exceção é a publicidade restrita. Toda e qualquer hipótese de restrição deve estar anteriormente prevista em lei, assegurando-se sempre os limites impostos pela Constituição Federal. Pode-se citar como exemplo de restrição, a votação na sala secreta que é realizada no rito do tribunal do júri, como prevêm os artigos 476, 481 e 486 do Código de Processo Penal e também o artigo 5º, inc. XXXVIII da própria constituição federal.

Em relação ao exemplo acima citado, existe uma discussão sobre sua validade hoje no ordenamento jurídico. Alguns doutrinadores defendem a tese de que o princípio da publicidade dos atos processuais previsto na Constituição Federal teria revogado os artigos do Código de Processo Penal referentes à sala secreta. Porém, o melhor entendimento é o de que esta exceção está amparada pelo artigo 792 do Código de Processo Penal. Paulo Rangel não concorda com a idéia de revogação afirmando que: “Há que se fazer distinção entre o

juízo do Tribunal do Júri e a decisão do Conselho de Sentença. O julgamento é público e todos os que quiserem podem a ele assistir (cf. art. 93, IX, da CRFB). Entretanto, a votação dos jurados é secreta para se assegurar o sigilo das votações.” (RANGEL, 2006, p. 14)

Ainda em relação ao sigilo das votações, ressalta-se a necessidade de o juiz interromper a contagem dos votos depositados na urna pelo jurados após verificar o quarto voto no mesmo sentido, seja ele afirmando ou negando o fato indagado num quesito. Tal recomendação torna-se necessária, pois, caso os setes jurados votem no mesmo sentido, estará comprometido o sigilo da votação: todos saberão qual foi o voto dos jurados.

A publicidade que deve ser defendida pelo ordenamento jurídico é a publicidade necessária à fiscalização dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, a publicidade na qual se possa vislumbrar a imparcialidade do juiz, a ampla defesa disponibilizada ao acusado, etc. e não aquela publicidade desnecessária e sensacionalista, que infringe direitos à intimidade e acabam por distorcer o funcionamento da justiça. O excesso de emotividade, os fatos que geralmente são narrados de forma teatral pela imprensa, as vezes não trazem correspondência com as provas colecionadas nos autos do processo, o que na maioria das vezes influencia e muito no tribunal do júri, onde os jurados muitas vezes formam seus veredictos antes mesmo de serem sorteados para compor o conselho de sentença. “Esclarecem Cintra, Grinover e Dinamarco que a publicidade, como garantia política que é, tem por finalidade o controle da opinião pública nos serviços da justiça, não devendo ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade.” (GARCIA, 2003)

O jornalismo atual têm se servido da tragédia e da dor alheia, não se importando em estender o sofrimento de uma família atingida por um crime “sensacional”. Diante disso, os acusados recebem a pena de execração pública, antes mesmo de serem considerados culpados de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O princípio do contraditório e o da ampla defesa estão previstos no artigo 5º, LV da Constituição Federal, ao garantir que: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e

recursos a ela inerentes”. Inteligente foi a ação do legislador ao agrupar esses dois princípios em um único dispositivo, por não ser concebível falar-se em um sem pressupor a existência do outro. Porém, é importante destacar que, embora intimamente ligados, tratam-se de princípios distintos e possuem peculiaridades próprias.

Alexandre de Moraes, diferencia e conceitua ambas as garantias, dizendo:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condição dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito de defesa de por-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (MORAES, 2004, p. 125).

Estes princípios são espécies do princípio gênero “devido processo legal” e devem ser vistos como garantias, direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Anteriormente, o contraditório era visto como requisito formal, mas não essencial. Servia apenas para garantir a participação das partes na formação do convencimento do juiz. Com a evolução dos sistemas processuais, hoje é tido como indispensável para a realização de um processo justo e, a participação, nessa nova ótica, deve se realizar na mesma intensidade, com paridade de armas, para que se possa alcançar a verdadeira igualdade processual.

Com base no princípio do contraditório deve-se garantir às partes as mesmas oportunidades e instrumentos processuais hábeis para a efetivação de seus direitos em todas as fases do processo, preservando dessa forma a plena igualdade de condições.

É sabido que em todo processo contencioso há pelo menos duas partes: o autor e o Réu. Ao autor (demandante) a instauração da relação processual que só completa com o chamamento do réu a juízo. Mas essa situação circunstancial, ocasional e exterior, de um dos sujeitos pleitear perante o judiciário o acolhimento de suas pretensões antes do demandado não pode ser utilizada como justificativa para se conceder ao primeiro armas diversas daquelas oferecidas ao segundo. A paridade de armas entre os sujeitos parciais do processo deve ser efetivada e o contraditório seja observado na medida em que se proporciona às partes igualdade de meios processuais para que ambos tenham igualdade de condições para fazerem valer seus direitos ao menos no que tange aos recursos processuais. O contraditório possui relação direta com o princípio constitucional da igualdade que reza que todos são iguais perante a lei. (FREITAS, 2003)

O contraditório é inerente ao direito de defesa e torna-se obrigatório em face da bilateralidade do processo. As partes devem ter o direito de resposta e o direito de ser informada sobre todos os atos praticados pela parte adversária. Dentro deste contexto, algumas exigências se mostram necessárias, como a citação, as notificações sobre os atos

recursos a ela inerentes”. Inteligente foi a ação do legislador ao agrupar esses dois princípios em um único dispositivo, por não ser concebível falar-se em um sem pressupor a existência do outro. Porém, é importante destacar que, embora intimamente ligados, tratam-se de princípios distintos e possuem peculiaridades próprias.

Alexandre de Moraes, diferencia e conceitua ambas as garantias, dizendo:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condição dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito de defesa de por-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (MORAES, 2004, p. 125).

Estes princípios são espécies do princípio gênero “devido processo legal” e devem ser vistos como garantias, direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Anteriormente, o contraditório era visto como requisito formal, mas não essencial. Servia apenas para garantir a participação das partes na formação do convencimento do juiz. Com a evolução dos sistemas processuais, hoje é tido como indispensável para a realização de um processo justo e, a participação, nessa nova ótica, deve se realizar na mesma intensidade, com paridade de armas, para que se possa alcançar a verdadeira igualdade processual.

Com base no princípio do contraditório deve-se garantir às partes as mesmas oportunidades e instrumentos processuais hábeis para a efetivação de seus direitos em todas as fases do processo, preservando dessa forma a plena igualdade de condições.

É sabido que em todo processo contencioso há pelo menos duas partes: o autor e o Réu. Ao autor (demandante) a instauração da relação processual que só completa com o chamamento do réu a juízo. Mas essa situação circunstancial, ocasional e exterior, de um dos sujeitos pleitear perante o judiciário o acolhimento de suas pretensões antes do demandado não pode ser utilizada como justificativa para se conceder ao primeiro armas diversas daquelas oferecidas ao segundo. A paridade de armas entre os sujeitos parciais do processo deve ser efetivada e o contraditório seja observado na medida em que se proporciona às partes igualdade de meios processuais para que ambos tenham igualdade de condições para fazerem valer seus direitos ao menos no que tange aos recursos processuais. O contraditório possui relação direta com o princípio constitucional da igualdade que reza que todos são iguais perante a lei. (FREITAS, 2003)

O contraditório é inerente ao direito de defesa e torna-se obrigatório em face da bilateralidade do processo. As partes devem ter o direito de resposta e o direito de ser informada sobre todos os atos praticados pela parte adversária. Dentro deste contexto, algumas exigências se mostram necessárias, como a citação, as notificações sobre os atos

processuais, a permissão de exame das provas produzidas nos autos do processo, o direito de presenciar a oitiva das testemunhas, o direito de apresentar defesa escrita, entre outras.

