

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME SCHROEDER ABREU

**SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E O JUIZ NO PROCESSO
PENAL: PRESSUPOSTOS DE (IN)EFETIVIDADE**

**CURITIBA
2008**

GUILHERME SCHROEDER ABREU

SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E O JUIZ NO PROCESSO
PENAL: PRESSUPOSTOS DE (IN)EFETIVIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Edson Ribas Malachini

CURITIBA
2008

TERMO DE APROVAÇÃO
GUILHERME SCHROEDER ABREU

**SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E O JUIZ NO PROCESSO
PENAL: PRESSUPOSTOS DE (IN)EFETIVIDADE**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Edson Ribas Malachini

Membro: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Membro: Prof. Dr. José Laurindo de Souza Netto

Curitiba, 06 de outubro de 2008.

Aos meus pais **Armando e Maria** e a minha irmã **Isabella**.

A minha namorada e colega de mestrado **Ana Claudia**.

RESUMO

O objetivo está em abordar o Sistema Processual Penal Acusatório, o Juiz no âmbito do Direito Processual Penal Brasileiro e as razões da (in)efetividade daquele. Nesse contexto, os Juízes Criminais são classificados em cientes e não cientes quanto ao imperativo do Direito Processual Penal dever ser informado pelos Sistemas Processuais Penais, em particular o Acusatório. Com enfoque nos não cientes, que por essa condição conduzem à incorreta aplicação do modelo processual que deve ser, a resultar na sua inefetividade, é que se apontam determinados fatores indicativos dessa condição (ensino jurídico/carreiras jurídicas). No intuito de transformar essa realidade de não ciência e inefetividade, apresenta-se como proposta inicial dessa finalidade, o imperativo de o Juiz Criminal suplantar determinadas etapas como mínimo indispensável a elevá-lo ao patamar de ciente. Para tanto, a primeira está no imperioso conhecimento quanto ao esboço estrutural do ordenamento jurídico. Sendo essa a condição à etapa subsequente, apresentam-se os Sistemas Processuais Penais como modelos de aplicação do Direito Processual Penal, por sua vez, inserido naquele. Dadas as condições dessa superação, a autorizar, portanto, tratar do Juiz Criminal ciente, culmina-se, com amparo nesse conjunto teórico precedente, em apresentar as possibilidades técnicas no atinente à efetivação do Sistema Acusatório. Contudo, mesmo não sendo o cerne dessa proposta dissertativa, a realidade processual penal brasileira, ao deflagrar desequilíbrio no que tange à relação processual penal, requer cautela do Juiz Criminal ciente. Desse modo, os limites de atuação tornam-se relevantes a fim de não se deturpar o modelo processual penal acusatório.

Palavras-chave: Ordenamento Jurídico. Sistema Acusatório. Juiz. Inefetividade. Efetividade.

ABSTRACT

The objective is in approaching the Penal Procedural Accusatory System, the Judge in the ambit of the Penal Procedural Brazilian Law and the reasons of inefficiency of that. In that context, the Criminal Judges are classified in, aware and not aware, as to the imperative of the Penal Procedural Law to be informed for the Penal Procedural Systems, in private the Accusatory. With focus in those not aware, that for that condition lead to the incorrect application of the procedural model that should be, to result in their ineffectiveness, it is that certain indicative factors of that condition are indicated (juridical/teaching - juridical/ careers). Having the intension of changing that non science and ineffectiveness reality, this work comes as initial proposal of that finality, the Criminal Judge's imperative to supersede certain stages as indispensable minimum to elevate him/her to the aware level. For such a degree, the first stands in the imperious knowledge as to the structural sketch of the juridical law. Being that the condition to the subsequent stage, there comes (apresentam-se) the Penal Procedural Systems as models of application of Penal Procedural Right, per se, inserted in that. In viewing of that superation conditions, to authorize, therefore, taking care of the awared Criminal Judge, it culminates, with the support in that theoretical precedent group, in presenting the technical possibilities referent to the accomplishment of the Accusatory System. However, even it's not being the duramen of that dissertation proposal, the Brazilian penal procedural reality, when braking unbalance out, concerning to the penal procedural relationship, it demands caution of the aware Criminal Judge. That way, the limits of action become important in order not to disfigure the penal procedural accusatory model.

Key Words: Juridical law, Accusatory System, Judge, Ineffectivity, Inefficiency.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. “PELA ORDEM EXCELÊNCIA...”: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO	11
2.1 ORDENAMENTO JURÍDICO.....	11
2.1.1 Norma e Ordenamento.....	11
2.1.2 Ordenamento e Unidade.....	14
2.1.3 Ordenamento, Unidade e Sistema.....	17
2.2 ORDENAMENTO JURÍDICO: UM ESBOÇO ESTRUTURAL.....	23
2.2.1 Ordenamento e Estrutura: As Incompatibilidades Inerentes.....	26
2.2.2 Antinomias: Mecanismos de Solução.....	27
2.3 ORDENAMENTO JURÍDICO: DEMAIS SUPORTES.....	30
2.3.1 A Vinculação para o Estado-Juiz.....	32
2.3.2 A Natureza da Efetivação.....	34
3. MODELOS/SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	44
3.1 SISTEMA INQUISITÓRIO.....	46
3.1.1 Apontamentos Históricos.....	46
3.1.2 Estrutura e Elementos de Composição.....	54
3.2 SISTEMA ACUSATÓRIO.....	55
3.2.1 Apontamentos Históricos.....	57
3.2.2 Estrutura e Elementos de Composição.....	67
3.3 SISTEMA MISTO.....	73
3.3.1 Apontamentos Históricos.....	73
3.3.2 Estrutura e Elementos de Composição.....	75
3.3.3 Crítica ao Sistema Misto.....	76
3.4 APONTANDO O SISTEMA/MODELO PROCESSUAL BRASILEIRO.....	80
3.4.1 O Código de Processo Penal de 1941.....	81
3.4.2 A Constituição Federal de 1988.....	84
4. ORDENAMENTO, SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E O JUIZ: PRESSUPOSTOS DE (IN)EFETIVIDADE	88
4.1 PRESSUPOSTOS DE INEFETIVIDADE DO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	89
4.1.1 Considerações sobre o Ensino Jurídico.....	90
4.1.2 Primeira Saída Rumo à Efetividade do Sistema Acusatório.....	96
4.2 AS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E SEUS MECANISMOS DE SELEÇÃO....	98
4.2.1 O Concurso Público.....	100
4.2.2 Segunda Saída Rumo à Efetividade do Sistema Acusatório.....	106
4.3 PRESSUPOSTOS DE EFETIVIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO.....	108
4.3.1 Código de Processo Penal <i>versus</i> Constituição Federal: Implantando o Sistema Acusatório.....	111
4.3.2 Constituição Federal <i>versus</i> Normas Processuais Penais Extravagantes: Implantando o Sistema Acusatório.....	114
4.3.3 O Juiz Garantidor e seu Limite de Atuação.....	120
5. CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	128

1. INTRODUÇÃO

Quando da abordagem do Direito Processual Penal, o primeiro aspecto que vem à lume é o de que, dentre os ramos do Direito, o Processual Penal necessariamente requer, para sua operacionalização, um trato de natureza sistêmica, em que seus institutos assim compreendidos pela ação penal, pelos meios de prova, pelas questões incidentes, pelos recursos, etc., devem estar informados por um determinado sistema/modelo processual penal.

Não obstante, para que desse modo seja considerado e conduzido, erigem-se relevantes aqueles que compõem as relações processuais dessa natureza, quais sejam, os sujeitos do processo, com destaque ao Juiz e seu papel de garantidor no contexto processual penal.

Contudo, ante a consagrada terminologia *sistemas processuais penais*, e pelo fato de estar o Direito Processual Penal compreendido no complexo normativo, antes de qualquer investigação relacionada a eles, há que se demonstrar, por intermédio de determinados marcos teóricos, de como se compreenderá um ordenamento jurídico e sua conseqüente sistematização.

A razão disso está não só pelo que se mencionou no parágrafo acima, mas principalmente por se apostar, com supedâneo naquilo que se vislumbra na prática jurídica, que o operador do Direito Processual Penal, com adstrição ao Juiz criminal, em regra apresenta-se alheio à natureza sistêmica do Processo Penal, bem como do próprio ordenamento jurídico a lhe informar.

A partir dessa premissa, não absoluta, é que o escopo dessa exposição antes se preocupa em demonstrar o que se compreende, bem como o modo de estruturação de um ordenamento jurídico, a fim de proporcionar ao operador, Juiz criminal, o suporte teórico fundamental que lhe dará condições de conduzir o Direito Processual Penal de modo escorreito.

Daí que, por intermédio do capítulo inicial (cap. 1), com lastro teórico em autores determinados, se terá o cuidado de elucidar a natureza de um *complexo jurídico*, avançando-se de modo pormenorizado naquilo que o sustenta, ou seja, naquilo que o elevará ao patamar de *uno*. Não obstante, em atendimento ao que se propôs como algo lógico e seqüenciado, e tendo em vista os aspectos salientados, culminar-se-á à questão de poder ser compreendido como *sistêmico*.

Em continuidade à construção desse suporte teórico, o que se irá abordar além dos traços de estruturação do ordenamento e dos caracteres de unidade e sistematização, será o fato de não se apresentar, tendo em vista as normas que o compõe, como um engenho jurídico perfeitamente compatível. Por essa razão, tendo em vista o desiderato de conceber essa base teórica a viabilizar a operacionalização do Processo Penal, é que se apontará a natureza dessas *incompatibilidades*, e por sua vez alguns *mecanismos* servientes à resolução daquelas, as quais serão úteis à compreensão da problemática atinente ao processo penal, em particular de determinado sistema/modelo processual penal (cap. 2).

Tendo em vista essa peculiaridade salientada na última parte do parágrafo anterior, que se acrescentará ainda como referencial teórico, o garantista, cuja abordagem estará calcada na limitação do poder estatal e naquilo que se compreenderá, por intermédio de certos marcos teóricos, quanto à *efetividade, validade e vigência* no bojo do conjunto normativo.

