

**UNIVERSIDADE SALGADO DE OLIVEIRA – UNIVERSO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEANDRO PROENÇA MENICONI

**O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO EM
OPOSIÇÃO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS**

Belo Horizonte

2018

LEANDRO PROENÇA MENICONI
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5646165096380816>

**O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO EM
OPOSIÇÃO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS**

Artigo apresentado à Universidade Salgado De
Oliveira - UNIVERSO como requisito parcial
para obtenção do Diploma de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. ALFREDO EMANUEL
FARIAS DE OLIVEIRA.

Belo Horizonte
2018

LEANDRO PROENÇA MENICONI

**O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO EM
OPOSIÇÃO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS**

Artigo apresentado à coordenação do Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Salgado de Oliveira - UNIVERSO
Belo Horizonte, 2018.

Banca Examinadora:

Examinador (a)

Examinador (a)

Orientador

**Belo Horizonte
2018**

“O Senhor firma os passos de um homem, quando a conduta deste o agrada; ainda que tropece, não cairá, pois o Senhor o toma pela mão.”

Salmos 37:23-24

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA	3
2.1 Justificativa	3
2.2 Metodologia	4
3 NATUREZA JURIDICA DO PROCESSO PENAL	5
3.1 Relação Jurídica	5
3.2 Situação Jurídica	6
3.3 Procedimento em Contraditório	7
4 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS	9
4.1 Processo Penal Inquisitório	10
4.2 Processo Penal Acusatório	11
4.3 Processo Penal Misto	13
5 A IMPORTÂNCIA DA GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL MODERNO	15
5.1 Imparcialidade Objetiva	16
5.1 Imparcialidade Subjetiva	17
6 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E O FENOMENO DA NÃO RECEPÇÃO	19
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	22

1 INTRODUÇÃO

O homem é um ser coletivo que almeja e necessita viver em sociedade. Para tanto, buscou-se ao longo da história a criação de uma organização política e geográfica para a manutenção desta vida em sociedade. Nesse contexto e com fulcro em organizar e proteger os interesses individuais, apesar da instintiva necessidade humana de se agrupar, se desenvolveram noções gerais de comportamentos e regras para evitar a invasão do direito individual de um sobre o outro. Pela dinâmica social, o litígio passou a ser observado e, conseqüentemente, formas de composição destes conflitos. Nas sociedades mais primitivas, observava-se o que a doutrina chama de autodefesa, onde o próprio indivíduo lesado buscava por seus próprios meios, negociar ou mesmo punir o indivíduo que lhe causou o dano.

Obviamente com a evolução social, a reflexão tornou patente a hipossuficiência gerada por tal meio de solução de litígios. A autodefesa não proporcionava formas justas de se estabelecer os critérios, na medida em que o mais forte sempre administrava a vantagem, fazendo com que os demais se subjugassem aos seus interesses. Era necessário colocar a avaliação do litígio e sua solução a um terceiro, estranho à relação e forte o suficiente para impor a composição aos envolvidos, e seu cumprimento. Pensadores como Montesquieu, passaram a observar a importância de se separar as funções de julgar, criar leis e executá-las, dentro do mesmo poder político estatal, tudo para alcançar uma sociedade equilibrada e evitar, por óbvio, tiranias.

A composição de litígios moderna calca-se na administração por parte do Estado. No campo penal é apenas a Justiça competente para a aplicação da pena ao infrator da norma penal. Ainda neste contexto, mesmo sob o domínio da administração estatal da Justiça houve a necessidade de observar exigências formais para que o Estado pudesse impor ao administrado uma pena. O processo penal encontra-se neste contexto e exerce modernamente uma função primordial na vida em sociedade, seja traçando diretrizes para a formação da culpa do réu, seja para este último como mecanismo de observação das garantias processuais de ampla defesa e contraditório.

Em se tratando do sistema processual penal no Brasil, parece unânime o posicionamento de que a ordem constitucional é, de fato, acusatória, mormente quando se têm presentes os princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural etc. Todavia, quero antecipar que nenhum ordenamento jurídico no mundo consegue um sistema puro, pois é humanamente impossível, porque nenhum operador do direito opera justiça somente com fulcro na Constituição federal, pois há muitos procedimentos que não se encontram na Carta

Magna, mas no código de processo penal brasileiro, que pode até ser ultrapassado, mas é o que está em vigor, pois é ele que os juízes usam para instruir e conduzir uma ação penal. Se observarmos os procedimentos persecutórios em busca da solução de um crime, estes se iniciam na delegacia de polícia, conduzido por uma autoridade policial. Em definição geral, este procedimento pré-processual é inquisitório, haja vista não ter participação obrigatória do advogado, bem como a mitigação ou minimalização dos demais princípios norteadores do processo, qual sejam a ampla defesa, contraditório, publicidade. Esta característica, que vários doutrinadores pontuam de fase pré-processual, já levanta sérias divergências no que concerne a conceituação do processo penal brasileiro.

2 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Sobrepujando o tema que abordaremos no desenvolvimento do presente trabalho científico, alguns doutrinadores, em virtude do inquérito policial e de suas características, tenderam a conceituar o processo penal brasileiro como misto. Neste sistema processual existem duas fases a pré-processual e processual (para parte da doutrina) ou até mesmo três etapas, onde o Estado atua ora como agente inquisidor e neste caso buscará diligenciar para angariar provas de indícios e materialidade da conduta praticada pelo autor, com o objetivo de levá-lo à segunda fase processual e esta última sim, conduzida sob o contraditório, ampla-defesa, imparcialidade objetiva e subjetiva do julgador, com todas as garantias oriundas do chamado processo penal acusatório.

Entretanto, neste procedimento inquisitivo, começa-se a produzir indícios, que serão utilizados no processo condenatório, como, por exemplo, os laudos periciais, exame necroscópico de um cadáver efetuado em fase policial, que normalmente não é feito em juízo. Assim sendo, diante do notório conflito entre os princípios processuais constitucionais e os dispositivos vigentes no código de processo penal, é possível afirmar que o modelo processual praticado no Brasil é o mesmo adotado pela nossa Carta Magna?

2.1 Justificativa

O objetivo crucial do processo penal, não é mais o “medieval”, pois, não se busca punir a qualquer custo o suposto autor de uma infração. O processo penal tem por obrigação definir garantias para que o administrado tenha toda a possibilidade de demonstrar sua inocência. É uma ferramenta de garantia constitucional para o réu, blindando-o de julgadores “amantéticos” por condenações.