Algumas vantagens concedidas ao Ministério Público são injustas e ferem o princípio do contraditório por não tratarem de forma igual as partes, gerando um desequilíbrio na relação jurídico-processual. Como uma dessas vantagens, talvez a mais visível no direito processual penal, pode-se citar as dos artigos 499 e 500 do código de processo penal, pois, uma vez que para a defesa técnica, os prazos correm em cartório e as partes sequer devem ser intimadas, o Ministério Público é intimado pessoalmente. Diante de tal injustiça, o ideal é que se faça uma interpretação desses dispositivos com base no princípio do contraditório, e se intime tanto a defesa técnica quanto o Ministério Público pessoalmente.

De acordo com Eugênio Pacelli, o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, uma vez que constitui verdadeiro requisito de validade do processo, gerando nulidade absoluta quando as partes forem prejudicadas pela não aplicação deste. No caso de violação do contraditório em relação à acusação, tal nulidade, embora seja absoluta, deve ser argüida expressamente, sob pena de preclusão, a uma por ser dever do Ministério Público zelar, sempre, pela regularidade do processo, em todas as suas fases, a duas para se evitar a surpresa para a defesa e, a três para garantir o próprio direito ao contraditório à outra parte, pois, diante da ausência de impugnação da irregularidade no recurso da acusação, não teria como a defesa se manifestar sobre a mesma. (PACELLI, 2004, p. 21).

Quanto a ampla defesa, diz-se que esta vai além do princípio do contraditório, pois, enquanto este tem o objetivo de permitir a participação do acusado no processo em pé de igualdade com a acusação, para aquela, não basta a participação, devendo esta se mostrar efetiva. O acusado tem o direito e o Estado tem o dever de garantir a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

Para garantir a ampla defesa, o Estado-juíz, de acordo com o *caput* do artigo 261 do código de processo penal garante que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Trata-se neste caso da defesa técnica, que, ao contrário da autodefesa, é indispensável no processo e não um mero juízo de oportunidade e conveniência.

Eugênio Pacelli soube perfeitamente demonstrar o alcance da ampla defesa ao afirmar que esta “se realiza por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado.” (PACELLI, 2004, p. 22).

Como já foi dito, é indispensável a participação de um defensor, regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, para exercer a chamada defesa técnica, em todos os atos do processo, sob pena de nulidade. O defensor deve proporcionar ao acusado uma resposta contrária à acusação, a produção de provas e a conseqüente manifestação sobre elas. É obrigatório que todo defensor demonstre um empenho efetivo na busca dos direitos do acusado, exercendo assim a chamada defesa efetiva.

A jurisprudência durante algum tempo já vêm se posicionando no sentido de que será nulo o processo quando não houver defesa ou, anulável, quando comprovado o prejuízo e a defesa concedida ao acusado tiver sido apenas aparente, formal, inefetiva. Nesse sentido, foi editada a súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: “ No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

A autodefesa compreende o direito de audiência e de presença, devendo ser garantido ao acusado o direito de ser ouvido, de tomar posição, de influir perante as provas e alegações da parte contrária e de estar presente em todos os atos praticados em juízo. Portanto, quando foi dito anteriormente que a autodefesa é dispensável, quis-se dizer que somente o próprio acusado, mediante uma análise da conveniência e da oportunidade pode dispensá-lo, como ocorre muitas vezes de o réu preferir utilizar-se de seu direito de silêncio durante o interrogatório. Sobre o interrogatório, é importante destacar que se trata de meio de defesa e que, a recente lei 10.792/93 evoluiu ainda mais no sentido de se garantir a ampla defesa dos acusados.

Em alguns casos, a ampla defesa autoriza o ingresso de provas favoráveis à defesa, mesmo quando estas tiverem sido obtidas por meios ilícitos, tornando-se uma exceção a regra geral esculpida no artigo 5º, inc. LVI da Constituição Federal. Isso se dá diante da necessidade de garantia da ampla defesa e a necessidade de se interpretar as normas de acordo com o Estado Democrático de Direito no qual vivemos. O Estado de necessidade é, por vezes argumentado para se justificar a obtenção da prova por meio ilícito, assim como a legítima defesa dos direitos humanos fundamentais.

Por fim, destaca-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa são sem dúvida, inerentes ao sistema acusatório, que prega pela plena garantia dos direitos do acusado, ao contrário do sistema inquisitivo, que apenas vê o sujeito como investigado e portanto mero objeto de investigação.

2.4 Princípio da Imparcialidade do Juiz

A Constituição Federal de 1988, ao adotar o sistema acusatório e conseqüentemente atribuir a exclusividade da ação penal ao Ministério Público, buscou exatamente colocar o juiz na posição *supra partes* e garantir a sua imparcialidade. Portanto, deve-se sempre recordar da máxima defendida por vários processualistas, de que o devido processo legal inexistente sem o Princípio da Imparcialidade do Juiz, sendo este, um pressuposto de validade do processo.

As questões puramente subjetivas devem ser evitadas ao máximo dentro da estrutura do sistema acusatório brasileiro. O juiz deve ser neutro em relação às partes. Por isso, várias atos dos magistrados previstos no Código de Processo Penal, que possam ferir este princípio devem ser tidos como revogados diante da nova ótica constitucional. Tratar-se-á de alguns deles mais adiante.

Exatamente para assegurar a imparcialidade é que a Constituição concede aos juizes certas garantias como a independência funcional, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. Nas lições de Paulo Rangel, “Juiz imparcial pressupõe independente e independência pressupõe garantias constitucionais que visem dar segurança ao juiz de que, no exercício de suas funções, não sofrerá coações políticas ou funcionais, constrangimentos que possam ameaçá-lo da perda do cargo. A imparcialidade do juiz, portanto, tem como escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada, pois o compromisso com a verdade, dando a cada um o que é seu, é o principal objetivo da prestação jurisdicional.”(RANGEL, 2006, p.19).

A inércia também constitui uma característica indispensável à preservação da imparcialidade do juiz. A discussão que se tem entre os processualistas atualmente diz respeito ao alcance da palavra inércia. O juiz deve se manter inerte somente na fase inicial do processo ou também é dever do mesmo se afastar de toda e qualquer produção de provas? Tentar-se-á responder tal indagação em capítulo autônomo denominado Afrontas ao Sistema Acusatório.

Ao juiz não deve interessar saber quem vai ganhar a causa, se a acusação ou a defesa, mas deve sim buscar sempre dar a solução mais justa para ambas as partes. “Por isso, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente,

por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante.” (PRADO,2006 p.152)

Embora a regra diga que não cabe ao juiz no tribunal do júri manifestar nenhuma opinião sobre o mérito da acusação ou da defesa, freqüentemente presencia-se juizes com atitudes suspeitas, lendo os relatórios com ênfase nas partes que se pretende destacar, como por exemplo, ao ler a folha de antecedentes criminais do réu quando se almeja uma acusação ou ao ler depoimentos de testemunhas favoráveis àquele, quando se idealiza uma absolvição.

A sociedade em geral costuma por em dúvida a possibilidade de se existir um juiz totalmente imparcial, que não toma partido nem a favor nem contra nenhuma das partes. Portanto, faz-se necessário tentar diferenciar juridicamente os termos imparcialidade e neutralidade. A imparcialidade é um requisito de validade do processo e uma garantia constitucionalmente garantida, e, pode ser comprovada diante da análise dos atos dos juizes, ao garantir o contraditório, a ampla defesa, ao fundamentar suas decisões, etc. Já a neutralidade, pressupõe inexistência de paixões, crenças, opiniões. Inteligente a colocação de Rodolfo Panplona Filho, ao dizer que “A neutralidade pressupõe, do ponto de vista científico, o não envolvimento do cientista com o objeto de sua ciência, o que é, em nosso entender, algo de uma impossibilidade palpitante.”(PAMPLONA FILHO, 2001).