Cumprida a finalidade de proporcionar amparo teórico ao operador do Direito, aqui compreendido pelo Juiz criminal, é que se quedará autorizado a ingressar em outra concepção sistêmica e peculiar ao Direito Processual Penal. Tratam-se dos *sistemas/modelos processuais penais* (cap. 2), compreendidos pelos sistemas inquisitório, acusatório e misto, os quais serão os vetores na condução desse ramo do Direito. Ante esse caráter plural, por intermédio do segundo capítulo, imperativa será a caracterização de cada um desses tanto em seu aspecto histórico como, com maior ênfase, nos caracteres de cada um.

Essa investigação restará justificada justamente pelo modo como está estruturado e concebido o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, ante a percepção do choque ideológico no atinente às normas de natureza constitucional e ordinárias processuais penais, as quais restarão identificadas por mais de um dos sistemas processuais salientados.

A partir disso, pela compreensão dos sistemas processuais penais e com o amparo teórico quanto ao ordenamento jurídico (cap. 1) que, não obstante a crítica atinente a um dos sistemas/modelos de aplicação, se buscará apontar atualmente o aplicável ao processo penal brasileiro.

O que se conceberá, portanto, é a inarredável relação quanto à necessária compreensão por parte do Juiz criminal, no que tange ao ordenamento jurídico e os

sistemas processuais penais, ou seja, naquilo que propiciará a identificação do sistema processual que *deve ser* o aplicado no Direito Processual Penal.

Contudo, conforme já se fez alusão, a realidade para o contexto prático ou de aplicação das regras sistematizadas do Direito Processual Penal, conduzem à premissa de que o Juiz criminal, em regra, apresenta-se alheio ao imperativo teórico que se esboçará nos dois primeiros capítulos. Por esse pressuposto, prevalente, mas não absoluto, é que se estará frente ao bívio de Juízes e juízes, ou seja, daqueles que conhecem o ordenamento jurídico, os modelos processuais penais e a forma sistêmica de ambos, e daqueles que estão alheios a isso.

Mas mesmo diante dessa discrepância comportamental, ambas apresentarão particularidades inerentes.

Face a isso, ao eleger-se como a proposta principal, a do *alheamento* ou *desconhecimento*, é que no derradeiro capítulo (cap. 3), sempre cotejado pelas bases teóricas dos capítulos pretéritos (cap. 1-2) é que se enfrentarão os pressupostos que, face a essa natureza comportamental, evidenciam a *inefetividade* do sistema processual que *deve ser*.

Disso também resulta em apostar em determinados fatores que podem conduzir a esse *alheamento*, dentre os quais, com destaque estarão o *ensino jurídico* e os *mecanismos de seleção* atinentes às instituições-carreiras jurídicas, capazes de juntos deflagrarem um processo vicioso.

Contudo, superado esse aspecto, e abstraindo-se apenas de uma postura crítica quanto à inefetividade do sistema processual que *deve ser*, será com amparo no que se exporá no capítulo inicial, que se apresentarão também os pressupostos de efetivação, os quais, uma vez considerados pelo Juiz Criminal, acredita-se seja em grande parte, o suficiente à consagração de sua efetivação.

Mas como se disse, e num contexto secundário, mesmo ao Juiz ciente da aplicação do sistema processual penal à luz do ordenamento jurídico que o rege, se apresentarão situações peculiares tendo em vista a realidade brasileira, o que desafiará seus limites de atuação, uma vez que, com isso em xeque estará o arquétipo do Sistema Acusatório.

Portanto, será com essa base que se buscará a implementação do Sistema Acusatório ao Processo Penal brasileiro.

2. “PELA *ORDEM EXCELÊNCIA...*”: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1 ORDENAMENTO JURÍDICO

Para que se viabilize o conhecimento da natureza do ordenamento jurídico brasileiro, a proporcionar uma atuação coerente por parte de seus operadores, com destaque ao Juiz Criminal, não há como se dissociar, ainda que perfunctoriamente, a uma investigação teórica seqüenciada¹.

2.1.1 Norma e Ordenamento

Ao se referir em ordenamento, antes se torna compulsório informar a sua constituição. Este, consoante BOBBIO², advém de um complexo de normas isoladas ou particulares.

A partir disso, e dando espaço à crítica de que o Direito estaria mais adstrito a uma análise da norma³, é que BOBBIO transmuta o foco de abordagem para o seu *conjunto*, ou seja, da relação das normas entre si, constituintes de um ordenamento, não se afastando dos problemas que dessa perspectiva podem advir.

Elegendo esse ponto de vista, ao assumir o ordenamento um estado autônomo, afirma BOBBIO que: “O Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra

¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 44. “A existência de um ordenamento jurídico é a condição de possibilidade para discussão posterior sobre o papel da *Constituição*, das *lacunas*, das *antinomias* e das formas de resolução, dentre outras circunstâncias e características.”

² BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 19.

³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 50. “Não há uma, mas inúmeras noções de norma jurídica. Uma definição exemplar, embora já surrada e que parece atravessar o tempo na consciência média do jurista, vamos encontrar em von Jhering, no seu “*Der Zweck im Recht*” (1877) (*A finalidade no Direito*). Deste livro extraímos o seguinte texto: “A definição usual de Direito reza: direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e esta definição a meu ver atingiu perfeitamente o essencial. Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização através da coação. O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica), mas uma proposição de natureza prática, isto é, uma orientação para a ação humana; norma é, portanto, uma regra, conforme a qual nos devemos guiar.”

jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo”⁴. Essa diferenciação passa a ser perceptível em KELSEN, quando estabelece o que denomina de *nomoestática* e *nomodinâmica*⁵.

Disso, uma primeira conclusão que se extrai dentre as acepções⁶ do Direito⁷, é o acolhimento tanto da *norma*, quanto do seu conjunto (ordenamento), quedando-se melhor definido quando se depara com o ordenamento propriamente dito, resultando insatisfatória sua definição apenas pela análise dos elementos da norma⁸.

No atinente a complexidade conceitual do Direito colabora VAZ:

É preciso, antes de tudo, dizer que uma definição precisa e uniforme do que seja direito, parece ser improvável. Para uns, direito identifica-se com justiça. Para outros, identifica-se a com lei. Para uns, direito é uma manifestação concreta da vida social, enquanto para outros, direito é um tipo ideal justificado em um plano sobrenatural. Para outros, o direito é sim, um tipo ideal, porém justificado na própria natureza humana. Haverá tantas definições e fundamentos quantos foram os autores que se empenharam na tarefa de conceituar o direito. [...] Por hora, e de forma bastante simples, direito pode ser definido como um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social harmônica graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um dos indivíduos em sociedade. A origem etimológica da expressão está no verbo latino *dirigere* que significa tornar reto, alinhar, ordenar em linha reta, endireitar.⁹

Assim, nessa linha de raciocínio, de mudança de perspectiva da *norma para o ordenamento*, BOBBIO inicia sua abordagem por um atributo da norma, qual seja

⁴ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 21.

⁵ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.72. “A nomoestática refere-se ao conteúdo do ordenamento jurídico como um todo e das normas jurídicas em particular, enquanto a nomodinâmica aos processos de produção e aplicação, daí surgindo uma teoria jurídica estática e uma teoria jurídica dinâmica.

⁶ GALVES, Carlos Nicolau. **Manual de Filosofia do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 8. “Assim se tem o conceito ou definição do Direito: é o conjunto sistemático de normas, que disciplinam, com coerção organizada e efetiva, a conduta social dos homens, visando realizar a justiça.” Também BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 3. “[...] a melhor maneira de se aproximar da experiência jurídica e compreender seus traços característicos é considerar o direito como um *conjunto de normas*, ou regras de conduta.

⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 69. Como um referencial explicativo dispõe o autor: “Daí definirmos o direito como: sistema de normas disciplinador da conduta das pessoas, que estabelece o equilíbrio entre as pretensões de uns e as obrigações de outros.”

⁸ Estes critérios seriam: formal (elemento estrutural: positivo/negativo, hipotético e abstrato/concreto); material (conteúdo das normas – ações reguladas. Seriam as ações possíveis, por sua vez, de cunho muito amplo, e portanto dificultoso para separar o jurídico do não jurídico); do sujeito que põe a norma (poder soberano, detentor da força. A análise do Direito a partir desta característica da norma, propicia um avanço para o ordenamento jurídico) e daquela ao qual se destina (súdito/juiz, pessoa em que uma norma do ordenamento atribui poder/dever).

⁹ VAZ, Anderson Rosa. **Introdução ao Direito**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 21.

a *sanção*, marcada por uma *institucionalização*, por possibilitar certa estruturação¹⁰, condução do Direito a uma organização¹¹ normativa. Ainda, quanto às linhas de diferenciação da norma jurídica refere-se GUSMÃO:

[...] primeiro, regra sancionada ou reconhecida, garantida pelo poder público; segundo, bilateralidade, como nota Del Vecchio, ou imperativa-atributiva, como entendem Petrazycki, Gurvitch, Sorokin e, entre nós, Goffredo Telles Junior, por vincular pretensões de uns com deveres de outros ou por atribuir a uns competência, ou poder, para praticar certos atos, e a outros, dever de respeitá-los ou de cumpri-los; terceiro, norma acompanhada de sanções eficazes, estabelecidas de antemão, aplicáveis pelo poder público, mesmo contra a vontade dos que devem sofrê-las, e, finalmente, norma coercível, pois se inobservada, pode ser indiretamente alcançado o seu objetivo (perdas e danos, execução forçada, pena criminal), por decisão do judiciário ou por ato da administração pública (demissão, prisão civil, etc.).¹²

Mas a mudança de foco norma/ordenamento, melhor se compreende quando frente aos caracteres da sanção e eficácia, já que, ao se considerar o ordenamento, afastam-se as hipóteses de normas sem sanção e normas ineficazes. Ou seja, ao identificar o Direito ao contexto amplo de ordenamento, o sentido jurídico existiria mesmo frente a normas sem sanção ou ineficazes.