O processo é um meio pelo qual o Estado (Estado-Juiz) deve garantir a igualdade de armas, o contraditório e a ampla-defesa. É o mecanismo pelo qual o administrado se vê protegido contra ingerências, “clamor social” e “vingança privada”. Para tanto, os estudiosos que advogam o processo penal brasileiro, como sendo acusatório, sustentam que os dispositivos de caráter inquisitorial, previstos no código de processo penal de 1941, não foram recepcionados pela Constituição federal.

A principal importância das análises ora propostas refere-se ao sistema democrático de direito e ao seu rol extenso de direitos e garantias fundamentais, outorgadas pela Constituição, concebidos para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores que assolam a sociedade, de modo a conservar o Estado de Direito.

Os Princípios fundamentam as diretrizes do Estado, neste sentido, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica de lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2004, p. 451).

Assim sendo, além do Estado se restringir aos princípios da legalidade, devido processo legal, juiz natural, publicidade, obrigatoriedade, presunção da inocência e *in dubio pro reo*, ainda se viu obrigado a cumprir a ampla defesa, contraditório e por fim a busca da verdade real.

Todos estes argumentos serão confrontados ao longo do presente trabalho científico.

2.2 Metodologia

Trata-se de pesquisa qualitativa que será abordada utilizando-se do método hipotético-dedutivo. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa podem ser classificados como: bibliográfica e documental. A pesquisa desenvolver-se-á de forma a orientar, primeiramente, a cuidadosa identificação e seleção das fontes bibliográficas e documentais que serão utilizadas, tais como: estudos jurídicos existentes; legislação nacional pertinente; jurisprudência relevante; O material será obtido por meio de livros doutrinários, acórdãos de tribunais superiores, textos publicados na internet.

Os dados serão analisados da seguinte forma: primeiro os dados históricos relativos ao nosso objeto de estudo, os problemas propostos serão apresentados, sistematicamente; num segundo momento serão apresentados os dados encontrados até a presente data. De posse desses dados, será feita uma análise crítica acerca do tema abordado, a fim de tirar algumas conclusões que possam elucidar a respeito do espírito processual idealizado pela nossa Constituição.

3 NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL

Ao passo que o Estado tomou para si a resolução dos conflitos penais, o processo passou a ganhar relevância no campo da doutrina. Passou-se a entender da necessidade do processo como ciência autônoma e, para tanto, com natureza jurídica própria. O dogma processual é pressuposto para a aplicação de qualquer pena por parte do ente público e está simbioticamente ligado ao delito e ao Direito Penal. Vários estudiosos passaram a discorrer acerca da natureza jurídica deste instituto e de sua importância na administração da Justiça, conforme lição de Aury Lopes Júnior:

Questão muito relevante é compreender a natureza jurídica do processo penal, o que ele representa e constitui. Trata-se de abordar a determinação dos vínculos que unem os sujeitos (juiz, acusador e réu), bem como a natureza jurídica de tais vínculos e da estrutura como um todo. (JUNIOR, 2018, p. 35).

Ainda, Eugênio Pacceli afirma que:

Os pontos centrais das diversas teorias construídas sobre os apontados institutos processuais localizam-se, como não poderia deixar de ser, na identificação da natureza jurídica de cada um: se *direito*, se *poder*, a ser exercido *quando*, sob quais condições, e, mais, de *quem* e em face de *quem*. (PACELLI, 2017, p. 66).

Três teorias clássicas para tentar elucidar a fenomenologia processual foram criadas ao longo do tempo, quais sejam: processo como relação jurídica de Bulow, Processo como situação jurídica de James Goldschmidt e Processo como procedimento em contraditório de Elio Fazzalari. Passaremos a discorrer sobre cada uma delas.

3.1 Relação Jurídica

A obra de Bulow e sua teoria do processo como relação jurídica erigiu o processo como ciência autônoma, de caráter público. Promoveu definitivamente o rompimento do processo com o direito material. Passou-se a entender o processo como uma relação jurídica complexa, que estabelece um liame público entre Juiz, sujeito ativo e sujeito passivo, estabelecendo no campo formal obrigações para todos os envolvidos, de forma correspondida.

Segundo Eugênio Pacceli:

Desde logo, uma distinção necessária: pressuposto de existência do *processo* não é o mesmo que pressuposto de existência da *relação processual*. Esta, independentemente da teoria que se adote em relação ao tema – se angular, na qual se nega a relação jurídica processual entre autor e réu, ou se triangular, quando presente –, exige sempre o concurso ou a participação de autor e acusado, reunidos sob a jurisdição do magistrado. (PACELLI, 2017, p. 74).

A principal mudança se dá no campo da percepção do acusado como parte integrante da relação jurídica, em paridade de armas com a acusação. O réu deixa de ser um mero expectador ou objeto do processo, para ser sujeito de direitos em relação ao Juiz e a acusação.

Discorre Aury Lopes Junior:

A natureza pública decorre do fato de que existe um vínculo entre as partes e um órgão público da administração da justiça, numa atividade essencialmente pública. Nessa linha, o processo é concebido como uma relação jurídica de direito material. O réu passa a ser visto como um sujeito de direitos e deveres processuais. É uma relação jurídica triangular como explica Wach (seguindo a BULOW), e dada sua natureza complexa se estabelece entre as partes e entre as partes e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações. (JUNIOR, 2018, p. 36).

A teoria de BULOW ainda trouxe uma percepção mais moderna acerca da própria função do processo, deixando de ser apenas um expediente para a imposição da pena. Entretanto, outra corrente criticou a obra de BULOW, sendo a teoria do Processo como situação jurídica de Goldschmidt.

3.2 Situação Jurídica

Sem negar a importância da obra de BULOW e seu marco histórico no estudo do processo como vertente autônoma, foi Goldschmidt quem apresentou severas críticas à teoria do processo como relação jurídica. Para a teoria do processo como situação jurídica, não existem obrigações e direitos processuais recíprocos entre Juiz, acusador e defesa, mas sim oportunidades no vetor processual, que buscam sempre uma sentença favorável a pretensão da parte. Nesse contexto Goldschmidt discorre que, na verdade, não existe relação jurídica, e sim oportunidades processuais para as partes que, caso aproveitadas, podem levar a uma sentença favorável à pretensão de quem atua. Cabe ressaltar que no processo penal a carga probatória é incumbida inteiramente à acusação, na competência do Ministério Público. Para Aury Lopes Junior:

Foi JAMES GOLDSCHMIDT e sua Teoria do Processo como Situação Jurídica, tratada na sua célebre obra *Prozess als Rechtslage*, publicada em Berlim em 1925 e posteriormente difundida em diversos outros trabalhos do autor, quem melhor evidenciou as falhas da construção de BULOW, mas, principalmente, quem formulou a melhor teoria para explicar e justificar a complexa fenomenologia do processo.