Por mais que a tradicional sociedade e até mesmo setores da própria magistratura pugnem pela existência de juizes imparciais e neutros, devem entender que antes se serem juizes, são seres humanos, com todas as qualidades e fragilidades inerentes a todos nós, e, que sofrem influências de inúmeros aspectos e fatores. O nosso país é marcado por uma grande desigualdade social, e cabe também aos magistrados vislumbrar o direito de acordo com os anseios da própria sociedade, com os acontecimentos sociais, políticos e econômicos. A crença na existência da neutralidade somente pode advir de uma total inconsciência da realidade.

2.5 Princípio da Presunção de Inocência

No momento em que o processo penal verdadeiramente começou a se distanciar das arbitrariedades contidas no Sistema Inquisitivo e, portanto, a se preocupar com os acusados, tratando-os ao menos em tese com efetiva dignidade e respeito, é que surgiu o princípio da

presunção de inocência. Até então o que vigia era a “certeza” da culpa, onde o Estado-juiz buscava a condenação a qualquer preço. O art 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nascida em 1789, foi essencial ao dispor que “todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.”

Muitos anos depois, a Constituição Federal de 1988, visivelmente provida de inúmeras garantias consagrou esse princípio, no art. 5º, inc. LVII, proclamando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ao estabelecer que, na dúvida se julgue a favor do réu, o legislador adotou um critério superior de liberdade, deixando-se claro a compatibilidade existente entre tal dispositivo e o Sistema Acusatório.

Diante desses artigos, torna-se possível vislumbrar a vedação imposta à prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, a prisão cautelar é permitida pelo Processo Penal e indubitavelmente deve se apresentar devidamente fundamentada no sentido de se comprovar que a liberdade do acusado geraria algum risco para a sociedade, para o processo ou para a própria aplicação da lei penal. Portanto, a cautelar não fere o princípio da presunção de inocência.

O critério subjetivo, assim como no princípio da imparcialidade, aqui também deve ser evitado, no sentido de se abstrair a pessoa e dar maior ênfase à infração. No julgamento do direito penal, deve-se procurar tratar o homem como um ser abstrato, ou seja, o homem médio, aquele cujas características são inerentes a todos os seres humanos, ressalvadas algumas hipóteses específicas como por exemplo a fase de dosagem da pena em concreto. O que se deve evitar é o chamado “Direito Penal do Autor”.

A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas conseqüências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença. (LOPES JUNIOR, 2001)

Exatamente de acordo com o entendimento supracitado, vê-se o réu como sujeito de direitos dentro do processo, devendo o Estado protegê-lo para que não sofra nenhuma restrição pessoal fundada única e exclusivamente na possibilidade de condenação e, cabendo à acusação todo o ônus probatório necessário à comprovação dos fatos pela mesma alegados.

O constitucionalista Alexandre de Moraes bem entende que não obstante a consagração do princípio da inocência, as espécies de prisões provisórias mantêm sua

constitucionalidade, permanecendo válidas as prisões temporárias, em flagrante, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado, fundamentando inclusive com a súmula nº 9 do Supremo Tribunal de Justiça, que diz: “A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. (MORAES, 2004, ps. 133-134).

Claro está portanto, que as espécies de prisão cautelar não importam em um reconhecimento antecipado de culpa, mesmo porque elas se fundamentam em um juízo de periculosidade e não de culpabilidade. Fundamental e inevitável é a aferição do que é chamado por Aury Lopes Jr. de *fumus commissi delicti* (existência da fumaça do cometimento do delito) e do *periculum libertatis* (a liberdade do acusado representando um perigo). O que a doutrina dominante defende atualmente, é uma interpretação conforme o Sistema Acusatório, no sentido de se exigir a presença dos requisitos da prisão preventiva, também para a prisão decorrente de pronúncia e para a decorrente de sentença condenatória recorrível. Outro ponto importante é em relação à natureza jurídica da prisão decorrente de sentença recorrível, que, para que haja respeito ao princípio da presunção de inocência, deve ser tida como prisão cautelar, sendo inadmissível sua definição como execução provisória da pena.

Muitas vezes a presunção de culpa se dá fora do processo, diante dos olhos da sociedade o que, na maioria vezes, se produz por intermédio da grande imprensa e se reproduz cruelmente nas massas, com freqüência de forma tão irreversível que a própria absolvição do acusado não tem a força de lhe devolver a inocência.

2.6 Princípio da Verdade Real

O Processo Penal deve nortear-se pela busca da verdade real, utilizando-se, dentro dos limites legais, das provas colhidas para alcançar este fim. Por isso, as provas muitas vezes são vistas como a alma do processo. Entretanto, a certeza absoluta possível de ser alcançada é apenas aquela que se encontra dentro dos autos, podendo muitas vezes não corresponder à verdade do mundo dos homens. Paulo Rangel, nesse sentido a chama de verdade processual e afirma que “... São os elementos de prova que se encontram dentro dos autos que são levados em consideração pelo juiz em sua sentença. A valoração e a motivação recaem sobre tudo que se apurou nos autos do processo.”(RANGEL, 2006, p. 7).

O sistema do livre convencimento motivado se mostra como um limite à comprovação dessa verdade uma vez que não cabe ao juiz decidir com base em outros fatos senão aqueles comprovados durante a instrução processual. É comum presenciarmos acusações exageradamente além da realidade, testemunhas mentindo, peritos falsificando ou errando laudos, etc. Portanto, a verdade real e absoluta se mostra praticamente inalcançável pela razão humana.

No Sistema Inquisitivo a busca pela verdade real sempre se mostrou ilimitada, realizada a qualquer preço, de forma a permitir qualquer diligência por parte do juiz dentro do processo, desrespeitando na maioria das vezes a dignidade do homem. As provas obtidas por meio ilícito não eram empecilhos para se prosseguir na busca da verdade.

Já no Sistema Acusatório, não obstante o valor da verdade que pode ser alcançada, sua admissão no processo penal estará condicionada ao modo pelo qual foi obtido. Antes da consubstanciação da pretensão punitiva, os direitos fundamentais devem ser garantidos e os acusados devem ser protegidos contra possíveis torturas, ameaças ou extorsões.

Geraldo Prado, ao discursar sobre o tema enfatizou a necessidade de se abolir qualquer meio que leve a decisões arbitrárias, dizendo que:

A legitimidade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida em que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas, com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento. (PRADO, 2006, p.35).

Dentro desse contexto é que também pode-se encontrar o direito de defesa. A ampla defesa deve sempre ser uma garantia absoluta do acusado e não se pode ignorar o meio de defesa contido no interrogatório. Perguntas sugestivas ou capciosas são totalmente rejeitadas nesse sistema, de forma que o art. 5º, inciso LXIII da Constituição prevê que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Embora esse dispositivo se refira ao “preso”, é certo que o direito ao silêncio deve preceder o dever de instrução pois enquanto este surge para o Estado no momento em que o indiciado vai ser interrogado pela autoridade policial, aquele surge para o acusado no momento exato em que sofre intervenção de qualquer agente público.

Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, esse princípio se encontra mitigado, uma vez que ao se permitir a realização de transações penais, ao Estado não mais interessa saber ao fundo as circunstâncias em que o fato fora praticado e nem mesmo se o sujeito

apontado como autor, realmente o é. Paulo Rangel, ao contrário da doutrina majoritária que denomina esse instituto como “despenalizador”, o chama de “instituto legitimador da impunidade”. (RANGEL, 2006)

O processo penal lida com direitos indisponíveis, devendo por isso se orientar com base na verdade real ou processual. Porém, tal fato não confirma as afirmações de alguns autores de que o processo civil se informa pela verdade formal.

O fato de, no processo civil, a verdade formal quedar-se arredada em questões albergadoras de direito indisponíveis, de par, ademais, com a previsibilidade também de iniciativa probatória do juiz, finda por derogar o entendimento de um processo civil imperativamente informado pelo princípio da verdade formal. Noutro dizer, no processo civil, também a verdade real merece acato, a saber: quando em pauta a indisponibilidade dos direitos em lide, prevalece a verdade real; já se os direitos em testilha detiverem o matiz da disponibilidade, é a verdade formal quem ganha a contenda. (ARAÚJO, 2006)

Por fim, insiste-se na interpretação correta do termo verdade material, que não deve ser tida como aquela verdade absoluta ou ontológica, e sim como uma verdade processual, prática e, sobretudo, não uma verdade perseguida a qualquer preço, mas a verdade processualmente válida de acordo com as normas constitucionalmente impostas.

3. AFRONTAS AO SISTEMA ACUSATÓRIO

A Constituição Federal, através de diversos dispositivos e princípios nela inseridos, adota e exige o Sistema Acusatório no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, não só o Código de Processo Penal mas também uma boa parte da legislação brasileira ainda guarda elementos próprios do Sistema Inquisitivo, dificultando a estruturação de um modelo efetivamente acusatório.

O Código de Processo Penal foi criado em 1941 com fortes influências da legislação italiana de 1930, ou seja, no auge do autoritarismo da Era Vargas e do fascismo italiano. Diante desse quadro, percebe-se a grande incompatibilidade filosófica do CPP com a Constituição Federal de 1988, promulgada num contexto de redemocratização. Por ser uma lei anterior à Constituição, o que se tem é a não recepção de determinados dispositivos pela nova ordem constitucional e a necessidade de uma interpretação conforme a Constituição.

Ocorre que a fragilidade do Sistema Acusatório atual não se limita às leis anteriores à Constituição Federal. São recentes os casos em que o legislador atua mostrando não ter se convencido da necessidade de se garantir a imparcialidade do juiz, insistindo na concepção de que não cabe a este a única e exclusiva função de julgar. Para esses casos, o que surge é uma possibilidade de arguição de inconstitucionalidade por meio de ADI, que é a forma de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Qualquer cidadão com o mínimo de conhecimento jurídico sabe que a Constituição Federal comanda todo o cerne do nosso sistema normativo. Nesse sentido, impõem-se a observância ao princípio da supremacia da Constituição, onde nenhuma incompatibilidade de norma hierarquicamente inferior pode conciliar-se com o estabelecido no texto da Carta Magna sob pena de exclusão da norma incompatível do mundo jurídico.

É inegável que o modelo adotado no Brasil já tenha evoluído consideravelmente, porém, ainda não se trata de um Sistema Acusatório Puro, e, para que isso aconteça, necessário se faz a eliminação gradativa de alguns elementos do Sistema Inquisitivo, os quais passarão a ser analisados.

3.1 Código de Processo Penal

3.1.1 Do Inquérito Policial

O inquérito policial é atividade específica da polícia judiciária e está regrado no art. 4º do Código de Processo Penal, estabelecendo que “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria”. Portanto, deve ser presidido pelo Delegado da Polícia Civil, no âmbito da Justiça Estadual, e pelo Delegado da Polícia Federal, no âmbito da Justiça Federal.

Trata-se de um procedimento administrativo de caráter investigatório, que visa reunir prova da materialidade do crime e indícios da autoria, para depois remetê-las ao titular da Ação Penal, que na maioria das vezes será o Ministério Público, uma vez que na prática, raramente vislumbra-se instauração de inquérito para apurar crimes de ação penal privada.

Ao analisar as características do inquérito policial percebe-se claramente sua marca inquisitiva, uma vez que trata o indiciado como objeto de investigação, sendo regido pelo sigilo, sem observância do contraditório e da ampla defesa. Entende-se que esse procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso não é idôneo como conjunto probatório por não permitir a aplicação de dois importantíssimos princípios constitucionais e não assegurando dessa forma o mínimo de garantias necessárias ao investigado.

Dessa forma, as provas que são produzidas na fase pré-processual, deverão no mínimo serem comprovadas durante a fase processual propriamente dita para que possam ser valoradas pelo julgador.

É cediço que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas (cf. art. 157 do CPP), que não podendo ser criada nenhuma regra de imposição sobre a apuração e descoberta da verdade, senão a prevista dentro dos limites da prova (cf. arts. 5º, LVI, da CRFB c/c 155 do CPP). Porém, a valoração dos elementos colhidos na fase do inquérito somente poderá ser feita se em conjunto com as provas colhidas no curso do processo judicial, pois, sendo o inquérito, meramente, um procedimento administrativo, de característica inquisitorial, tudo o que nele for apurado deve ser corroborado em juízo. (RANGEL, 2006 – p.71)

Ocorre que, infelizmente na praxe forense, os juizes dão valor muito grande às provas colhidas na fase do inquérito, sendo elas meramente ratificadas durante o processo. O

inquérito policial se mostra obsoleto, o que traz a obrigatoriedade de se repetir as provas de forma protelatória na fase judicial, devido à ausência de contraditório na fase investigatória. As informações obtidas na primeira fase da persecução penal devem apenas orientar possíveis provimentos cautelares e o juízo de admissibilidade da acusação, e jamais repercutir no juízo de mérito.

É nesse sentido que o artigo 12 do Código de Processo Penal se mostra contrário ao princípio da imparcialidade do juiz, ao dispor que: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

Esquece-se que o inquérito é um instrumento a serviço da acusação! Some-se a isso o fato de as provas serem colhidas sem o amparo do contraditório, e veremos que a isonomia é grandemente prejudicada. A solução preconizada pela doutrina mais moderna é simplesmente retirar o inquérito policial dos autos do processo, possibilitando que exerça sua verdadeira função: fornecer o suporte probatório mínimo (justa causa) para que a acusação possa promover a ação penal. Apenas isso. (AGUIAR, 2005)

A importância do inquérito policial é inquestionável, tendo a investigação uma função garantidora ao se evitar a instauração de uma persecução penal infundada por parte do Ministério Público. O fato de poder evitar um alto custo com um juízo desnecessário tanto para o indiciado quanto para o Estado faz do inquérito um procedimento indiscutivelmente necessário. Porém, há que se respeitar o mínimo exigido pelo Sistema Acusatório para que as investigações não só alcancem a proximidade da verdade real, mas, acima de tudo, sejam justas e eficientes. Muitas vezes, a população tem uma impressão falsa de que o combate à violência e a criminalidade se obtém por meio de leis mais rígidas. Ora, o inquérito é um procedimento rígido, invasivo, no qual o investigado é desprovido de garantias constitucionais e nem por isso é um exemplo de aplicação da justiça. Ao contrário, muitas vezes o inquérito serve como instrumento de coação e de violação explícita aos direitos do investigado.

Com a entrada em vigor da lei 10.792, em 2 de dezembro de 2003, o contraditório e a ampla defesa foram fortemente assegurados na fase do interrogatório judicial. A tendência sem dúvida deve ser a de ampliar as garantias dos acusados, como forma de purificar ao máximo o sistema adotado pela Constituição Federal. Se com a nova lei, profundas mudanças foram introduzidas no interrogatório, tais também deveriam ser observadas pelos delegados na fase do inquérito policial, quando forem ouvir o indiciado, uma vez que o próprio art. 6º, V do Código de Processo Penal diz ser aplicável as mesmas regras atinentes ao interrogatório do acusado.