Em suma, e como bem conclui BOBBIO:

Não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos¹³. O termo 'direito', na mais comum acepção de Direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma.¹⁴

Desse modo se passa a priorizar o ordenamento jurídico como conjunto de normas, o qual não se abstrairá dos problemas¹⁵ no atinente à relação entre elas, dando-se, então, destaque no que tange à sua unidade e sistematização¹⁶.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 27.

¹¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 106. Salienta a existência de duas funções para o Direito: a distributiva e a organizativa. Quanto a última dispõe: "A função organizadora, inseparavelmente enlaçada com a anterior, organiza o poder para torná-lo eficaz, transformando-o em instituição."

¹² GUSMÃO, Paulo Dourado de. Obra citada. p.105.

¹³ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 49. Traz citação nesse sentido.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 30-31.

¹⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Obra citada. p. 48. Dentre esses destaca o autor a complexidade, multiplicidade de regras e ausência de técnica legislativa.

¹⁶ GALVES, Carlos Nicolau. **Manual de Filosofia do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 8. Quanto aos caracteres a nortear o Direito refere-se: "1 – O Direito é *norma*, um sistema jurídico é

2.1.2 Ordenamento e Unidade

Sendo útil o item precedente apenas para centrar-se no *ordenamento*, dá-se agora enfoque ao Processo Penal e no Juiz Criminal, tornando-se necessária a ciência de um determinado marco teórico a evidenciar estrutura viabilizadora do modo daquele se portar e transitar no âmbito desse complexo de regras. Por isso, para a sua funcionalização, torna-se imperativa sua estruturação e organização que se dará com apelo a uma *unidade*.

A partir disso, é que se adotarão determinadas matrizes teóricas que servirão de guia para identificar o modo de operacionalização do Direito Brasileiro, em especial do Processo Penal como fator elucidativo do papel do julgador nesse contexto.

Por essa iniciativa, e o Direito também não se abstrai disso, toda estruturação dependerá da estipulação de um marco inicial, mesmo que derivado de um ato de crença, mas que, em que pese corra o risco de imperfeições, trata-se de uma iniciativa sem a qual não se propiciaria qualquer tipo de evolução.

Assim, ao se eleger um marco teórico como necessário, e cingindo-se a idéia de ordenamento jurídico como um conjunto de normas, esse deve *pressupor* uma *unidade*¹⁷, que, para tal, estará lastreada em uma norma dita *fundamental*¹⁸ como supedâneo de estruturação e validade dele¹⁹.

Fortalecendo o raciocínio proposto, menciona DINIZ que:

um sistema de normas. Norma é toda a regra, preceito ou proposição que diz como deve ser uma conduta – mandando, proibindo, permitindo, e gerando direitos e deveres [...]. 3 – As normas jurídicas são normas *sociais*, visam a disciplinar a conduta dos homens na vida em sociedade. 4 – O complexo das normas jurídicas forma um *todo ordenado e unitário*, um sistema, uma ordem legal, um ordenamento, não um caos ou conglomerado.

¹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 45. “Dentre os atributos do ordenamento jurídico, aviva como pressuposto lógico a compleição *unitária*.”

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 71.

¹⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 176. “Bastante importante é a questão do ordenamento como sistema unitário, isto é, a sua concepção como repertório e estrutura marcados por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo. Este princípio recebe em Kelsen o nome de *norma fundamental*, noção intuitivamente simples de ser percebida (se as normas do ordenamento compõem séries escalonadas, no escalão mais alto está a primeira norma da série, de onde todas as demais promanam) mas difícil de ser caracterizada (é a questão do seu estatuto teórico: é norma? é um ato ou fato de poder? é uma norma historicamente positivada ou uma espécie de princípio que organiza o sistema?).”

Esse princípio da unidade pode levar-nos à questão da correção do direito incorreto. O sistema jurídico deverá, teoricamente, formar um todo coerente, devendo, por isso, excluir qualquer contradição lógica nas asserções, feitas pelo jurista, elaborador do sistema, sobre as normas, para assegurar sua homogeneidade e garantir a segurança na aplicação do direito.²⁰

Tal raciocínio também se sustenta, consoante BOBBIO, no sentido de que, “toda norma pressupõe um poder normativo: norma significa imposição de obrigações (imperativo, comando, prescrição, etc.); onde há obrigação já vimos há poder”²¹. Disso também decorre informar, que a *norma fundamental* não se confunde com a idéia de Constituição²², a qual é dependente de um *poder constituinte originário*²³. Mas nessa linha de raciocínio, este *poder constituinte* também deve *pressupor*²⁴ uma norma que lhe atribua o poder de feitura de uma Constituição. Daí que, a norma que sustentará e dará unidade a um ordenamento, é a denominada *norma fundamental*.

Nesse contexto dispõe ZANLORENZI ensinar KELSEN “que o ordenamento jurídico se fundamenta numa norma pressuposta, ou seja, uma norma que está, de certa forma, além do sistema, um dispositivo nunca escrito, um ideal que ramifica as normas e permite-lhes a forma imperativa.”²⁵

Essa concepção também permite deduzir a consolidação de uma estrutura hierarquizada²⁶ e uma²⁷, em que as normas de natureza constitucional não são a gênese de todo um ordenamento. Derivadas de um poder denominado originário, e autorizado por uma norma pressuposta, ou seja, fisicamente inexistente (*norma*

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.13.

²¹ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 58.

²² ZANLORENZI, Rafael Otávio Ragugnetti. A Integridade do Sistema Positivo – Sobre a Obra de Hans Kelsen. In: **Estudos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 34-35. “A norma fundamental é uma justificação ideal da imposição bruta de condutas. Ao mesmo tempo, contudo, é o espírito que reside no interior do topo da pirâmide normativa positivista, fundamentando igualmente a produção normativa constitucional.”

²³ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 65. “É o conjunto das forças políticas que num determinado momento histórico tomaram o domínio e instauraram um novo ordenamento jurídico.”

²⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 45. “Esse postulado representa a base do ordenamento jurídico e, como tal, é pressuposta logicamente, sem que possa ser deduzida do próprio sistema.”

²⁵ ZANLORENZI, Rafael Otávio Ragugnetti. Obra citada. p.34.

²⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Obra citada. p. 38. “A estrutura do sistema estaria representada por uma pirâmide normativa, composta no vértice pela *Norma Fundamental*, recurso lógico/pressuposto de validade de um sistema hierárquico, deduzindo-se, formalmente, a delegação da validade da norma superior.” Também, CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 15.

²⁷ GALVES, Carlos Nicolau. **Manual de Filosofia do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 73. “O ordenamento jurídico é, pois, o conjunto uno, complexo, hierarquizado, sistemático e total das normas vigentes no país.”

fundamental), será esta a referência estrutural de validade de todo o ordenamento jurídico a ser considerado.

Nesse aspecto corrobora ZANLORENZI afirmando:

Esse é o aspecto formal da constituição, e é portanto, a representação do aspecto estrutural da norma fundamental. A estrutura positiva se desdobra, a partir daí, qual pirâmide que se estende na direção de sua própria base. Quanto mais abaixo, mais normas existem. Além disso, o sistema se desenvolve, na direção inferior, seguindo o modelo de seu topo, qual seja, cada nova norma tem abaixo de si um leque que a influencia, sem, no entanto, descuidar da influência que recebe das regras superiores. Quanto mais baixas na cadeia, menos influem, e mais influenciadas são.²⁸

Dessa referência propiciadora de organização, traduzida por uma relação de subordinação entre norma superior e inferior, torna-se imperioso, sob pena de se deparar com uma cadeia infundável de justificação, que se estanque uma eventual sanha questionadora. Em razão disso é que KELSEN, como medida obstaculizadora, lança o que acima se denominou *norma fundamental (Grundnorm)*, de natureza *pressuposta* e não *posta*, uma vez que, se a ciência da validade de uma norma depende da recondução à *norma fundamental*, esta deve de fato ser pressuposta, abstraída conforme menciona BOBBIO²⁹, de qualquer fundamento, sob pena de já existir uma norma superior à fundamental. Neste sentido elucida, KELSEN:

Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).³⁰

Assim, não há como, para se estabelecer a unidade de um ordenamento, que a sua gênese e justificação, vinculativa aos que o operam e aos que se submetem, não esteja dependente da aceitação por parte desses, num autêntico ato de crença, alheio a qualquer questionamento do que existiria antes ou detrás da

²⁸ ZANLORENZI, Rafael Otávio Ragugnetti. A Integridade do Sistema Positivo – Sobre a Obra de Hans Kelsen. In: **Estudos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 36.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 62.

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 217.

norma fundamental. Portanto, por essa concepção se apresenta um fundamento de composição de um determinado ordenamento jurídico, cuja natureza de cunho democrático ou não, será particular a cada um.

No mesmo sentido, para a unidade de um ordenamento, dispõe NEVES³¹, que esse deve se dar por uma derivação decorrente de algo central, ou fonte normativa, mas que, diferentemente do exposto, passa por uma abordagem abstraída ao contexto filosófico Kelseniano de *norma fundamental*, para recair diretamente num âmbito já *positivado*, de uma *constituição* derivada da *norma fundamental* pressuposta.

Do exposto, ou seja, do conjunto de normas que compõem um ordenamento organizado pela estipulação de uma *norma fundamental*, o que se denota é o avançar na questão relacionada à possibilidade desse complexo ser considerado *sistêmico*³².

2.1.3 Ordenamento, Unidade e Sistema

Antes de qualquer resposta, cumpre fazer uma investigação quanto ao conceito de *sistema*, o qual admite uma variedade de significações sempre a depender da direção, ou melhor, do tipo de concepção de que se quer atribuir.

Em razão disso, FERRAZ JR, por uma investigação semântica da origem do termo *systema*, decomposto em *syn-istemi*, significando, *o composto, o construído*³³, dá a idéia de uma *totalidade construída, composta de várias partes*, agregando-se posteriormente a conotação de *ordem, de organização*³⁴, seguindo uma linha evolutiva que recai na idéia de um “todo fechado, onde a relação com o todo e das partes entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de

³¹ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 23-24.