Para o autor, o processo é visto como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável. Nega ele a existência de direitos e obrigações processuais e considera que os pressupostos processuais de BULOW são, na verdade, pressupostos de uma sentença de fundo. (JUNIOR, 2018, p. 37).

Como dito, no processo penal a carga probatória cabe inteiramente à acusação e dentro da teoria como situação jurídica, pode-se extrair que caso a defesa não aproveite uma chance probatória, muito embora não seja sua obrigação produzi-la, assume os riscos processuais da perda de uma oportunidade, podendo caminhar assim, para uma sentença desfavorável a sua pretensão, que no caso é o *jus libertatis*. Para Goldschmidt o processo é uma situação que conduz a uma sentença, podendo ser favorável ou não se trata do risco processual¹.

3.3 Procedimento em Contraditório

A teoria do Processo como Procedimento em Contraditório sofreu várias influências da obra de Goldschmidt. Para esta teoria, patrocinada por Fazzalari, a principal característica do processo está na necessidade do contraditório em todos os atos. Suplanta a abordagem formal de procedimento, pautando todos os atos na necessidade de informação das ações da parte contrária e da oportunidade em contraditar. Para Fezzalari, o regular andamento do processo encontra-se na observância da “paridade de armas”, entre as partes, conforme Aury Lopes Junior:

A essência do processo está na simétrica paridade da participação dos interessados, reforçando o papel das partes e do contraditório. Os atos do procedimento miram o provimento final e estão inter-relacionados, de modo que a validade do subsequente depende da validade do antecedente, e da validade de todos eles, depende a sentença. Isso reforça a unidade do processo e exige (re) pensar a teoria das nulidades. Com FAZZALARI o conceito e a amplitude da teoria da “contaminação” adquire outra dimensão, à luz da unidade processual por ele concebida e o atrelamento de todos os atos ao provimento final, havendo uma relação de prejudicialidade na dimensão da validade entre eles. (JUNIOR, 2018, p. 40).

Outra grande contribuição trazida pela teoria do Procedimento em Contraditório encontra-se na função do Juiz no processo. Como existe uma preocupação com o equilíbrio na participação processual, com a “paridade de armas”, evidente que para Fazzalari, o Juiz deve ser um mero expectador do embate processual. É inadmissível, para o regular andamento do processo, que o Juiz atue na busca de provas, ou agindo como parte, sob pena de agir como verdadeiro inquisidor e desequilibrar a balança processual. Cabe exclusivamente a este zelar pelo regular andamento do processo e proporcionar o contraditório por excelência².

¹ A acusação e a defesa podem ser verdadeiras ou não; uma testemunha pode ou não dizer a verdade, assim como a decisão pode ser acertada ou não (justa ou injusta), o que evidencia sobremaneira o risco no processo. (JUNIOR, 2018, p. 39).

² Também existe uma reavaliação da jurisdição na estrutura processual, pois permite superar a concepção tradicional de poder-dever jurisdicional para a dimensão de poder condicionado (ao contraditório), além de situar o juiz como garantidor do contraditório e não de “contraditor”, fazendo uma recusa ao ativismo judicial característico do sistema inquisitório.

A teoria de FAZZALARI deve ser pensada em conjunto com o pensamento de GOLDSCHMIDT, contribuindo decisivamente para a construção de um processo penal democrático e constitucional, que preze pelo contraditório

Atuando como “mediador” das partes que devem demonstrar sua pretensão (no campo processual Civil), ou mesmo regulando a oportunidade de a defesa contraditar a carga probatória do ente acusador (no caso do processo penal), o juiz guarda sua função no que parece ser o modelo súpero da constitucionalidade processual. O Estado, como o detentor do *jus puniendi*, deve assegurar ao indivíduo todos os mecanismos para que ele contradite a prova ou mesmo a produza em seu favor, para que não ocorram cenas de tiranias e arbitrariedades, tendo em vista a hipossuficiência do administrado perante a imposição estatal. O processo é um mecanismo pelo qual a força e coercibilidade estatal são controladas. O tempo do processo para que se dissipem todos os clamores sociais e as garantias que caso não observadas impedem a validade da sentença, tornando-a nula, são características da preocupação em barrar uma punição arbitrária e subtração de direitos individuais. Em suma, sem o processo penal o Estado mostra a sua verdadeira face, qual seja a atuação tirânica e despótica, já demonstrada através da historicidade civilizacional.

Visto as teorias que buscaram explicar a natureza jurídica do processo e suas implicações, passemos a ver os modelos processuais clássicos erigidos pela doutrina.

4 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

e as demais regras do jogo (devido processo). O maior inconveniente é que FAZZALARI é um processualista civil e, como tal, sua obra alinha-se na Teoria Geral do Processo, tão combatida por nós. Daí por que podemos trabalhar com FAZZALARI no Processo Penal, desde que respeitadas as categorias jurídicas próprias do processo penal e feitas as devidas correções com a concepção de GOLDSCHMIDT. (JUNIOR, 2018, p. 40).

O exame da espécie do modelo processual adotado, no que se refere à definição das funções investigatórias e acusatórias, bem como da fixação e da distribuição dos ônus processuais às partes está intimamente relacionada aos métodos de prova³.

Dentre os significados da palavra sistemas está o conjunto de princípios verdadeiros ou falsos reunidos de modo que formem um corpo da doutrina⁴. Nesse aspecto, durante o transcorrer da história, alguns modelos processuais variaram a depender do norte seguido por determinado Estado. Alguns sistemas processuais adotaram a característica de privilegiar a atuação punitiva, enquanto outros se preocupavam com a liberdade do indivíduo e sua hipossuficiência perante o mecanismo estatal. Conforme explanado anteriormente, o sistema processual adotado pode evitar tiranias e arbitrariedades. “A estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição” (JUNIOR, 2018, p. 40). A finalidade do Processo Penal pode ser dividida em duas etapas: imediata, que se confunde com a própria finalidade do Direito penal, qual seja um instrumento a serviço da paz social de forma a realizar a pretensão punitiva derivada de um crime, através da garantia jurisdicional. Em suma, sua finalidade é a de tomar realidade o direito penal, estabelecendo sanções aos possíveis transgressores das suas normas, é pelo processo penal que se aplica a *Sanctio juris*, porquanto toda pena é imposta processualmente. O direito processual penal possui objetivo eminentemente prático atual e jurídico, se limitando à declaração de certeza da verdade, em relação ao fato concreto, e à aplicação de suas consequências jurídicas.