Outro aspecto que também é freqüentemente criticado é a natureza sigilosa do inquérito, imposta pelo artigo 20 do Código de Processo Penal. Ocorre que o sigilo é assegurado como forma de garantir o êxito das investigações e até mesmo para preservar o princípio da presunção da inocência do investigado. Entretanto, é de suma importância destacar que o Estatuto da Advocacia prevê como direitos do advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de Inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos” (art. 7, inc. XIV da Lei 8.906/94) e “ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, officios da justiça, serviços notoriais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora do expediente e independentemente de presença de seus titulares (art. 7º, inc. VI, “b” da lei 8.906/94). Claro está então, que esta regra do sigilo não atinge a pessoa do advogado, apesar de alguns doutrinadores entenderem de forma contrária.

Também é certo que a justiça deve ser célere e que a aplicação de todas as garantias que são obrigatoriamente concedidas dentro do processo delongariam em muito o procedimento investigatório inicial. No entanto, o que se espera é o mínimo de garantias necessárias em um Estado Democrático de Direito que pugna por um processo penal garantista.

De acordo com a estrutura do Código de Processo Penal, o inquérito policial pode ser instaurado de ofício pelo delegado (art. 5º, I do CPP), por requisição do juiz ou do Ministério Público (art. 5º, II do CPP), por requerimento da vítima (art. 5º, II do CPP) ou por representação da vítima, nos crimes de Ação Penal Pública condicionada a representação (art. 5º, § 4º do CPP).

Deve-se destacar que, a hipótese de instauração de inquérito mediante requisição do juiz é altamente contestável pelos ideais do Sistema Acusatório. A Constituição Federal de 1988, ao adotar o Sistema Acusatório, deixou clara a necessidade de haver partes distintas nas funções de acusar, defender e julgar. Se na própria Ação Penal já é inadmissível a participação do juiz nas funções acusatórias, muito mais visível tal vedação antes de iniciado o processo.

Ao falar sobre o art 5º, II do CPP, Eugênio Pacelli afirma que:

A nosso aviso, contudo, semelhante dispositivo somente tem pertinência com a ordem jurídica anterior à Constituição Federal, na qual se permitia aos magistrados até a iniciativa da ação penal (conforme revogado art. 531, CPP) nos casos de homicídio e de lesões corporais culposos. Hoje, com a afirmação da privatividade da ação penal pública para o Ministério Público, pensamos ser absolutamente

inadmissível a requisição de inquérito policial pela autoridade judiciária. Tendo chegado ao seu conhecimento a possível existência de fato delituoso, deve o juiz encaminhar as peças ao órgão do Ministério Público, tal como se encontra no art. 40 do CPP.(PACELLI, 2006 – p.29).

O juiz é visto por alguns doutrinadores como destinatário indireto do inquérito policial, uma vez que faz o juízo de admissibilidade da ação. Diante disso, o juiz deve se abster de participar dessa fase sob pena de estar psicologicamente vinculado aos argumentos que servirão de base para a acusação. É improvável uma rejeição da denúncia ou absolvição do réu quando o próprio juiz deu início à persecução penal.

Importante destacar que essa função de fiscalizar a obrigatoriedade da ação tem nítida característica inquisitiva uma vez que o juiz não deve substituir o acusador nem mesmo ao considerar errôneo o arquivamento de um inquérito. Ao discordar da posição do Ministério Público, o juiz remete os autos para o Procurador-Geral, que deverá decidir por oferecer ou não a denúncia e, em caso positivo, vinculará automaticamente o juiz da causa à acusação, destruindo por completo sua imparcialidade. Como forma de solucionar tal afronta ao Sistema Acusatório, existem algumas posições doutrinárias, porém entende-se como a mais eficaz a transferência da responsabilidade de decidir sobre o arquivamento para o órgão superior do Ministério Público, assim como já vem sendo proposto pelo Congresso Nacional no projeto de lei 4.209 de 2001, ao defender alterações no atual artigo 28 do CPP.

Rebatendo a posição de alguns estudiosos do Direito que defendem a substituição do inquérito policial aplicado no Brasil pelo Juizado de Instrução existente em outros países, têm-se que este fere por completo o Sistema Acusatório ao possibilitar que o juiz instrutor presida a todo momento a investigação.

Não restam dúvidas de que o juiz deve ocupar uma posição preponderantemente passiva na fase instrutória. Por isso, acertado também é o entendimento de que os parágrafos do artigo 10º do CPP, não foram recepcionados pela nova ordem constitucional, primeiro, por prever o envio de minucioso relatório do que tiver sido apurado ao juízo competente, enquanto a exclusividade da ação penal é do Ministério Público e segundo, porque não cabe ao juiz permitir a realização de novas diligências uma vez que o juízo de conveniência e necessidade deve recair também sobre o órgão ministerial.

Conclui-se, por fim que, a argumentação de que na fase preparatória não existe réu ou acusado, mas apenas investigado, não é suficiente para a supressão do contraditório no inquérito policial, que deve ser visto como um instrumento de garantia também do indiciado. Acresça-se ainda que somente o fato de ser uma fase inquisitiva não justifica a afirmação de alguns estudiosos de que o Sistema adotado no Brasil é Misto. O Sistema adotado é

indubitavelmente o Acusatório, e, apesar de já se ter avançado bastante, ainda resta muito a implementá-lo.

3.1.2 Da Ação Penal Privada

Diante da análise histórica do Ordenamento Jurídico brasileiro, vê-se a forte tendência de se garantir aos acusados o direito de ser acusado e julgado por um órgão imparcial, afastando qualquer resquício da fase primitiva de vingança privada. Ocorre que, ainda vigoram em nosso ordenamento jurídico as chamadas Ação Penal Privada e Ação Penal Privada Subsidiária da Pública. Nestas ações, o direito de acusar é transferido exclusiva ou subsidiariamente ao ofendido, ou a quem tenha legitimidade para representá-lo.

Enquanto as Ações Penais Públicas propriamente ditas seguem o princípio da obrigatoriedade da ação, as privadas e as subsidiárias das públicas obedecem ao princípio da oportunidade, onde é facultado ao particular acusar, mediante uma análise de oportunidade e conveniência. Toda Ação Penal é Pública, uma vez que o Estado é o único titular do direito de punir, porém, quando se transfere a iniciativa do direito de agir ao particular, torna-se inevitável a reprovável finalidade de vingança privada.

Modernamente, fala-se muito no princípio do promotor natural, que já está previsto constitucionalmente como uma garantia individual e que tem como finalidade preservar o direito do acusado a um julgamento justo e imparcial. De forma contraposta, têm-se admitido ainda a acusação penal privada até mesmo nos crimes de ação penal pública, e o que é pior, existindo defensores do cabimento dessa ação subsidiária contra a *opinio delicti* do Ministério Público e a decisão de arquivamento do Poder Judiciário. Hoje, existe também proposta de emenda constitucional que cria a ação penal popular subsidiária.

Propostas como a que amplia o cabimento da ação penal subsidiária também para as hipóteses de arquivamento do inquérito policial ou peças de informação, e a que cria a ação penal popular subsidiária não são compatíveis com as regras e os ideais do Sistema Acusatório, sistema este que já se mostra censurável às ideologias individualistas da fase de vingança privada.