³² LARAIA, Ricardo Regis. Sistema Jurídico e Antinomia de Normas. *In: Cadernos de Teoria Geral do Direito*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 183. Quanto à relação entre ordenamento e sistema salienta: “Sobre elas pesam divergências entre os juristas: há os que entendem tratarem de objetos distintos, como há os que as consideram verdadeiros sinônimos.”

³³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 9.

³⁴ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Obra citada. p. 9.

dedução [...], cujo princípio básico propõe uma relação de identidade entre o todo e a soma das partes”³⁵ sucessivamente.

Conforme DINIZ, “sistema significa nexos, uma reunião de coisas ou conjunto de elementos. [...] Todo sistema é uma reunião de objetos e seus atributos (que constituem seu repertório), relacionados entre si, conforme certas regras (estrutura do sistema), que variam de concepção a concepção”.³⁶

Por outra fonte conceitual, dispõe BOBBIO ser este “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”³⁷, e em complemento, os entes que o compõem devem relacionar-se com o todo e entre si³⁸. Ademais apresenta três tipos de significações para o termo sistema.³⁹

A primeira estaria calcada em um dedutivismo, marcado por definições abstraídas da experiência.

A segunda apresenta um processo distinto da primeira, ou seja, é marcado por um indutivismo. Opera pela análise de uma norma em particular, ou mais propriamente de seu conteúdo a uma generalidade. Disso pode se concluir, que esta significação está inserida na classificação e na constatação de semelhanças, ou seja, numa base empírica.

Já a terceira significação traz em seu bojo e como condição de existência de um sistema, a necessidade de compatibilidade das normas de um ordenamento. Isso, por sua vez, implica num relacionamento natural entre as normas. Contudo, consoante BOBBIO, essa necessária compatibilidade não se traduziria em algo perfeito, mas sim, “num sentido menos incisivo, se se quiser, num sentido negativo, isto é, uma ordem que exclui a incompatibilidade das suas partes simples”⁴⁰. Ou seja, não levando em consideração o conjunto de normas, já que, se assim visualizado, o sistema não se sustentaria.

Isso faz com que BOBBIO, da mesma forma quando tratou do ordenamento como *unidade*, também recorra a KELSEN no pertinente ao sistema, quando os classifica em estático e dinâmico.⁴¹

³⁵ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 12.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 8.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 71.

³⁸ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 71.

³⁹ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 77-80.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 80.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 71.

Aquele se caracteriza por uma *dedutividade* baseada em norma(s) originária(s), marcadas, portanto, pelo seu *conteúdo*. Nesse, ao contrário, o que o especifica é o fato de as normas derivarem de uma autoridade, em autênticas delegações de poder, ou seja, marcadamente de cunho formal. Dessa forma, o parâmetro a ser considerado não seria o *conteúdo*. E é dentro dessa classificação que KELSEN⁴² aloca o ordenamento jurídico no âmbito do sistema *dinâmico*⁴³.

A razão dessa referência está na relação ao ordenamento enquanto sistema. Por esta senda, um complexo jurídico seria constituído por normas emanadas de diferentes autoridades, alheio a qualquer conteúdo, e que, por sua vez, não estaria imune à existência de normas conflituosas. Frente a essa questão é que BOBBIO⁴⁴, tendo em vista o que considera por *sistema*, questiona se pela base dinâmica o ordenamento seria sistêmico.

Em razão disso vem complementar no sentido de que:

Para julgar a oposição de duas normas é necessário examinar o seu conteúdo; não basta referir-se à autoridade da qual emanaram. [...] Como se vê, que um ordenamento jurídico constitua um sistema, sobretudo se se partir da identificação do ordenamento jurídico como o sistema dinâmico, é tudo, menos óbvio. Ou, pelo menos, cumpre precisar, se se quiser continuar a falar de sistema normativo em relação ao Direito, em qual sentido, em quais condições e dentro de que limites se pode falar dele.⁴⁵

Assim, e em conclusão, do cotejo da classificação apontada por KELSEN de que o ordenamento seria um sistema *dinâmico*, ou seja, de que as normas derivariam de autoridades com poderes delegados, bem como da problemática levantada por BOBBIO, da existência de incompatibilidades normativas, e tendo em vista as significações aludidas, aponta BOBBIO uma saída elucidativa:

Confrontando com um sistema dedutivo, o sistema jurídico é alguma coisa de menos; confrontando com o sistema dinâmico, do qual falamos no parágrafo anterior, é algo de mais: de fato, se se admitir o princípio de compatibilidade, para se considerar o enquadramento de uma norma no sistema não bastará mostrar a sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas

⁴² BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 73.

⁴³ CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano; ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18. "O normativismo Kelseniano foi quem introduziu a perspectiva dinâmica do direito, explicando os processos de produção e auto-reprodução das normas.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 74.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 74.

produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras.⁴⁶

Verifica-se, então, que o ordenamento jurídico como unidade é sistêmico, mas que requer *compatibilidade* extraída do filtro ou raciocínio de algumas conceituações e classificações.

Não obstante, prosseguindo por outra linha investigativa do conceito de sistema, NEVES inicia sua abordagem pela negativa de um conceito único⁴⁷, referindo-se a sistema “como um conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário”.⁴⁸

Ao contrário de BOBBIO, NEVES⁴⁹ afirma que a *coerência* não seria determinante para que se constate um *sistema*⁵⁰. Nesse sentido ALCHOURRÓN e BULYGIN, por intermédio de NEVES, dispõem “ser dificilmente aconselhável a restrição do termo sistema aos conjuntos proposicionais coerentes, pois não são raros conjuntos normativos incoerentes.”⁵¹ Isso porque, mesmo em consideração às três significações expostas por BOBBIO, a mazela de um sistema estaria na existência, restringindo-se à terceira significação, de normas de natureza incompatíveis ou antinômicas⁵². Se há por este, a consideração desse problema, é possível constatar que mesmo com soluções para o expurgo de normas incompatíveis, como se demonstrará adiante, o ordenamento jurídico ainda que conviva curto espaço de tempo com normas incompatíveis, não deixará de ser sistêmico, sob pena de estarmos constantemente ora em sistema, ora não, tudo a depender da percepção ou não daquelas.

Mas, em retorno ao ideal sistêmico traçado por NEVES, esse inicia também seu raciocínio por uma classificação em que denomina os sistemas em: *proposicional e real/empírico*⁵³, ou seja, no sentido de que seu fundamento dependerá de algo dedutivo/racional ou indutivo, fazendo-se já aqui uma conexão

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 80-81.

⁴⁷ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.1.

⁴⁸ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 2.

⁴⁹ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 2-3.

⁵⁰ Também neste sentido Carlos E. Alchourrón e Eugênio Bulygin, citados por NEVES.

⁵¹ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 3.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 15. “É um problema que se situa ao nível da estrutura do sistema jurídico (criado pelo jurista), que, submetido ao princípio da não-contradição, deverá ser coerente. A coerência lógica do sistema é exigência fundamental, como já dissemos do princípio da unidade do sistema jurídico. Por conseguinte, a ciência do direito deve procurar purgar o sistema de qualquer contradição, indicando os critérios para solução dos conflitos normativos e tentando harmonizar os textos legais.”

⁵³ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 2.

com as primeiras significações de BOBBIO, já que, para a terceira, será requisito de existência de um sistema a compatibilidade de seus elementos.

Pela classificação de NEVES, mesmo num sistema dito proposicional, e alargando a classificação, a coerência somente teria lugar em *sistemas proposicionais teóricos* em oposição aos *proposicionais prescritivos/normativos*, já que estes, por estarem alocados na seara prática, não requerem coerência para que sejam considerados sistêmicos.⁵⁴

Em continuidade, os *proposicionais* caracterizam-se ainda por *nomológicos*⁵⁵, ou seja, partem de um processo axiológico, dedutivo, portanto coerente, já que, dissociados de qualquer tipo de evidenciação ou experiência. Disso advém, conforme NEVES, as peculiaridades de que “o fechamento, completude e coerência constituem-lhes notas essenciais, uma vez que seus enunciados se deduzem racionalmente de axioma (conjunto finito de enunciados da base do sistema), no qual estão implicitamente contidos os enunciados deduzidos.”⁵⁶

Também se individualizam os proposicionais por serem *nomoempíricos*⁵⁷, calcados na experiência. Este, por sua vez, divide-se em *nomoempíricos teóricos* (descritivos), pertinentes às relações entre os objetos/dados existentes. Ou seja, tratam de relações reais (ciências naturais/sociais) ou proposições prescritivas (ciências normativas), cuja relação com a realidade/finalidade é indireta. Assim, em seu conjunto (real/proposicional) traduz-se essa classificação *nomoempírica teórica*, em algo coerente e com pretensão de *verdade*. Não obstante, tendo em vista a feição experimental, o sistema estará marcado por sua abertura.⁵⁸

Por sua vez, os *nomoempíricos prescritivos/normativos*, objetivam o controle da conduta humana, tendo como foco a *praxis*. Ao contrário da *nomoempírica teórica*, amparada na verdade, este, também marcado por antinomias, não a pressupõe, mas em contrapartida requer *validade*. Finalmente, e a exemplo dos *nomoempíricos descritivos*, estão também marcados pelo não fechamento ou completude.

⁵⁴ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 3.

⁵⁵ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 4-5.

⁵⁶ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 5.

⁵⁷ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 6. “Há duas espécies básicas de sistemas nomoempíricos: a dos sistemas teóricos (descritivos) e a dos sistemas normativos (prescritivos).

⁵⁸ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 7.

Efetuadas e mencionadas as classificações acima, cumpre apontar que na concepção de NEVES⁵⁹:

O ordenamento jurídico é uma das dimensões essenciais do complexo fenômeno jurídico. Constitui-lhe o aspecto formal-normativo. Dentro do sistema global do Direito, apresenta-se como sistema parcial (subsistema) de caráter nomoempírico e função prescritiva. O caráter nomoempírico distingue-o dos sistemas nomológicos (lógicos e matemáticos), pois são-lhe relevantes os dados da experiência. A sua função prescritiva (normativa), incluindo-o na ordem da *praxis*, diferencia-o dos sistemas nomoempíricos teóricos (descritivos), insertos na ordem da *gnose*. Isto porque, ao contrário dos sistemas nomoempíricos descritivos, o ordenamento jurídico não é apenas aberto aos dados da experiência e por eles condicionado, mas exerce também a função principal de controlá-los e dirigi-los diretamente.