Os três principais tipos de processo, apontados pela esmagadora parte da doutrina, são o inquisitório, acusatório e misto⁵⁻⁶. Cada qual com suas características específicas foram demonstradas através da atuação processual de cada Estado, ao passar dos séculos. Muito embora possam ser enquadrados em sistemas, devido a diferenças histórico-culturais de cada povo, cada sistema dentro de seu próprio modelo havia de ter diferenças intrínsecas, mas não desmedidas ao passo de ser vedado classifica-los, pois as semelhanças dos pontos primordiais permitem a definição clara de cada sistema.

4.1 Processo Penal Inquisitório

3 (PACELLI, 2017, p. 177)

4 Dicionário do Aurélio. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/sistema>>. Acesso em: 23 ago 2018.

5 Levando em conta os princípios que o informam, o Processo Penal pode ser acusatório, inquisitivo e misto. (FILHO, 2017, p.82)

6 Há, basicamente, três sistemas regentes do processo penal: a) *inquisitivo*, b) *acusatório*, c) *misto*. (NUCCI, 2016, p.57)

Esse modelo ganhou a Europa em meados de 1215 e foi introduzido pelo direito canônico. O termo “inquisitório” tem sua origem na idade média, que remonta a santa inquisição instituída pelo papa Gregório IX, no século XIII, estabeleceu a inquisição como justiça e tribunal eclesiástico da idade média, que julgava os delitos contra a fé, em sua forma definitiva e persecutória, com o objetivo de exterminar aqueles considerados hereges.

Conforme ensinamento de Rangel:

Surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações européias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Surgiu com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal no acusatório privado anterior. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares. (RANGEL, 2016, p. 50)

Como não mais se admitia a delegação do *jus puniendi*, pois a consequência de tamanha discricionariedade nas mãos de um particular resultava numa realização da justiça muito dispendiosa, além da possibilidade de acarretar na tão indesejada impunidade do autor do delito.

Então, a solução encontrada foi, a concentração das funções de acusar e julgar nas mãos do Estado-juiz, característica principal do sistema inquisitivo, o que, sem sombra de dúvidas, comprometia a imparcialidade do julgador, que passou a tomar a iniciativa da própria acusação a ser julgada por ele mesmo.

O sistema inquisitório muda radicalmente o modelo de processo até então conhecido, pois aquele duelo leal e franco entre acusador e acusado, com paridade de armas entre partes, se transformou em uma disputa absolutamente desequilibrada na qual o Estado-Juiz, abandonando sua posição de árbitro imparcial e assumindo sua atividade como inquisidor, que atua desde o início do embate também como acusador. E o acusado que perde sua condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação⁷. “O sistema *inquisitivo* é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador” (NUCCI, 2016, p.57).

Como dito o processo inquisitório funda-se na gestão de toda a prova, incluindo defesa e julgamento na figura de um único inquisidor. É conhecido por suprimir a ideia de igualdade e paridade de armas, bem como em erigir a confissão como a prova de maior peso.

Portanto, podemos apontar como características do sistema processual penal inquisitivo: concentração das três funções (acusar, defender e julgar) nas mãos de uma só

7 JUNIOR, 2012, p. 122

pessoa; início da acusação pelo juiz *ex officio*; processo sigiloso e sempre escrito; a ausência do contraditório e da ampla defesa, considerando que o acusado é um mero objeto do processo, e não sujeito de direitos, suprimindo-lhe qualquer garantia; e o sistema da prova tarifada, sendo a confissão a rainha das provas.

Os estudiosos que situam o processo brasileiro entre o inquisitório calcam-se nos diversos dispositivos legais previstos no código de processo penal que permitem ao juiz, que avaliará o mérito, participar da gestão da prova. Em virtude do princípio processual da busca da verdade real, o magistrado que deveria caber a função de examinar a prova trazida à baila pela acusação e contraditada pela defesa, em participante direito em sua produção e em certos momentos age sem que sequer exista processo instaurado. É o caso da produção antecipada de provas (art. 366, do Código de Processo Penal), em que ele pode determinar inclusive de ofício a prisão preventiva do réu em potencial⁸.

A doutrina que entende o processo penal brasileiro como sendo inquisitório encontra fundamentos contundentes na lei em vigor. A lei publicada no ano de 1941 preocupa-se com a “verdade real”. O processo é o meio pelo qual o Estado busca reconstruir o fato pretérito, tipificado como crime, a identificação de seus autores e sua consequente punição. Esse objetivo justifica a atuação do Juiz como gestor da prova, haja vista caber a ele, não apenas a igualdade de tratamento, a paridade de armas e o contraditório, mas a busca da verdade dos fatos, inclusive podendo produzir provas ou mesmo tutelar as causas da decretação de prisão preventiva, ainda que o ministério público, a autoridade policial ou a defesa, tenham os papéis definidos para atuar neste fim. O juiz interfere diretamente como ente interessado, podendo inclusive desequilibrar a balança de tratamento, quando atua em vista da inércia de qualquer das partes, em benefício ou prejuízo do réu.

4.2 Processo Penal Acusatório

Diversamente ao sistema inquisitório é o sistema processual penal acusatório, que foi originalmente evidenciado na Grécia antiga e surgiu como uma conquista aos cidadãos gregos em face do autoritarismo que sofriam. Ademais, este modelo processual também se deu em Roma, no segundo período evolutivo do processo penal romano, no final do período republicano, com a expansão do império, se fez necessária a criação de mecanismos mais eficientes de investigação de determinados crimes⁹. Um aumento expressivo de ações e a

8 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941.

9 (KALHED JR, 2013, p.24)

dificuldade em processá-las nas assembleias forçaram a necessidade de delegação das funções jurisdicionais para tribunais e juízes em comissão, que eram compostos por cidadãos representantes do povo romano “*iudices iurati*” e presidido pelo pretor “*quaesitor*”.

Estes “tribunais” eram chamados de *quaestiones*, que substituíram as assembleias populares no julgamento dos casos penais, o que evitava influências políticas em suas decisões, e dava à jurisdição caráter mais técnico e autônomo.