Como forma de tentar evitar a vingança privada é que se consagrou o princípio da indivisibilidade, onde a queixa contra um dos autores do crime obriga o processo criminal a

todos os demais autores, co-autores e partícipes, e também o princípio da intranscendência, que limita a ação penal à pessoa ou às pessoas infratoras da lei penal, não atingindo seus familiares, amigos, etc. Porém, estes princípios, apesar de diminuir o caráter vingativo das ações penais privadas, não o excluem por completo, vez que o ofendido continua com o poder de decidir sobre a imposição ou não do processo e conseqüentemente de uma possível sanção penal.

Afrânio Silva Jardim afirma que “O Ministério Público modernamente não mais é visto como um adversário do réu, participante de um duelo passional entre dois argutos e hábeis contentores, numa visão privatística do processo penal” (JARDIM, 2003, p. 313).

Portanto, ao garantir total exclusividade da acusação ao Ministério Público e ao vedar acusação por órgão sem atribuição prevista em lei e portanto, sem a necessária imparcialidade e independência, estar-se-á garantindo ao réu que seja acusado apenas por ter infringido a lei e nunca por ser repudiado pela vítima ou por qualquer outro motivo que não vise única e exclusivamente a realização da justiça.

No momento em que o Processo Penal Brasileiro se encontra em evolução e caminha para uma publicização do sistema, deve-se questionar a titularidade exclusiva da vítima para propor determinadas ações penais, uma vez que o Estado passa a abrir mão de tutelar bens jurídicos importantes diante da vontade da vítima, o que as vezes não atende os anseios da coletividade. De acordo com Pacelli, “se houvesse um delito que interessasse mais o particular do que à coletividade, talvez não houvesse razão para a criminalização da conduta (PACELLI, 2004, p.121).

O Direito Penal, não prevê, pelo menos em tese, qualquer resposta estatal que se dirija a recomposição dos danos da vítima, ou seja, não tem a finalidade de devolver a integridade física ou a vida de alguém por exemplo, tendo apenas um fim repressivo e preventivo. O fato de a publicidade do crime poder expor a vítima a ponto dela não querer a instauração do processo pode ser resolvido de outras formas, como por exemplo, não se exigindo da vítima que compareça em audiências ou se submeta a exames constrangedores. O Estado deve, em todos os casos, tomar a frente da ação penal em busca de uma persecução penal eficaz.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a ação penal privada deve ser extinta e os crimes nesta previstos poderiam ser protegidos pela ação penal pública condicionada à representação. Este é o entendimento de Afrânio Silva Jardim, quando informa: “Somos que o instituto da representação já atenderia aos ponderáveis interesses que se procura tutelar através da ação privada”. (JARDIM, 2003, p. 85)”.

3.1.3 Da Instrução Processual

Não só na fase investigatória mas também na instrutória estão previstas algumas normas contrárias ao Sistema Acusatório, sendo que umas pacificamente já se encontram revogadas pelo texto constitucional enquanto outras, infelizmente ainda são aplicadas e aceitas pelos juizes. Com freqüência se percebe a prática de atos típicos da parte acusatória pela autoridade judicial.

Primeiramente, vale destacar a desconformidade entre o artigo 26 do Código de Processo Penal e o Sistema adotado no Brasil. Este artigo prevê o início da ação penal mediante portaria expedida pela autoridade judiciária. A problemática estava em se admitir que o julgador da causa fosse o próprio autor da ação penal. Porém, por ser um dispositivo que sempre se mostrou atentatório ao devido processo legal, a doutrina e a jurisprudência dominante há muito já se posiciona pela revogação deste pela Constituição Federal.

Antes de se adentrar especificamente na fase probatória, importante se faz uma discussão, que, apesar de se fazer valer em regras de competência, poderá influenciar em muito o livre convencimento motivado do juiz. Trata-se do chamado juiz preventivo, previsto nos arts. 75 e 83 do Código de Processo Penal. Não se pode permitir ao juiz uma atividade persecutória como forma de preservar a sua imparcialidade e, portanto, muito menos admissível se mostra a possibilidade de fixar a competência jurisdicional pelo critério da prevenção. O juiz, ao determinar de ofício produção antecipada de provas, à luz do Código de Processo Penal, tornar-se-á preventivo. Ao se preocupar com a regra de que toda pessoa tem o direito de ser julgada por um juiz competente e imparcial, a prevenção se mostraria muito mais garantidora se fosse uma causa de exclusão da competência e nunca de fixação da mesma. Aury Lopes Jr. informa que:

Partindo das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a maior parte dos países europeus passou a considerar a prevenção como geradora de uma presunção absoluta de parcialidade. Isto é, o juiz prevenido ou preventivo tem sua imparcialidade comprometida e não pode participar do julgamento. (LOPES JR., 2001, pág. 153).

O Código de Processo Penal, em seu artigo 156, impõe o ônus da prova ao acusador, mas, de uma maneira infeliz, permite ao juiz que determine diligências para dirimir dúvidas. Diante da ótica do Sistema Acusatório, o juiz foi afastado da instrução processual e cabe exclusivamente ao Ministério Público provar a acusação feita nas ações penais públicas. Se,

porventura, o Ministério Público não lograr êxito na sua missão de convencer o julgador da verdade dos fatos por ele imputados, o resultado do processo não pode ser outro que não a absolvição do réu. Trata-se da aplicação do princípio do “*in dubio pro reo*”.

No mesmo sentido, o artigo 209 do CPP mais uma vez fere a tripartição dos poderes imposta pelo Sistema Acusatório onde, cabe ao Ministério Público acusar, ao advogado defender e ao juiz apenas julgar, em conformidade com as provas produzidas pelas partes. Importante destacar que o juiz é um sujeito processual e não parte na relação jurídica, motivo pelo qual não se deve permitir que este arrole e ouça testemunhas além das indicadas pelas partes.

O procedimento probatório é dividido em quatro fases, sendo elas: a proposição, a admissão, a produção e por fim, a valoração das provas. Ao se permitir que a produção das provas seja de competência tanto das partes quanto do juiz, fica claro a indesejável participação direta do julgador em todas as fases probatórias. Ao discursar sobre estas fases, Hugo Góes questiona a constitucionalidade dessas normas permissoras da atividade instrutória do juiz.

Não é estranho que o juiz possa produzir provas na fase de proposição e que na fase de admissão ele próprio venha fazer um juízo de valor desta prova produzida por si mesmo? Quem o fiscaliza de eventuais arbitrariedades acerca da admissibilidade desta prova que o próprio juiz produziu e depois admitiu? É com profundo pesar dizer que, na realidade, não há uma fiscalização externa direta a respeito do fato. (GOES, 2005)

Geraldo Prado também discorre sobre a necessidade de se manter o juiz equidistante das partes, retirando deste qualquer atividade probatória.

Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nessas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastamento o juiz de sua desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão. (PRADO, 2006, p. 137).

Como já foi exposto nesse trabalho, o argumento de que a ampla liberdade para produzir provas se dá devido ao objetivo do Processo Penal de obter a “verdade real”, não pode ser aceito uma vez que tal objetivo é absolutamente inalcançável. Melhor é o entendimento de que para que a sentença seja justa e vislumbre cada vez mais os fatos como

eles aconteceram, é imprescindível que seja preservada a figura do juiz, a fim de que ele profira uma decisão verdadeiramente imparcial.

Por outro lado, se mostra justa a possibilidade de uma intervenção moderada do juiz no processo, como forma de prestar assistência ao acusado, ordenando produção de provas que possam beneficiá-lo e evitar um possível dano irreparável. É nesse sentido que se deve buscar o objetivo do Processo Penal, de servir de instrumento para a aplicação do Direito Penal, se mostrando acima de tudo, garantista. Esta possibilidade guarda respaldo nos princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e principalmente da paridade de armas onde se deve tratar desigualmente os desiguais como forma de atingir o equilíbrio no processo.