Não obstante presente o caractere *prescritivo*, o ordenamento segundo NEVES⁶⁰ não deixa de ser objeto da função/caráter *descritivo*, ou seja, daquilo que seria a finalidade ou desejo de uma coletividade, um dever ser, mas que, em que pese sua relevância, assume papel secundário face ao caráter *prescritivo*.

Outro dado salientado por NEVES⁶¹ é o fato de que um ordenamento jurídico não se abstrai de um contexto ideológico, o qual será um fator não só de produção, como de interpretação e aplicação das normas. Nesse sentido dispõe: “mesmo o estudo parcial do Direito na perspectiva normativa, ou seja, a partir do ordenamento jurídico, tem que levar em conta as relações reais e ideológicas, sob pena de se ter uma falsa compreensão das estruturas de significação normativas.”⁶²

Disso tudo, da relação mesmo que gradativa que conduz à coexistência de sistemas (*nomoempírico prescritivo* e o *descritivo*), bem como do condicionante ideológico, o que se coloca, mas em forma de questionamento é se há a possibilidade de que estes mesmos aspectos se identifiquem ao ordenamento jurídico brasileiro? Ou seja, e de um modo mais específico, se no âmbito do processo penal constitucional, estamos ou não diante ou mais próximos de um sistema *nomoempírico teórico*, já que, o que se constata no âmbito jurídico brasileiro é justamente uma discrepância ideológica, se cotejadas as normas constitucionais e algumas infraconstitucionais.

⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 16.

⁶⁰ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 18.

⁶¹ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 20.

⁶² NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 20.

Não obstante, o que até agora se evidenciou foi uma abordagem do Direito pela ótica do ordenamento jurídico, cuja unidade se estabelece por um fundamento de validade pressuposto (norma fundamental), e que, por sua vez, propicia considerar o ordenamento jurídico como sistêmico, mesmo que presentes determinadas classificações que considerem ou não a necessidade de coerência.

Pelas referidas constatações, há a possibilidade de se avançar para os aspectos estruturais e de formação de um ordenamento uno e sistêmico.

2.2 ORDENAMENTO JURÍDICO: UM ESBOÇO ESTRUTURAL

Pela conexidade até aqui apresentada, não há como continuar sem que se faça um resgate de determinadas idéias, uma vez que vinculativas e necessárias ao desenvolvimento do raciocínio que se propõe. Por isso é que se justifica, para o desiderato desse item, retroceder à idéia de ordenamento como uma complexidade de normas, em que se desperta a necessidade de uma unidade, e, por conseguinte de sua estruturação.

Essa estrutura necessária é extraída por BOBBIO⁶³ a partir da teoria de KELSEN, cujo ordenamento apresenta-se de modo escalonado⁶⁴, ou seja, composto por normas inferiores e superiores, numa relação executiva e produtiva, calcado no que KELSEN denominou *norma fundamental*⁶⁵, a qual, conforme salientado seria a responsável por sua unidade sistêmica.

Tendo em vista a relação *executiva/produtiva*, cumpre salientar a semelhança que traça BOBBIO⁶⁶ quanto aquela e os fatores de *poder/dever*. Assim, a título elucidativo, da *norma fundamental* (produtiva) para uma norma apenas *executiva*, teríamos naquela um *poder* como condição de criação de normas, e

⁶³ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 48-49.

⁶⁴ GALVES, Carlos Nicolau. **Manual de Filosofia do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 231. "Mas as normas do Direito Positivo não estão lançadas num mesmo nível, nem jogadas num caos. Elas estão dispostas numa ordem hierárquica: é a teoria da formação em degraus da ordem jurídica."

⁶⁵ TRINDADE, André. **Os Direitos Fundamentais em uma Perspectiva Autopoiética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 27. "A norma fundamental (*grundnorm*) que, nos dizeres de Bittar, 'nada mais é que o fundamento último de validade de todo o sistema jurídico' e representa o 'topo' do sistema normativo."

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 51-52.

conseqüentemente nessas um *dever* ou obrigação. Essa sucessividade que se pode vislumbrar, servirá mais adiante como fator vinculativo e de postura do magistrado, que pela estrutura Kelseniana de ordenamento, não deixará de apresentar esses dois fatores, quais sejam: poder, já que, está autorizado por esse mesmo ordenamento a prolatar decisões, e de dever, uma vez que, não se escusa da obrigação de ater-se às normas *executivas/produtivas* hierarquicamente superiores.

Ciente dessa estruturação escalonada, mas pela perspectiva das fontes, NEVES⁶⁷ também salienta que por intermédio dessas inicia-se uma cadeia de fundamentação e derivação, na qual exclusivamente com aquela fundamentação, estaria a norma originária passando de um misto de fundamentação/derivação, para normas intermediárias e finalmente portando a última a característica apenas de execução.

Sedimentada a questão de que o ordenamento jurídico é composto de normas, cuja unidade advém de uma norma fundamental, cumpre melhor especificar sua composição, sendo então imperativo realizar uma abordagem no concernente à *fonte* emanadora das normas.

Para tanto, torna-se inerente compreender qual o significado de *fonte*, dispondo BOBBIO⁶⁸ no sentido de serem “aqueles atos ou fatos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”. Mas, melhor elucidando, o complexo jurídico compõe-se, não só de normas de *comportamento*, ou *imperativas de primeira instância* (imperativas, proibitivas e permissivas), mas também de *estrutura*, ou de produção jurídica. Estas, *imperativas de segunda instância*, ao contrário, apresentam uma classificação mais vasta, qual seja: “normas que mandam ordenar, que proíbem ordenar, que permitem ordenar, que mandam proibir, que proíbem proibir, que permitem proibir, que mandam permitir, que permitem permitir.”⁶⁹

Dessa feita, esclarecido o conceito de fonte, essa pode ainda ser de cunho *simples* ou *complexo*⁷⁰, o que já torna possível adiantar que o característico de um ordenamento jurídico está na segunda. Tal diversidade se faz presente⁷¹ por uma

⁶⁷ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 28.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 45.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 47-48.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 37.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 38.

necessidade, ante inexistir condições de que uma única fonte possa dar conta da complexidade que requer uma sociedade.

Consolidada essa complexidade, BOBBIO⁷² ainda apresenta os expedientes da *recepção* e da *delegação*, sendo que, juntamente com as fontes *diretas*, temos as *indiretas* que se subdividem em: *reconhecidas e delegadas*, as quais a título exemplificativo estão os *costumes* e o *regulamento*⁷³.

Assim, mesmo que reconhecida a complexidade das fontes normativas, a constituição de um ordenamento não se afasta de um parâmetro de elaboração que BOBBIO⁷⁴ vem nominar de *fonte das fontes*, como sinônimo de poder originário.

Contudo, e para não entrar em contradição com o explicitado, esta concepção não simplificaria o ordenamento jurídico. Ao contrário, mesmo num ordenamento em constituição, este sofrerá limitações de natureza *externa*, pois influenciado por fatores sociais, costumeiros, religiosos, morais⁷⁵, e *interna*, uma vez que, conforme já salientado, a abstração originária requer uma posterior regulação, que estará presente em órgãos, nas municipalidades e até nos indivíduos/particulares, num autêntico *poder de negociação*⁷⁶, sendo nesse aspecto interno reconhecida uma autolimitação do poder originário/soberano.

Desse modelo de constituição acima esboçado, é-lhe inerente deduzir a existência de limites de conteúdo e de forma face à norma de referência e a última norma produzida. Assim, exemplificativamente, a ordem constitucional estabelece o conteúdo e a forma pela qual o legislador ordinário poderá atuar que, conseqüentemente, também será um fator de vinculação do poder jurisdicional, afirmando BOBBIO:

Quando se diz que o juiz deve aplicar a Lei, diz-se, em outras palavras, que a atividade do juiz está limitada pela Lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei. Se essa correspondência não ocorre, a sentença do juiz pode ser declarada inválida, tal como uma lei ordinária não-conforme à Constituição⁷⁷.

⁷² BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 38.

⁷³ A função do *regulamento* seria o de esmiuçar o conteúdo genérico de uma fonte direta. Também, conforme BOBBIO, este raciocínio e relação entre *regulamento/fonte direta*, tem guarida, respectivamente quanto à *lei ordinária/constituição*.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 41.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 41-42.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 41-42.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 56.

Afirma ainda que, “em geral os vínculos do juiz com respeito à Lei são maiores que aqueles existentes para o legislador ordinário com respeito à Constituição”.⁷⁸

Pelo exposto, o que se procurou foi demonstrar o que se entende por ordenamento jurídico e o que torna possível considerá-lo como uno e sistêmico. E, por essa base eleita, dar condições a melhor compreender os chamados *sistemas processuais penais* (cap. 2) que, em que pese a comum terminologia, *sistemas*, são considerados modelos de aplicação do Direito Processual Penal, por sua vez inserido nesse sistêmico complexo jurídico referido.

Por essa razão que adiante se congregará, como sinônimo denominativo, *sistemas/modelos processuais penais*. Antes, porém, direciona-se ao suporte teórico a dar amparo futuro (cap. 3) no que tange ao atuar escorreito do Juiz criminal no âmbito do Direito Processual Penal.

2.2.1 Ordenamento e Estrutura: As Incompatibilidades Inerentes

Pela terceira significação atribuída por BOBBIO ao contexto sistêmico, requer este a não deparação com incompatibilidades⁷⁹, também denominadas antinomias⁸⁰. Contudo, tal disposição já conduz para existência dessas contrariedades⁸¹, cumprindo então verificar quando se instaura este quadro discrepante. Conforme BOBBIO⁸², este se dá quando se deparam normas que “obrigam e proíbem, obrigam e permitem, e proíbem e permitem”⁸³.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 56.