Foi no direito inglês que o sistema acusatório ganhou seus contornos clássicos com o rei Henrique II, que instituiu em 1.166 o chamado Trial by jury, método pelo qual o julgamento popular dividia-se em duas fases: a da admissão da acusação e a da aplicação do direito material ao caso.¹⁰ Portanto, o representante do rei, que presidia o julgamento na figura do juiz, não intervinha na lide, salvo para manter a ordem, com isso, garantia-se a lisura do julgamento no qual havia um verdadeiro debate e uma verdadeira disputa entre acusação e defesa.

Com isso, o Estado, de forma a garantir a devida separação das funções, cria o Ministério Público, que possui suas origens nas figuras dos procuradores do rei francês do final do século XIV. Então, o órgão ministerial será o responsável pela propositura da ação penal pública, mantendo-se a iniciativa da ação penal privada nas mãos do particular. Assim criaram-se três personagens: Juiz, imparcial na aplicação da lei a ser provocado; Autor, responsável pela acusação; e Réu, que deixou sua condição de mero objeto do processo e passou a exercer direitos, tutelado por garantias. Com base nos ensinamentos de Goldschmidt, Aury Lopes Jr. explica que “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes.” (JUNIOR, 2012, p.133)

Consequentemente, no sistema acusatório, o magistrado não mais possui as três funções, limitada sua manifestação somente quando provocada de forma a garantir a imparcialidade do julgador, e assim, conduz maior tranquilidade social, considerando a natureza opressora do Estado Leviatã a quem Hobbes chama de “Deus mortal”¹¹, deste modo, evita-se eventuais abusos da prepotência estatal que pode se manifestar através de um “juiz apaixonado” pelo resultado de sua investigação, que ao sentenciar, olvida-se dos princípios basilares da justiça, por tratar o suspeito como condenado desde o início da investigação¹².

10 (COUTINHO, 2010, p. 5)

11 (HOBBES, 2003, p. 147)

12 (JUNIOR, 2012, p. 120)

Para autores como Eugênio Pacelli e Paulo Rangel, o sistema acusatório se pauta na separação das funções de acusar, defender e julgar.¹³ No entanto, esta posição não é pacífica na doutrina. Joaquim Canuto, por exemplo, entende que a decisão fundamentada com o que consta nos autos, juntamente com outras características típicas, que contribui para a definição de um sistema acusatório puro e, por conseguinte, afasta absolutamente o poder inquisitório do juiz.

Já para Aury Lopes Junior, a gestão da prova exclusivamente nas mãos das partes, figurando o juiz como mero espectador, que constitui o princípio dispositivo o qual fundamenta o sistema acusatório¹⁴.

No sistema acusatório, o processo preserva o instrumento comprobatório de uma verdade histórica. Entretanto, com a gestão das provas nas mãos das partes, o juiz se vê limitado a decidir, com base exclusivamente nestas provas, qual o direito a ser aplicado no caso concreto (é o que os ingleses chamam de judge made law). Além disso, no sistema processual inglês, assim, dentro do common Law, surge como um autêntico processo de partes. Fundamentalmente, o contraditório é pleno, o juiz-estado se mantém afastado da colheita de provas.

Indiferente à sua característica basilar, a verdade é que diante de uma estrutura democrática estatal, o sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal e deve ser aplicado de forma efetiva e não como meras promessas¹⁵.

4.3 Processo Penal Misto

Entende-se por processo penal misto, a dinâmica processual em que existe uma fase pré-processual e outra processual, dividindo-se essencialmente em três momentos. Para os defensores da conceituação deste tipo processual, a investigação preliminar sob o controle externo do ministério público, de competência da polícia judiciária, serve como instrumento inquisitorial na busca intrínseca pela reconstituição do momento do crime, demonstrando indícios para apontar autoria e materialidade do fato. Uma segunda fase, definida como instrução preliminar, seria presidida por um juiz instrutor. Para a doutrina estas duas primeiras fases teriam os princípios basilares do processo mitigados, como ampla defesa e contraditório, pois, há preocupação tão somente na verificação do fato histórico. Já a terceira fase, denominada fase de julgamento, teria o objetivo em se fazer em contraditório, dando as

13 Também nesse sentido se posicionam Gimeno Sendra e Armenta Deu. (JUNIOR, 2012, p. 129.)

14 (JUNIOR, 2012, p. 134-135)

15 (JUNIOR, 2012, p. 119)

garantias da ampla defesa ao réu, e a oportunidade de refutar as provas formadas nas fases, inquisitorial e instrutória.

Mormente o processo penal misto ser conceituado pela doutrina a partir da França, em 1808, com o código Napoleônico¹⁶, existe a corrente que nega sequer a existência de elementos para tal definição.

Conforme Eugênio Pacceli:

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. (PACELLI. 2017. p.21)

Na ótica de tais estudiosos, não é possível perseverar na construção deste conceito, haja vista que ou o processo penal é inquisitório ou acusatório e justificam a defesa desta posição quando atestam o erro de outros doutrinadores em entender o sistema processual acusatório apenas como a simples separação das obrigações de defesa, acusação e julgamento em três entes distintos. Concomitantemente a isso, não se poderia incluir como parte do sistema processual, uma fase que seria pré-processual, ou seja, não pertence à abstração da dinâmica do processo, não é regido pelos mesmos princípios ou sequer tem o mesmo objetivo, que é a prestação jurisdicional.

Inclui-se ainda na referida crítica a ideia de que sempre o Estado diligenciará na gestão da prova, pois o processo busca a reconstituição de um fato pretérito, o que implica na construção e no ajuntamento de indícios que possibilitem ilustrar, ao menos de forma inicial, que o fato existiu e teve um autor, o que implicaria dizer que todos os sistemas processuais são “mistos”. Na verdade, o núcleo da discussão funda-se na gestão da prova: ou ela está com as partes (acusação e defesa) e o juiz é um mero expectador do embate processual, ou ele participa de sua produção e atua (no todo ou em certos momentos) como parte envolvida na busca da “verdade real”¹⁷.

5 A IMPORTÂNCIA DA GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL MODERNO

16 JUNIOR, 2018, p.45.

17 [...] o argumento da verdade correspondente relativa permanece sendo utilizado para sustentar a busca da verdade pelo juiz, conformando um inaceitável ativismo judicial, que rompe com a estrutura acusatória do devido processo legal, autorizando a busca da condenação a qualquer custo. (KHALED JR., 2016, p.501).