Seguindo a ordem do Código de Processo Penal, o artigo 241 também se mostra contrário às exigências do Sistema Acusatório, ao dispor que: "Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser procedida da expedição de mandado". Este dispositivo deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal, pois, caso contrário, estar-se-á permitindo que o juiz realize pessoalmente, busca domiciliar, e também que o delegado realize a busca independentemente de haver expedição prévia de mandado.

Vê-se claramente os resquícios do Sistema Inquisitivo, onde o juiz detinha o poder de investigação e realizava diligências de ofício. No Sistema Acusatório, o juiz não deve produzir provas durante a investigação criminal não só por se esperar dele o afastamento da fase preparatória, mas também pelo fato de o princípio da presunção de inocência requerer durante todo o processo, uma postura preservada do juiz, mantendo-se assim a verdadeira imparcialidade. Quanto ao delegado, este, além de não ter legitimidade para expedir mandado, quando for realizar busca e apreensão pessoalmente deverá estar devidamente munido de ordem judicial.

Mais adiante, o Código de Processo Penal prevê as figuras da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*. Em relação à primeira, nada há de contrário ao Sistema Acusatório visto se tratar de um mero equívoco do órgão acusador no momento de classificar a infração penal e que deve ser corrigido pelo juiz, dando é claro, conhecimento às partes do equívoco e de sua conseqüente emenda.

O problema está visivelmente na segunda figura, prevista no art. 384 *caput* do CPP. Na *mutatio libelli*, diante do surgimento de um fato novo capaz de modificar a tipificação legal anteriormente imposta, ao juiz, caso perceba que a mudança preservará ou atenuará a pena, é permitido modificar a causa de pedir. Ocorre que, no Sistema Acusatório, a acusação e

portanto, a mudança na acusação é de exclusividade do autor, portanto, do Ministério Público. Porém, diante do fato de ser a mudança seguida de um procedimento contraditório, o efeito negativo mostra-se mitigado. Já o parágrafo único do mesmo dispositivo legal, de forma acertada prevê a mudança na acusação com aditamento pelo Ministério Público, por se tratar de uma mudança que ocasiona aumento da pena em abstrato. Defende-se a utilização do aditamento para todos os casos, independentemente de se tratar de pena menor, igual ou maior, sob pena de se afrontar os princípios da correlação entre acusação e sentença, da ampla defesa, do contraditório e principalmente o Sistema Acusatório.

Afronta maior é encontrada no art. 385 do CPP, que permite ao juiz proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes de ofício. Não restam dúvidas a respeito da titularidade da ação penal, que é exclusiva do Ministério Público. Dessa forma, a pretensão acusatória não pode ser exercida pelo juiz caso deixe de existir para seu único e exclusivo titular, ficando claro que tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição da República.

No procedimento do júri, a fase da pronuncia merece uma melhor atenção no que se refere à possibilidade de o juiz declarar o crime em que o réu está incurso, fazendo com que este assumam a acusação e comprometam a tripartição dos poderes, a imparcialidade do juiz e as garantias fundamentais do acusado. É função do Ministério Público oferecer o libelo crime acusatório, e neste momento, dar a capitulação penal que entender cabível diante das provas apresentadas. O §1º do art. 408 do CPP impõe dessa forma que o Ministério Público sustente em plenário, uma acusação que não é sua, e sim do poder judiciário, motivo pelo qual não mereceu recepção pela Constituição Federal de 1988.

Importante se faz a percepção também da violação contida no art. 408, §4º, que, novamente caracteriza uma verdadeira ação penal *ex officio* pelo juiz, ao dispor que: “o juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo”.

Geraldo Prado, sobre o assunto afirma que:

A dispensa do aditamento à denúncia corresponde a uma verdadeira autorização deferida ao juiz, para que este modifique a acusação, independentemente da vontade do acusador, ainda que importe na aplicação, no futuro, de pena mais grave. Só precioso critério de matriz inquisitória, disfarçado em economia processual e obrigatoriedade da ação penal (de ofício), para explicar a medida. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal não lhe declarou, que seja do nosso conhecimento, a inconstitucionalidade, embora setores significativos da doutrina concordem que a real aplicação da disposição está condicionada à manifestação do acusador (PRADO, 2006, p.185).

Também se mostram distantes do Sistema Acusatório, as previsões que não garantem de forma efetiva o Princípio do Contraditório, como é o caso do art. 501 do CPP, que impõe a intimação pessoal para o Ministério Público, enquanto para as partes, o prazo corre em cartório. A paridade de armas e o tratamento igualitário deve ser garantido às partes durante todo o processo como forma de se manter o equilíbrio na relação jurídico-processual. Dessa forma, a interpretação desse artigo deve-se dar conforme a Constituição, garantindo-se a ambas as partes a intimação pessoal para fins dos arts. 499 e 500 do CPP.

Para finalizar a análise dos principais dispositivos contrários ao Sistema Acusatório, importante mencionar uma condição de eficácia de sentença que é imposta pelo Código de Processo Penal nos arts. 574 e 746. Trata-se do Duplo Grau Obrigatório ou Recurso de Ofício. Em contraposição à regra da voluntariedade dos recursos, existem casos onde o próprio juiz que profere a decisão, deve submetê-la à instância superior para um reexame necessário. Exatamente pelo fato de recurso pressupor prejuízo para o recorrente e voluntariedade de impugnação é que tecnicamente esse instituto melhor se perfaz como condição de eficácia da sentença e não como recurso, como o têm chamado grande parte da doutrina.

A exigência acima mencionada se dá para os casos de absolvição sumária no rito do júri, para decisões que concedem hábeas corpus e para aquelas que concedem reabilitação. Diante disso, percebe-se que a garantia dos direitos fundamentais que tanto se mostrou necessária no decorrer deste trabalho não se mostra assegurada por este instituto, uma vez que a suspeição incidente se dá apenas sobre as sentenças favoráveis ao acusado. Por ferir claramente o princípio da presunção de inocência do acusado e o postulado da inércia da jurisdição, pugna-se pela extinção desse ultrapassado instituto do ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.4 Do Procedimento Sumário

A Lei 9.099/95 foi criada com o intuito de conciliar, julgar e executar as sanções previstas para os crimes de menor potencial ofensivo. Para isso, adota-se um procedimento oral e sumaríssimo. Entre outros institutos, está previsto nesta lei, a transação penal, que objetiva principalmente a reparação dos danos sofridos pela vítima e a não aplicação de pena privativa de liberdade. Para atingir os objetivos, o Ministério Público propõe aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa. Porém, antes de oferecer a denúncia, o

Ministério Público tem a liberdade para propor um acordo caso estejam presentes todos os requisitos legais, aplicando-se nestes casos, uma pena consensualmente ajustada.

Vê-se dessa forma um Estado preservador da conciliação como forma de se extinguir o conflito jurídico ocasionado por uma infração penal. Entretanto, embora tenha assento constitucional, este instituto foi regulamentado pela lei 9.099 e merece uma análise mais cautelosa sobre a conformidade do mesmo com o princípio do devido processo legal, mais especificamente na regra de que ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, assegurando-se sempre um processo garantidor do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência.

Ao lhe ser proposta a transação penal, caberá ao acusado aceitar ou não, optando dessa forma entre ter antecipadamente seus direitos suprimidos ou esperar pelas imprevisíveis conseqüências de um processo. Na fase preliminar onde é proposta a transação, não existe ainda nenhuma investigação realizada e muito menos nenhum suporte probatório dos fatos narrados pelo autor e, ainda assim, permite-se a aplicação de uma pena não privativa de liberdade em contraposição à renúncia do autor ao direito de ampla defesa e ao contraditório.