⁷⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 49. “Em sendo considerado como sistema, não se pode aceitar a existência de antinomias.”

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19. “Antinomia é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular.”

⁸¹ VAZ, Anderson Rosa. **Introdução ao Direito**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 301. Nesse sentido o autor: “Contudo, dizer que em um ordenamento jurídico não devem existir antinomias não impede que efetivamente elas existam. Pelo contrário. As contradições são tão comuns quanto as próprias normas.”

⁸² BOBBIO, Norberto. Obra citada. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 86.

⁸³ ROSA, Alexandre Morais da. Obra citada. p. 49. Nesse sentido também faz referência o autor.

Essa caracterização exige também para sua ocorrência, que as normas devam estar contidas num mesmo ordenamento.⁸⁴ Ademais, outra particularidade exigida, é a de que as normas estejam num mesmo contexto de validade, qual seja: *espacial, material, temporal e pessoal*.⁸⁵

Para melhor esmiuçar a seara das incompatibilidades normativas, também se apresenta a classificação de ROSS⁸⁶, trazida por BOBBIO, que pode ser deflagrada do seguinte modo: *total-total, parcial-parcial e total-parcial*⁸⁷. Pela primeira, a *antinomia* subsistirá completamente. Já na segunda, somente na parte que for comum. Finalmente na terceira, em uma das normas haverá total restrição ante seu âmbito de aplicação ser menor comparativamente à outra.

2.2.2 Antinomias: Mecanismos de Solução

Constatada a possibilidade de existência de normas *antinômicas* no âmbito de um sistema normativo, cumpre guiar-se ao amparo de possíveis soluções.

Para tal BOBBIO⁸⁸ apresenta elementos de resolução *solúveis* identificados nos critérios, *cronológico*⁸⁹ (*lex posterior derogat priori*), *hierárquico*⁹⁰ (*lex superior*) e de *especialidade*⁹¹ (*lex specialis derogat generali*)⁹². Pelos dois primeiros, há total

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 87. “O problema de uma antinomia entre duas normas pertencentes a diferentes ordenamentos nasce quando eles não são independentes entre si, mas se encontram em um relacionamento qualquer que pode ser de coordenação ou de subordinação.”

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 88.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 88-89.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 29-30. Nesse sentido dispõe a autora.

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 92.

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. Obra citada. p. 34. “[...] se remonta ao tempo em que as normas começaram a ter vigência, restringindo-se somente ao conflito de normas pertencentes ao mesmo escalão.”

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. Obra citada. p. 34. “O princípio *lex superior* quer dizer que em um conflito entre normas de diferentes níveis, a de nível mais alto, qualquer que seja a ordem cronológica, terá preferência em relação à de nível mais baixo.”

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. Obra citada. p. 39. “A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral.”

⁹² ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 51. Nesse sentido também demonstra o autor.

eliminação da norma incompatível, ao passo que pelo último, lembrando a classificação de ROSS, deparamo-nos com a incompatibilidade dita *total/parcial*.⁹³

Nesse sentido também opera VAZ:

Existem três critérios de solução de incompatibilidades entre normas: a) o critério cronológico; b) o critério hierárquico; c) o critério da especialidade. O critério hierárquico é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a superior: *lex superior derogat inferiorem*. O critério da especialidade é aquele pelo qual, entre duas norma incompatíveis, sendo uma geral e outra especial, prevalece a especial: *lex specialis derogat generalem*. O critério cronológico é aquele pelo qual, quando aparecerem duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priorem*.⁹⁴

Contudo, tais critérios gerais não são totalmente dirimentes⁹⁵, apresentando-se insuficientes ou conflituosos (quando presentes normas contemporâneas do mesmo nível e gerais), resultando naquilo que BOBBIO denominou de *antinomias insolúveis*⁹⁶.

A princípio, aponta⁹⁷ como saída, a *forma da norma*, qual seja, de natureza *imperativa, proibitiva e permissiva*. Para tanto, estabelecer-se-ia uma espécie de gradação ou prevalência, que exemplificativamente entre *proibitiva e permissiva*, haveria preferência para a última, ou seja, a regra mais favorável. Mas isto pode dar ensejo a uma situação prejudicial. Em razão disso aduz BOBBIO:

O problema real, frente ao qual se encontra o intérprete, não é o de fazer prevalecer a norma permissiva sobre a imperativa ou vice-versa, mas sim o de qual dos dois sujeitos da relação jurídica é mais justo proteger, isto é, qual dos dois interesses em conflito é justo fazer prevalecer: mas nessa decisão a diferença formal entre as normas não lhe oferece a mínima ajuda.⁹⁸

⁹³ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 96-97.

⁹⁴ VAZ, Anderson Rosa. **Introdução ao Direito**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 301-302.

⁹⁵ VAZ, Anderson Rosa. Obra citada. p. 302. Nesse sentido o autor: Veja que o método hierárquico somente tem ensejo se as normas contraditórias forem de hierarquias diferentes. Se a incompatibilidade for entre duas leis ordinárias, por exemplo, impossível a aplicação desse método. O método da especialidade, por sua vez, pressupõe que as normas conflitantes sejam uma geral e outra especial. Porém, se ambas as normas forem gerais ou ambas especiais, não se pode solucionar o busílis pelo critério da especialidade. Por fim, o método cronológico somente pode ter lugar se as normas incompatíveis tiverem sido publicadas em datas diferentes. Se forem normas contemporâneas, não tem espaço esse critério solucionador de antagonismos normativos. Fala-se, então, em hierarquia dos critérios. Isso significa que cada um dos critérios acima descritos têm pesos diferentes, de forma que, em não podendo solucionar a incompatibilidade com apenas um deles, deve-se recorrer ao critério mais forte.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 92.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 98.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 99.

Por essa razão avança para outra hipótese, qual seja: da interpretação ou do intérprete propriamente dito⁹⁹, ocasião em que surge o Juiz. Esse, conforme BOBBIO¹⁰⁰, poderá optar pela *eliminação de uma das normas*, pela *eliminação das duas* (não no sentido de revogá-las, já que ao juiz não se atribui este poder¹⁰¹) ou pela *conservação*, sendo essa a hipótese mais freqüente, na qual se procura eliminar a incompatibilidade e não a norma, por intermédio daquilo que denomina *correção*.¹⁰²

Elucidadas essas hipóteses para se sanar *antinomias*, ainda há que se esclarecer a possibilidade de choque¹⁰³ entre os critérios acima referidos e suas respectivas conseqüências. Assim, na hipótese de se deparar uma *norma constitucional anterior* e uma *ordinária posterior* (critério hierárquico *versus* cronológico), a solução estará na prevalência da norma de nível superior, qual seja a constitucional. Outra situação levantada por BOBBIO¹⁰⁴ é a do confronto entre uma *norma anterior especial* e uma *posterior geral* (critério da especialidade *versus* cronológico), ocasião em que aponta a relevância da especial mesmo que anterior. Por fim, compara uma *norma superior geral* em face de uma *inferior especial* (critério hierárquico *versus* especial), preponderando a primeira.¹⁰⁵

Finalmente, e dentre as hipóteses elencadas, uma derradeira questão recorre no que é pertinente a um dever de coerência¹⁰⁶. Dessa forma, o que se questiona é a quem deve recair essa obrigação? Ou seja, àquele que tem o poder de emanar normas ou de seu aplicador, o Juiz? Em resposta, este dever de coerência nem sempre estará presente em ambos. Isto estará a depender de cada um dos critérios abordados. Assim, num contexto hierárquico, tanto o legislador,

⁹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 51-52. Do mesmo modo declina o autor.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 100.

¹⁰¹ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 17. Nesse sentido refere-se a autora: "Em razão da proibição da denegação da justiça, ela acaba sendo resolvida pelo órgão judicante, apesar de sua decisão não implicar solução da antinomia, pois somente pretende evitar o prosseguimento desse conflito normativo num dado caso singular. Sem embargo, esse conflito permanece latente dentro do sistema até que o legislador o solucione."

¹⁰² BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 103.

¹⁰³ VAZ, Anderson Rosa. **Introdução ao Direito**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 302. Nesse sentido o autor.

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 108.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 109. "Mas na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva freqüentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional". Cita BOBBIO hipótese em que isto ocorreu no ordenamento italiano.

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. Obra citada. p. 110-114.

quando para a produção de normas inferiores, quanto o Juiz, quando de sua aplicação, devem estar atentos ao parâmetro superior.

Mas de tal dever exime-se o legislador e não o juiz, quando se deparam com normas de mesmo nível e sucessivas no tempo.

Contudo, isentos de qualquer dever de coerência estão aqueles que exercem este ofício quando de normas de mesmo nível e contemporâneas (códigos), em que o resultado dessa abordagem conforme BOBBIO¹⁰⁷ se direciona no sentido de que a compatibilidade de normas não seria uma condição de validade.

Pelo exposto, e em especial pela primeira e terceira hipóteses salientadas por BOBBIO, o que se objetiva é trazer para um ordenamento considerado como uno e sistêmico, mecanismos de solução, ante a já inegável constatação quanto à incompatibilidade de normas no âmbito desse.

Tendo em vista esse esboço teórico de estruturação, e do delineamento dos instrumentos para a elucidação de incompatibilidades é que, por intermédio desta matriz teórica, ainda se procurará identificar outros fatores úteis à compreensão do ordenamento jurídico, sempre voltado ao Direito Processual Penal e ao Juiz Criminal considerado como o guardião desse ordenamento sistêmico. Para tanto é que se vem agregar outro suporte teórico.

2.3 ORDENAMENTO JURÍDICO: DEMAIS SUPORTES

Se o modelo constitucional brasileiro é dito como Democrático e de Direito, é preciso verificar a possibilidade de aproximá-lo, compará-lo, ou mesmo de fato identificá-lo com o modelo *garantista*.