Visto os sistemas processuais penais, é notório que a busca de um processo penal democrático passa pela realização de um juiz probatório isento, ou seja, blindado de ingerências externas, que possam influenciar em sua decisão, afastando-lhe da análise simples e pura das provas que demonstrem ou não o fato histórico e sua autoria.

A doutrina de forma majoritária critica o processo inquisitório por possibilitar uma atuação jurisdicional tirânica, para tanto o processo penal moderno deve se preocupar entre outros princípios basilares com o da imparcialidade do juiz. Conforme Aury Lopes Junior:

O juiz não tem porque ser um sujeito representativo, posto que nenhum interesse ou vontade que não seja a tutela dos direitos subjetivos lesados deve condicionar seu juízo, nem se quer o interesse da maioria, ou, inclusive, a totalidade dos lesados. Ao contrario do poder executivo ou do legislativo, que são poderes de maioria, o juiz julga em nome do povo – mas não da maioria – para a tutela da liberdade das minorias. (JUNIOR, 2018, p.61)

Este princípio constitucional processual é de tamanha importância, que a sua análise não se resume a verificar apenas a isenção do sujeito do julgador, o norte legislativo também deve se preocupar em garantir esse direito do réu.

Neste sentido, a prisão preventiva, apesar de estar prevista no Código de Processo Penal, sua decretação de ofício pelo magistrado, deve ser tratada como inconstitucional, como já vem fazendo o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sua decisão no HC 70016461592, da relatoria do Des. Nereu Giacomolli, que afirma que “a segregação cautelar decretada de ofício, fere frontalmente o sistema acusatório, sendo esta prática rejeitada pela Constituição Federal”¹⁸. No mesmo sentido decidiu o TRF1 nos autos do HC 12599/GO:

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu, nos autos do **HC 12599/GO - 0012599-83.2012.4.01.0000** data de publicação 13/04/2012:

Ementa: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO. 1. Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas. 2. Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático...¹⁹.

¹⁸<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?btnG=buscar&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&ulang=pt-BR&ip=186.206.254.67&access=p&entqr=3&entqrm=0&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &sort=date:D:S:d1&aba=juris&site=ementario&q=70016461592+inmeta:dr%3DHabeas%2520Corpus&dnavs=inmeta:dr%3DHabeas%2520Corpus#main_res_juris>

¹⁹<<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00125998320124010000&pA=&pN=125998320124010000>>

Assim sendo, os atos de ofício encontram justificativas somente na proteção das liberdades e quaisquer restrições de direitos, sobretudo à liberdade, devem ser provocadas pelo órgão acusador.

5.1 Imparcialidade Objetiva

Sob este prisma está a imparcialidade objetiva que consiste na tutela derivada da legislação. É necessário que a lei traga dispositivos que visem regular o direito do réu em ser julgado com base nas provas e sem ingerências políticas. A doutrina aponta a imparcialidade objetiva, tanto um direito do réu, como uma garantia do próprio magistrado, segundo Aury Lopes Junior:

Não basta a garantia da jurisdição, não é suficiente ter um juiz, é necessário que ele reúna algumas qualidades mínimas para estar apto a desempenhar o seu papel de garantidor. A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” e, como tal, imprescindível, para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparto. (JUNIOR, 2018, p. 62)

Pode-se observar na doutrina, que o direito processual penal brasileiro não observa de forma satisfatória a imparcialidade objetiva. Isto porque, não obstante a ótica processual democrática trazida à baila pela Constituição de 1988 encontra-se em vigor e sendo aplicadas tanto na instrução quanto na fase probatória, dispositivos que permitem o magistrado atuar como parte, seja na busca *ex officio* de provas, seja na decretação de prisões preventivas. Aponta a doutrina que, embora o processo penal acusatório não se restrinja apenas na separação das atividades de julgar, acusar e defender, a nova Carta Magna, distribuiu a função de acusador e conseqüentemente à produção de toda carga probatória aos membros do *parquet*. Nota-se a preocupação da norma fundamental em garantir a imparcialidade objetiva do julgador ao erigir um órgão específico para a atuação de acusador no processo. De acordo com a lição de Aury Lopes Junior:

É insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. De nada basta uma separação inicial, com o ministério público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assumira um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora. (JUNIOR, 2018, p.64)

Dentro da lei infraconstitucional ainda é possível perceber dispositivos que legitimam o magistrado a agir de forma instrutória, ou mesmo a sobrepujar iniciativas que deveriam ser

exclusivamente funções do órgão acusador, como é o caso dos artigos 127, 156, 209, 242, 310 e 385 do código de processo penal²⁰.

5.2 Imparcialidade Subjetiva

Sob a ótica do sujeito do julgador, encontra-se a garantia da imparcialidade subjetiva. Cumpre apontar requisitos básicos que, de forma incipiente, já demonstram a desqualificação de determinado magistrado para apreciação da causa, seja por motivo de parentesco, afetividade, ou inimizade. Cabe salientar que é de tamanha importância a citada garantia constitucional, que a legislação atribui os mesmos deveres a acusação, assim como a peritos e testemunhas, ilustrando assim, a preocupação suprema da nova ordem constitucional com o sujeito de direitos. Aponta Aury Lopes Junior que “entende-se que a subjetiva, aludi à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de determinado assunto e, desse modo, a sua falta de pré-juízos.” (JUNIOR, 2018, p.65).

Importante destacar neste tópico, que a falta de garantias promovidas pela imparcialidade objetiva, fatalmente acaba por macular a imparcialidade subjetiva. A doutrina aponta a possibilidade de pré-julgamentos no processo penal brasileiro, amparados pelos dispositivos anteriormente citados. É notória a contaminação que se sujeita o julgador quando profere decisões, sejam definitivas ou interlocutórias, em momentos anteriores à apreciação da prova, na fase de instrução. Sob um juízo de cognição, pode-se inferir a maculação subjetiva promovida, por exemplo, pela análise da existência de indícios mínimos de autoria e materialidade, quando do recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa, ou mesmo quando da apreciação dos requisitos das prisões temporárias, em que o julgador, fundamenta tendo de compreender que já existe carga probatória suficiente, para determinar de forma mínima que seja a autoria da pessoa do réu.

20 Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem fizer, sendo, porém facultado ao juiz de ofício: I- Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II- Determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I- Relaxar a prisão ilegal; ou II- Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste código e se revelarem inadequadas ou insuficientes às medidas cautelares diversas da prisão; ou III- Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. [...]