Na busca de se evitar um processo, o legislador vai de encontro também com o Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal, uma vez que diante da aceitação do acusado à proposta de transação penal, o Ministério Público desiste da Ação. Portanto, esse acordo entre o Ministério Público e o acusado, caracterizado em uma troca de concessões não está em conformidade com o Sistema Acusatório. Da mesma forma que não se admite a imposição de pena sem o devido processo legal, ao acusado também não deve ser dada a opção de dispensar a garantia que lhe é assegurada pela Constituição Federal.

Diante de todas as discussões sobre a constitucionalidade do instituto da transação penal e de sua conformidade com o Sistema Acusatório, pode-se afirmar que o ideal seria a implementação e utilização da transação penal, porém, não nos moldes que hoje se tem aplicado e sim em conformidade com as garantias individuais constitucionalmente previstas.

A nosso sentir, somente há uma forma de se aplicar a transação penal sem produzir agressão ao devido processo legal. Tendo-se em conta a garantia da ampla defesa e do contraditório e a previsão constitucional da transação penal, a mais viável maneira de garantir eficácia às duas disposições constitucionais é o uso da técnica de interpretação conforme à Constituição da República. A transação penal, dessa forma, somente seria constitucional se, e somente se, fosse aplicada ao final do procedimento estipulado pela lei n. 9.099/95. Com a proposta de transação penal sendo feita ao final do procedimento previsto na lei n. 9.099/95, estar-se-ia garantindo o contraditório e a ampla defesa ao autor do fato. Nesse caso, após as alegações finais orais, o autor do fato poderia analisar o conjunto probatório produzido e, aí sim, verdadeiramente optar pela aceitação da proposta de transação penal, obtendo alguns efetivos benefícios (que acima chamamos de fogos de artifício). (AMORIM, 2007)

O entendimento acima transcrito traz a lúmen a necessidade de se garantir efetivamente vantagens ao acusado através da transação penal, o que na maioria das vezes não é vislumbrada pelo fato de não haver um lastro probatório mínimo em que se possa basear o Ministério Público. É constante os casos onde o acusado aceita a proposta simplesmente por receio de sofrer uma conseqüência ainda mais dolorosa ao enfrentar um processo, abrindo mão de provar sua própria inocência.

Importante ressaltar também que as disposições contidas nos artigos 26 e 531 do Código de Processo Penal encontram-se revogadas de forma implícita pela nova ordem constitucional, o que retira o poder de iniciativa processual do juiz.

3.2 Legislação Processual Posterior à Constituição

Neste subcapítulo tentar-se-á analisar de forma sucinta duas leis que afrontam o Sistema Acusatório, permitindo dessa forma uma percepção de suas inconstitucionalidades, principalmente no que tange à tão esperada imparcialidade do juiz.

Primeiramente, importante citar a recente lei de controle do crime organizado – Lei 9.034, de 1995 – mais especificamente o seu artigo 3º, que assim dispõe:

Art. 3º - Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos de sigilo.

§ 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão “ad hoc”.

Como já foi visto, o princípio da imparcialidade do juiz pugna por um distanciamento do julgador em relação às partes, pois, do ponto de vista psicológico, por mais sereno que seja o magistrado, sua participação na fase de persecução penal implicará em certo grau de comprometimento com os fatos apurados, afastando-o do ponto de equilíbrio necessário ao bom e justo julgamento do caso concreto.

Na ilusão de se alcançar a verdade real é que esta lei insere o juiz na função de colher elementos necessários ao esclarecimento da causa. Essa característica é típica do Sistema Inquisitivo, se mostrando incompatível com o Estado Democrático de Direito em que vivemos. O juiz tem o dever de permanecer inerte até que sua jurisdição seja provocada.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado pelo Pleno já se manifestou declarando a inconstitucionalidade do art. 3º da referida lei (ADI 1570/UF, 2004).

É inquestionável a necessidade de repressão ao crime organizado, através de medidas sérias e eficazes, porém, tal fato não justifica a quebra da imparcialidade do julgador, permitindo-o participar das atividades pertinentes à persecução preparatória da ação penal.

No mesmo sentido, contrariando a regra da imparcialidade do juiz, a lei nº 9.296, denominada Lei de Interceptação Telefônica, que regulamenta o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Essa lei, também em seu artigo 3º, estabelece:

Art. 3º - A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Mais uma vez, o legislador, na expectativa de uma verdade absoluta, permite a participação direta do juiz na fase do inquérito policial, realizando diligências e colhendo provas, em total afronta ao Sistema Acusatório. A participação do juiz no sentido de determinar a interceptação telefônica, somente pode ser aceita durante a ação penal e nunca enquanto estiver em jogo, meras investigações policiais. Se não há ação penal proposta, qualquer ato do juiz importa em emissão de juízos de mérito antecipados.

Luiz Flávio Gomes, ao discursar sobre a lei 9.034/95, afirmou que:

O que o legislador responsável pela Lei nº 9.034/95 quis foi, da noite para o dia, implantar (no nosso país) o sistema inquisitório de triste memória, isto é, nos albores do século XXI, seu desejo é o de que a praxe judicial seja a da Idade Média. Esse retrocesso constitui mais uma prova de que o poder político acha-se, às vezes, desenganadamente perdido frente ao fenômeno da criminalidade, principalmente a organizada. Não sabe o que fazer e acaba por estabelecer em lei o que está no âmago mais recôndito da nossa herança primitivista-atávica (poderes inquisitivos). Em pleno Estado Constitucional e Democrático de Direito, tentar restabelecer uma praxe medieval denota o primitivismo com o qual, em algum momento, se lida com esse grave problema social e comunitário que se chama "crime". (GOMES *apud* RANGEL, 2006, p. 55).

Diante de todo o exposto, torna-se clara a inconstitucionalidade dos dispositivos tratados nas leis nº 9.034/95 e 9.296/96, por ferirem o princípio acusatório e, conseqüentemente, a invalidade dos mesmos deve ser objeto de declaração pelos juízes e tribunais, mediante recusa de aplicação da lei incompatível com a Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o sistema acusatório no Brasil advém da Constituição Federal de 1988, passando a exigí-lo como sistema processual a ser aplicado. Porém, de forma explicitamente inconstitucional a legislação brasileira ainda adota elementos do sistema inquisitivo.

É certo que tais elementos têm sido gradativamente eliminados, mostrando uma transição entre um sistema misto e um sistema acusatório puro, pois na prática, ainda há aplicação no processo penal resquícios inquisitoriais.

Enfim, o que se deve e respeitar os princípios atinentes ao sistema acusatório, para assim se instalar por completo um sistema processual penal moderno.

REFERÊNCIAS

- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CAPEZ, Fernando; **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade processual das leis processuais penais**. 3º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, **As Nulidades no Processo Penal**, 8º Ed. São Paulo, RT, 2004.
- CARVALHO, Salo de, **Praticas Inquisitivas na Execução Penal**, Rio de Janeiro, Lumem Júris, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, São Paulo, RT, 2002.
- QUEIROZ, Paulo de Souza, **Função de Direito Penal**, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**, Rio de Janeiro. Renovar, 2001.
- MORAES, Alexandre, **Direito Constitucional**, 12 Ed., São Paulo, Atlas, 2002.
- ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Curso de Processo Penal: Verdade real possível no Processo Penal**, 13 ed., São Paulo, Saraiva, 2006 .