Contudo, antes, torna-se ao menos necessário colacionar posição a dar fundamento significativo ao Estado Democrático de Direito. Sendo assim, consoante BONAVIDES:

A *democracia*, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de *Estado de Direito*, que surgiu como expressão jurídica da

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999. p. 112-113.

democracia liberal¹⁰⁸. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito¹⁰⁹, nem sempre de conteúdo democrático¹¹⁰. Chega-se agora ao *Estado Democrático de Direito* que a Constituição acolhe no art. 1 como um conceito-chave do regime adotado [...]. O Estado Democrático de Direito reúne os princípios de Estado Democrático¹¹¹ e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um comportamento revolucionário de transformação do *status quo*.¹¹²

Retomando a vertente garantista, a plêiade de significados que lhe decorre, e para o escopo que se pretende desenvolver, este modelo, para um contexto de cunho jurídico, compreende “un sistema de vínculos¹¹³ impuestos a la potestad punitiva del estado¹¹⁴ en garantía de los derechos de los ciudadanos¹¹⁵”, afirmando

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 112. Como característica cita: *a submissão ao império da lei; a divisão de poderes; a enunciação de garantia dos direitos individuais*. Dispõe o autor: “A concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres [...]. Por outro lado, se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser Estado de Legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução deformante. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente.”

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. Obra citada. p. 115. Dispõe no sentido de que: “O qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social.”

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. Obra citada. p. 115-116. Evidencia a insuficiência ao salientar que: “A palavra social está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, como sua própria visão social e do Direito, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito”, salientando ainda compadecer-se com regimes políticos antagônicos.

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri**. Símbolos e Rituais. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 21-22. Nesse sentido e numa linha evolutiva o autor: “Com o advento do Estado Democrático de Direito, toda a teoria jurídica necessita de uma adequação a esse novo modo (modelo) de produção do direito. Rompendo com a perspectiva de o Direito ser ordenador (modo/modelo de produção liberal-individualista-normativista), passa-se a perceber/entender o Direito como promovedor (Estado Social) e transformador (Estado Democrático de Direito).”

¹¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 112.

¹¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 23. No que tange a essa vinculação, afirma: “Na verdade o Estado moderno, democrático, tem guardado uma obediência sensível ao ordenamento jurídico. [...] Portanto, o próprio fundamento que em última análise confere ao Estado a prerrogativa de exercer o poder – que é a sua capacidade de impor a ordem – impede que ele deixe de sujeitar-se às leis destinadas a ordenar a própria sociedade.”

¹¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 98. “O Estado de direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma *constituição* limitadora do poder através do império do direito.”

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. 6 ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 852.

ainda FERRAJOLI que, “es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.”¹¹⁶

A par do acima enunciado, opta-se inicialmente pela cisão entre aquela *vinculação* e a conseqüente *efetivação*, a fim de se compreender equiparativamente, o motivo pelo qual nos consideramos como um Estado Democrático de Direito, bem como os efeitos que lhes são inerentes.

2.3.1 A Vinculação para o Estado-Juiz

Por essa opção, elegendo desde já o primeiro aspecto atinente à *vinculação* do Estado, FERRAJOLI, para a evidenciação de um Estado de Direito, com respaldo em BOBBIO, imprime para a sua caracterização a necessidade de se considerar determinados limites de submissão por parte do Estado, o qual no seu agir, se submeteria *per e sub leges*¹¹⁷. Ou seja, por intermédio das leis abstratas¹¹⁸ e submetido aos seus conteúdos¹¹⁹, respectivamente.

Não obstante, quanto ao segundo modo limitativo, enfatiza¹²⁰ caracterizar-se por um sentido *débil*, em que o poder é conferido pela lei e exercido por seus procedimentos¹²¹, e por uma face *forte* evidenciada pela limitação legal e também de conteúdo¹²².

Contudo, por esses aspectos, e de acordo com FERRAJOLI, apenas o segundo restaria identificado aos modelos constitucionais de caráter rígido. Daí que,

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. 6 ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 852.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 856.

¹¹⁸ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 17-19. Consoante o autor esse modo de manifestação racional do novo Poder dominante, se deu em substituição ao poder originário calcado no patrimonialismo, objetivando com isso uma impessoalização e limitação de poder, por intermédio dessa formalidade.

¹¹⁹ CADEMARTORI, Sérgio. Obra citada. p. 19. “De seu lado o governo *sub lege* equivale à submissão de todo poder ao direito, desde o nível mais baixo até os superiores, através do processo de legalização de toda e qualquer ação do governo”.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 856.

¹²¹ CADEMARTORI, Sérgio. Obra citada. p. 24. No mesmo sentido afirma que: “Qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos pela mesma estabelecidos”.

¹²² CADEMARTORI, Sérgio. Obra citada. p. 24. Dispõe que: “Todo poder deve ser limitado pela lei, a qual condiciona não somente suas formas e procedimentos de atuação, normativa ou executiva, mas também o conteúdo daquilo que ela pode (ou não) dispor.”

associando esses aspectos à legalidade em sentido *lato* (formal) e *stricto* (substancial) conclui FERRAJOLI:

El término estado de derecho se usa aquí en la segunda de ambas acepciones; y en este sentido es sinonimo de garantismo. Por eso designa no simplemente un estado legal o regulado por la ley, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) En el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público – legislativo, judicial y administrativo – está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio (...); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos.¹²³

No mesmo sentido CADEMARTORI quando se refere ao Estado Constitucional de Direito, como superação à crise da lei e do Estado legislativo. Eleva a Constituição a um patamar normativo, “como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa. Assim, a lei fica vinculada a uma instância jurídica superior, tal como é a Constituição.”¹²⁴ Ou seja, o que se constata é uma ampliação no que tange à limitação do poder estatal ao Direito. Nesse sentido, ainda bem elucidada:

Destarte, a passagem do Estado legislativo ao constitucional pressupõe o carácter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado. As normas constitucionais são vinculantes – de tal modo que resta assim superada definitivamente a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal – e estarão situadas acima dos poderes do Estado e fora do campo de ação e conflito políticos. Desta forma, os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais – pelo menos em condições de normalidade – e, precisamente por isso, do próprio Direito enquanto realidade constituída.¹²⁵

Portanto, o que se constata é a presença de uma limitação num Estado Constitucional de Direito, por intermédio da submissão às normas constitucionais, que mesmo dependentes de um poder determinado (constituente) para sua alteração, materializam-se pela positivação de determinados *referenciais jurídicos*¹²⁶:

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. 6 ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 856-857.

¹²⁴ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 27.

¹²⁵ CADEMARTORI, Sérgio. Obra citada. p. 28.

¹²⁶ CADEMARTORI, Sérgio. Obra citada. p. 29.

os direitos fundamentais¹²⁷. Esses, por sua vez, com repercussão em todo o ordenamento jurídico, não obstante a constatação dessa ampliação de natureza reguladora, também são dependentes de garantia. E no âmbito do Direito Processual Penal isto estará a depender daquele que faz parte do órgão julgador, já que, por esse ideal são erigidos os cidadãos (acusados) ao patamar de sujeitos de direitos (cap. 2).¹²⁸

Por essa razão que se justifica a cisão que acima se propôs, já que, a partir daquelas características que vem a identificar um Estado de Direito e, por sua vez, um Estado Constitucional de Direito, com ênfase no caráter limitativo e de direitos fundamentais, é que se estabelece uma base de identificação do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, mesmo ao cumprir essa finalidade, referida concepção servirá ainda como parâmetro de identificação do modelo/sistema processual penal que atualmente deve orientar o processo penal brasileiro (cap. 2).

2.3.2 A Natureza da Efetivação

Conforme se mencionou, essa ampliação limitativa do poder estatal encontrada num Estado Democrático de Direito, não significa que aquilo que está positivado constitucionalmente de fato será *efetivado*. Nesse sentido, afirma CADEMARTORI:

Permanece sem solução o problema da formalidade ou inefetividade dos limites jurídicos, agora constitucionais, ao poder. E é que, dado que foi utilizada uma forma jurídica – a constitucional – como limite ao poder do Estado, pode-se entender como reproduzido o temor ao esvaziamento formal da norma legal, agora em sede constitucional¹²⁹.

Constatada a primazia da constituição a ser considerada como um parâmetro de atuação dos poderes do Estado, bem como dessa elevação não se

¹²⁷ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 33-34. Dentre suas características cumpre enfatizar estarem identificados como sendo: uma prerrogativa do indivíduo em face do Estado, de seu cunho histórico e de serem inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. 6 ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 859-860.

¹²⁹ CADEMARTORI, Sérgio. Obra citada. p. 30.

refletir em plena garantia, é que se dá lugar à elucidação de aspectos tais como a *vigência*, *validade* e *eficácia* das normas, que, a exemplo dos ítems acima também servirão de suporte teórico à compreensão e à efetivação do sistema processual penal brasileiro (cap. 3).

Em razão disso, cumpre informar o sentido de cada um desses elementos, já que, não raro podem assumir significado distinto¹³⁰. Para tanto, opta-se pelo esboço explicativo trazido por determinados autores, iniciando tal panorama por REALE¹³¹. Dispõe que a *validade* da norma de direito vislumbra-se pelo requisito *formal* ou *técnico-jurídico* (vigência), *social* (efetividade) e *ético* (fundamento). Assim, no âmbito da *validade*¹³² compreende-se a *vigência*¹³³, a *efetividade* e o *fundamento*.¹³⁴

No que se refere à *vigência*¹³⁵ ou *validade formal*, caracteriza-se como “a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração”¹³⁶. Ainda, e numa linha normativista mais específica dispõe o mesmo autor que:

O problema da vigência confunde-se com o dos requisitos formais indispensáveis a que uma regra de direito adquira ou perca vigor (legitimidade do órgão emanador da lei; sua compatibilidade com outros de maior hierarquia; respeito à distribuição das competências; sanção, promulgação e publicação, para nos atermos ao exemplo mais comum das normas legais).¹³⁷

Ou seja, deve ser observado não só o aspecto *subjetivo*, ou seja, de competência para emanção das normas, as quais são determinadas pela Constituição Federal, como também o rito procedimental adequado, ou seja, o devido processo legal propriamente dito, pelo qual podem esses órgãos emanadores

¹³⁰ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 68. Como exemplo dispõe o autor que: “O termo *vigência*, empregado como sinônimo de eficácia por autores de língua espanhola, como adverte Miguel Reale, é identificado aqui como validade extrínseca da norma pelo preenchimento de formalidades essenciais à sua formação.”