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

É patente que nos casos supracitados, o julgador que ainda avaliará o mérito em fase posterior, já emite algum juízo de valor sobre a participação ou não do réu, no fato em apreciação. Diversos juristas entendem que há confrontação ao princípio da imparcialidade subjetiva, quando o magistrado que já proferiu uma ou diversas decisões interlocutórias em desfavor do réu, está comprometido para decisão final do mérito da ação.

Ensina Aury Lopes Junior:

Crer na imparcialidade de quem está totalmente absorvido pelo labor investigador é o que J. Goldschmidt denomina erro psicológico. Foi essa incompatibilidade psicológica que levou ao descrédito do modelo inquisitório. Sem dúvida, chegou o momento de repensar a prevenção e também a relação juiz/inquerito, pois, em vez de caminhar em direção à figura do *juiz garanti* ou de *garantias*, alheio a investigação e verdadeiro órgão suprapartes, está sendo tomado o caminho errado do juiz-instrutor. Jacinto Coutinho aponta o erro da visão tradicional, que tem a larga desvantagem de desconectar a matéria referente à competência do princípio do juiz natural. Deve-se descortinar essa cruel estrutura e assumir o problema. (JUNIOR, 2018, p. 68-69).

Ante o exposto, nota-se a contradição percebida pela doutrina entre o novo entendimento processual constitucional e alguns dispositivos do código de processo penal de 1941. A contradição está alicerçada na percepção de que o magistrado deve buscar a verdade real, quando o arcabouço constitucional demonstra sua principal preocupação na garantia constitucional que é o devido processo legal.

6 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E O FENOMENO DA NÃO RECEPÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil trouxe em seu art. 129, a função do Ministério Público como ente acusador, separando de forma clara as funções de julgar, acusar e defender²¹. A nova ótica de todo o “espírito da Constituição”, no que concerne aos direitos e garantias fundamentais, ao tratamento dispensado ao Estado para com o administrado, tendo em vista a hipossuficiência deste e os princípios constitucionais do processo, trouxe problemas ao modelo inquisitório.

Parte da doutrina defende que a Constituição da República Federativa do Brasil, por seu caráter democrático, não permite dispositivos que venham a fomentar atuações autoritárias por parte do Estado. É inegável a preocupação da Constituição em tutelar os direitos e garantias individuais, sociais e coletivas, com a redução do poder tirânico do Estado, principalmente devido ao passado recente de modelos autoritários que deram campo à sua promulgação.

Sob esta fundamentação, afirmam alguns estudiosos, que a Constituição de 1988, preocupou-se em definir os papéis dos entes processuais. O acusado erigiu de objeto do processo a sujeito de direitos, sendo vedado ao Estado, suprimir garantias e ameaçar o direito de liberdade (*jus libertatis*), sob pretexto de combate à criminalidade. O Estado, além de atuar para o fim harmônico da sociedade, tem como função primordial defender o indivíduo de suas próprias ingerências.

Dentro deste contexto é primordial realizar uma análise, no presente tópico sobre o poder constituinte originário, os reflexos de sua manifestação e as repercussões para os dispositivos anteriores à sua erupção. O poder constituinte originário é, de acordo com os

21 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei. § 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. § 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. § 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. § 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata.

constitucionalistas inicial, ilimitado e incondicionado. Cumpre dizer inicial, pelo fato de inovar a ordem jurídica suprema com sua expressão. É ilimitado, ao passo que não se esgota com a promulgação da nova Carta Magna, podendo se manifestar a qualquer momento. É incondicionado, visto que não necessita guardar quaisquer relações com as percepções jurídicas anteriores à sua manifestação, e aos aspectos históricos, culturais e sociais tutelados pela ordem constitucional anterior. Sobre este tema disserta Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Em suma, podemos apontar três características básicas que se reconhecem ao poder constituinte originário. Ele é inicial, ilimitado (ou autônomo) e incondicionado. É inicial porque está na origem do ordenamento jurídico. É o ponto de começo do direito. Por isso mesmo, o poder constituinte não pertence à ordem jurídica, não está regido por ela. Decorre daí a outra característica do poder constituinte originário – é ilimitado. Se ele não se inclui em nenhuma ordem jurídica, não será objeto de nenhuma ordem jurídica. O direito anterior não alcança nem limita a sua atividade. Pode decidir o que quiser. De igual sorte, não pode ser regido nas suas formas de expressão pelo direito preexistente, daí se dizer incondicionado. (BRANCO e MENDES, 2015, p.104).

Tais considerações são cruciais para ilustrar as repercussões da nova ordem constitucional manifestada pelo poder constituinte originário em 1988. Significa dizer que o novo modelo processual trazido pela Constituição inova por completo o direito e não necessita estar condicionado ao modelo processual preexistente. Ao contrário, por consequência, os dispositivos anteriores a sua promulgação, que estiverem incompatíveis com a nova manifestação do poder constituinte originário, não podem mais ser aplicados pela ordem da hierarquia legislativa. É o fenômeno da não recepção, vale dizer, que os dispositivos infraconstitucionais anteriores à nova Carta Magna que com ela conflitantes, perdem imediatamente sua vigência, tendo como termo técnico não recepcionado.

Importante dissertar no presente trabalho científico acerca da não recepção. Diferentemente das normas infraconstitucionais anteriores e incompatíveis, diz-se a Constituição anterior estar revogada pela nova Constituição. Preciosas são as lições de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O poder constituinte originário não se esgota quando edita uma Constituição. Ele subsiste fora da Constituição e esta apto a se manifestar a qualquer momento. Trata-se, por isso mesmo, de um poder permanente, e, como também é incondicionado, não se sujeita a formas prefixadas para operar. O poder constituinte originário, entretanto, não costuma fazer-se ouvir a todo momento, até porque não haveria segurança das relações se assim fosse.

Como o poder constituinte originário traça um novo sentido e um novo destino para ação do poder político, ele será mais nitidamente percebido em momentos de viragem histórica, exemplificados nas ocasiões em que se forma *ex novo* um Estado, ou estrutura deste sofre transformação, ou, ainda, quando da mudança de regime político. (BRANCO e MENDES, 2015, p.105-106).

E continua:

É certo que o poder constituinte originário da início à ordem jurídica. Isso, porém, significa que todos os diplomas infraconstitucionais perdem vigor com o advento de uma nova Constituição?

Uma reforma positiva inviabilizaria a ordem jurídica. Por isso se entende que aquelas normas anteriores à Constituição, que são com ela compatíveis em seu conteúdo, continuam em vigor.

Diz-se que, neste caso, opera o fenômeno da recepção, que corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição. (...) As normas antigas, ainda, devem ser interpretadas à luz das novas normas constitucionais. (BRANCO e MENDES, 2015, p.108-110).

Tendo em vista que a nova ordem constitucional trouxe para o processo penal o sistema acusatório, preocupando-se primordialmente, com as garantias do cidadão, em virtude de se evitar ingerências ou tiranias do Estado, e que a norma infraconstitucional de 1941 (Código de Processo Penal) anterior à sua promulgação, prevê dispositivos que remetem ao processo inquisitório, pode-se inferir que tais artigos não foram recepcionados à nova ordem constitucional?

Entende Aury Lopes Junior que:

Compreende-se assim que o modelo constitucional é acusatório, em contraste com o CPP, que é nitidamente inquisitório.

O problema situa-se, agora, em verificar a falta de conformidade entre a sistemática prevista no código de processo penal de 1941 e aquela da Constituição, levando a que afirmemos, desde já, que todos os dispositivos do CPP que sejam de natureza inquisitória são substancialmente inconstitucionais e devem ser rechaçados.

A gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória esta inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade. (JUNIOR, 2018, p. 93-94).

Conforme a lição do conceituado processualista, os dispositivos do código de processo penal, incompatíveis com a Constituição, devem ter a aplicabilidade afastada, ou, conforme lição de Gilmar Mendes e Paulo Branco, o modelo inquisitorial não foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema processual de um Estado reflete de certa forma, o ambiente político e o quão comprometido ele está com as instituições jurídicas e com a ordem constitucional vigente. O sistema processual inquisitório é uma das principais características de Estados ditatoriais, no qual o réu não passa de mero objeto processual. Por outro lado, nas democracias consolidadas, atribui-se ao réu o status de sujeito de direitos, por se prevalecer o sistema processual acusatório. Em uma democracia, o sistema acusatório é o que melhor encontra respaldo, por distinguir as três funções precípua em uma ação penal, a saber: julgador, acusador e defesa. Neste prisma, se faz necessário que tais sujeitos estejam absolutamente separados, no que se refere às respectivas atribuições e competências, de maneira que o julgador não acuse, nem defenda, de modo a preservar sua necessária e inafastável imparcialidade, da mesma forma, o acusador não julgue e o defensor cumpra sua função constitucional de exercer a chamada defesa técnica.

Conforme já demonstrado anteriormente, o sistema processual brasileiro é adjetivado, por parte da doutrina, como sendo misto. No entanto, a inobservância de que o processo penal como um todo, deve ser acima de tudo, constitucional. Ou seja, os ditames processuais penais, devem estar em consonância com a Carta Magna. Isso implica reconhecer que nem todos os dispositivos do Código de Processo Penal podem ser aplicados, considerando que este diploma é bem anterior à Constituição de 1988. Vale lembrar que o nosso Código Processual teve sua edição na vigência da Constituição de 1937, apelidada de “polaca”, em meio a um regime de exceção. Obviamente que, nesse cenário, muito do que foi produzido no legislativo conflita diretamente com uma carta política democrática, que possui direitos fundamentais como núcleo do ordenamento jurídico.

O devido processo legal é o ponto de partida de um processo penal constitucional, onde o juiz é imparcial e o réu é tratado como sujeito de direitos com o penhor da presunção de inocência, e não mais como mero objeto do processo. O juiz é o garantidor das liberdades individuais, e, portanto, só poderá agir de ofício, para preservá-las. A imparcialidade exige uma clara separação entre as partes – acusação e defesa – e julgador. Portanto, quem julga não é parte, devendo se permanecer inerte.

Por ausência de interesse processual do magistrado, as cautelares de ofício, por exemplo, violam o princípio da imparcialidade, bem como o da inércia. Da mesma forma ocorre na produção de provas de ofício, que em nome de um pseudo princípio da verdade real, claramente o magistrado demonstra interesse no processo, um resquício do sistema inquisitivo que autoriza o julgador a buscar as provas não produzidas pelas partes. Cabe às partes produzirem as provas e buscarem o convencimento do julgador.

A busca da verdade real fere o princípio da imparcialidade do julgador. Em caso de dúvidas quanto ao fato, deve-se absolver em nome da presunção de inocência. O estado natural do réu é o da inocência, cabendo à acusação apresentar provas contundentes que afastem a inocência deste. Com fulcro na Constituição vigente, podemos afirmar que o juiz fica impedido de decretar cautelares de ofício para restringir direitos, ou ainda de produzir provas na instrução, pois, se assim for, estaria este impedido de prosseguir na condução processual. A inércia da jurisdição confirma a falta de interesse processual de alguém considerado imparcial, devendo ser aplicada em todas as fases processuais. Na prática forense penal, é comum, ainda que de forma velada, que o magistrado dê ao código de processo penal valor maior que à Constituição federal, o que traduz o atual e corriqueiro desrespeito, praticado pelos tribunais do país, à nossa Carta Magna como sendo norma fundamental e de maior peso do nosso ordenamento jurídico.

Diante do exposto, infere-se que, conforme a jurisprudência, a doutrina, e os argumentos apresentados, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema acusatório, no qual há a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar. Por conseguinte resta evidenciado no presente trabalho científico que o sistema inquisitivo não é compatível com as garantias de um Estado Democrático de Direito. Há de se ressaltar a necessidade de se fazer uma releitura do código de processo penal brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988, de modo que a noção de sistema acusatório esteja intimamente ligada certos princípios, sobretudo aos princípios da imparcialidade e do contraditório, o que possibilita ao acusado ser tratado como sujeito de direitos na ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. São Paulo: Método, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição**: (análise crítica do Projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/hodiernamente/>>. Acesso em: 05 Ago. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v.1

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003

KHALED JR, Salah. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

KHALED JR, Salah Hassan (coord.). **Sistema penal e poder punitivo**: estudos em homenagem ao professor Aury Lopes Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo Penal Comentado**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?btnG=buscar&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&ulang=pt-BR&ip=186.206.254.67&access=p&entqr=3&entqrm=0&proxystylesheet=tjrs_index&client>

=tjrs_index&filter=0&getfields=* &sort=date:D:S:d1&aba=juris&site=ementario&q=700164
61592+inmeta:dr%3DHabeas%2520Corpus&dnavs=inmeta:dr%3DHabeas
%2520Corpus#main_res_juris>

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Disponível em:
<[https://arquivo.trfl.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?
p1=00125998320124010000&pA=&pN=125998320124010000](https://arquivo.trfl.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00125998320124010000&pA=&pN=125998320124010000)>