¹³¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed, São Paulo: Saraiva, 2007. p. 105.

¹³² NADER, Paulo. Obra citada. p. 68. “Por *validez* denominamos genericamente os vários atributos do Direito: vigência, eficácia, efetividade e legitimidade.”

¹³³ REALE, Miguel. Obra citada. p. 105. De acordo com o autor, os de fala espanhola utilizam a expressão *vigência* como sinônimo de eficácia.

¹³⁴ REALE, Miguel. Obra citada. p. 115-116.

¹³⁵ NADER, Paulo. Obra citada. p. 69. “O atributo jurídico denominado *vigência* significa que a norma, por atender a determinados requisitos técnico-formais de elaboração e positividade, acha-se posta à executoriedade.”

¹³⁶ REALE, Miguel. Obra citada. p. 108.

¹³⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 597.

deliberar. Não obstante, REALE, nesse aspecto, não faz dissociação de outros requisitos de validade¹³⁸ como o fator ético (fundamento)¹³⁹ e de obediência dos membros de uma coletividade (eficácia)¹⁴⁰. Com essa consideração conclui:

Uma lei em conflito com a tábua de valores, que dá sentido e fisionomia a um ordenamento jurídico, representa apenas um episódio, um momento de anormalidade e, como tal, deve ser apreciado em função de todo o sistema do Direito, que condiciona não só a norma particular, mas o Poder mesmo de que emana.¹⁴¹

Ademais, ainda do cotejo desses elementos, REALE reconhece a eficácia¹⁴² de regras não consideradas pela coletividade, e dessa realidade acrescenta que, quando da aplicação de uma regra nesse sentido conflitiva, deve o judiciário atenuar ou eliminar seus efeitos, “dando-lhe interpretação condizente com o espírito do sistema geral, graças à sua correlação construtiva com outras regras vigentes.”¹⁴³

Em continuidade a esse raciocínio, após as considerações de REALE, e no desiderato de elucidar a linha de compreensão dos elementos de *validade*, *vigência* e *efetividade*, vem salientar CADEMARTORI o perigo de considerá-los como se sinônimos fossem¹⁴⁴. Em razão disso, da comparação ou identificação entre *vigência* e *validade*, destaca, conforme já salientado, a possibilidade de:

¹³⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 591-592. Nesse sentido afirma : “Não se poderia sequer falar de Filosofia do Direito se esta não se empenhasse na pesquisa dos valores que dão legitimidade ética ao sistema do Direito e aos institutos jurídicos particulares. É nessa ordem de idéias que se põem outros aspectos da validade, como, por exemplo, o problema das regras jurídicas imperfeitas, pois, a rigor, devem ser consideradas perfeitas só as normas de Direito dotadas de fundamento ético e que, originadas de um processo coerente e lógico de competências, sejam efetivamente obedecidas pelos membros de uma convivência: nelas, por conseguinte, atende-se a exigências axiológicas, psico-sociológicas e técnico-formais”.

¹³⁹ REALE, Miguel. Obra citada. p.594. Entende por fundamento no plano filosófico como sendo: “O valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade, e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade.”

¹⁴⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. p. 112-113. “A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. [...] O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um *mínimo de eficácia*, de execução ou aplicação no seio do grupo.”

¹⁴¹ REALE, Miguel. Obra citada. p. 594.

¹⁴² NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 72. “Por eficácia devemos designar o resultado social positivo alcançado pelas normas jurídicas. Lei eficaz é aquela que provoca as conseqüências sociais almejadas por seus autores ao elaborá-la.

¹⁴³ REALE, Miguel. Obra citada. p. 113.

¹⁴⁴ GALVES, Carlos Nicolau. **Manual de Filosofia do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 244. Nesse sentido destaca o autor: “O problema básico do Direito Positivo é, pois, o de saber quando ele é, na verdade, positivo. Ora, fundamentalmente há dois modos de entender o que é “positivo”, modos esses que abrangem todas as divergências acima expostas: a validade e a eficácia. Válido é o Direito corretamente elaborado pela Autoridade competente; efetivo, ou eficaz, é o Direito

Entender-se que somente as normas que tem eficácia social são válidas, desconhecendo que os critérios de validade são exclusivamente jurídicos, o que pode levar à aceitação passiva de normas inválidas mas eficazes; e desconsiderar as normas válidas que ainda não tem eficácia como não jurídicas, castrando-lhes o potencial de transformação e concretização de interesses legítimos da sociedade.¹⁴⁵

Re-enfatizando o escopo dessa abordagem, seguindo na elucidação desses aspectos, para Kelsen a validade está para a existência e a eficácia para a observância, em que esta seria condição daquela. Nesse sentido resume CADEMARTORI:

Temos que em Kelsen, 1) a validade é independente da eficácia, não se confundindo com esta, mas sendo esta a condição daquela; 2) a eficácia é condição de validade, no sentido de que sem eficácia a norma deve entender-se como tendo perdido validade (o fenômeno da dessuetude); 3) a eficácia sustenta indiretamente a validade da norma, dado que somente pode postular-se validade de uma norma isolada quando ela pertencer a um ordenamento que, este sim, deve ser eficaz para ser obedecido.¹⁴⁶

Sobre a linha de consideração de Kelsen, também observa NADER:

Partindo do conceito de que vigência significa “existência específica de uma norma” e que esse atributo indica a ordem do *dever ser* e não do *ser*, Hans Kelsen destaca a necessidade de se distinguir vigência e eficácia, entendida esta como “fato real de a norma ser efetivamente aplicada e observada”. Em seguida a tais considerações, o famoso autor austríaco, modificando substancialmente o seu pensamento e desnaturando a pureza metódica de sua teoria, condiciona a vigência da norma, isto é, a sua validade, a um mínimo de eficácia: “Uma norma que nunca e em parte alguma não é eficaz em uma certa medida não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia é a condição de sua vigência.¹⁴⁷

Para BOBBIO, o critério de *validade*, que entende como sendo aquele atinente a sua existência, e o de *eficácia*, relacionado à observância pelos destinatários e aplicadores, os compreende como independentes.¹⁴⁸ Não obstante,

que está sendo realmente vivido na sociedade. Positivo, para uns, é o válido; para outros, é o efetivo.”

¹⁴⁵ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 41-42.

¹⁴⁶ CADEMARTORI, Sérgio. Obra citada. p. 52-53.

¹⁴⁷ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 70-71.

¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 28-31.

consoante CADEMARTORI¹⁴⁹, além de BOBBIO não quedar-se alheio ao referencial fático jurídico:

A validade das normas encontra-se condicionada a determinados limites *materiais* e *formais* de produção. Ele constata que as normas inferiores, para serem válidas, devem respeitar limites estabelecidos nas normas superiores não só quanto à forma ou processo de produção (regras de procedimento e competência), como também quanto ao seu *conteúdo*, sob pena de ser declaradas “ilegítimas” (sic) e ser expulsas do sistema. Assim, uma norma que contrarie os conteúdos previstos em disposições constitucionais (e.g. os Direitos e garantias) terá a sua invalidez declarada.¹⁵⁰

Já para FERRAZ JR a *validade* está identificada à adstrição a certos requisitos. Não obstante, distingue *validade* de *vigência*, em que esta última é condizente ao aspecto temporal. Por sua vez, a *eficácia* compreende a produção de efeitos.¹⁵¹ Daí que, para o autor há dissociação entre a *validade* e seu conseqüente cumprimento, bem como pela congruência das regras ao ordenamento, tanto no aspecto de produção como de finalidade.

Após esse panorama, culmina-se em último referencial, o de FERRAJOLI, concebido como um modelo hierarquizado e de limitação de poder.¹⁵² Não obstante, caracteriza-se pela inserção de determinados valores que recairão nos chamados direitos e garantias fundamentais, que, pela primeira acepção garantista¹⁵³, de cunho normativista, enfatiza o plano jurídico de limitação do Estado e de garantia dos cidadãos.

Contudo, para o que se propõe, tem lugar aqui a segunda¹⁵⁴ acepção, a qual compreende justamente a *validade*, a *efetividade* e a *vigência* das normas que ora se procura esclarecer. Assim, consoante esse segundo sentido, dispõe

¹⁴⁹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 66

¹⁵⁰ CADEMARTORI, Sérgio. Obra citada. p. 66-67.

¹⁵¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 196-197.

¹⁵² CADEMARTORI, Sérgio. Obra citada. p. 72.

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. 6 ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 851-855.

¹⁵⁴ VAZ, Anderson Rosa. **Introdução ao Direito**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 295. “O garantismo jurídico possui três significados: pelo primeiro, deve-se entender por garantismo um modelo normativo próprio dos Estados de direito capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade dos cidadãos; no segundo sentido, o garantismo designa uma teoria jurídica que entende a vigência, a validade e a eficácia da norma como categorias distintas, de forma que uma norma pode ser vigente e não ser válida, ser vigente e não ser eficaz, ser eficaz e não ser vigente, ser eficaz e não ser válida ou ser válida e não ser eficaz.”

FERRAJOLI¹⁵⁵ no sentido de distinguir *validez* e *efetividade*, como também, *existência* e *vigência*¹⁵⁶. Por esse parâmetro, o compreende como:

Una aproximación teórica que mantiene separados el ser y el deber ser en el derecho; y incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia – dentro de ciertos límites fisiológica y fuera patológica – que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.¹⁵⁷

A corroborar na compreensão daquilo que é pertinente ao ser e deve ser da concepção de FERRAJOLI, bem como na distinção quanto aos elementos *validade*, *vigência* e *eficácia*, salienta VAZ:

A palavra *vigência*, para esse autor, deve ser utilizada apenas como sinônimo de legitimidade jurídica formal, ou seja, a norma foi produzida em obediência às regras do plano procedimental. *Validade*, por sua vez, diz respeito ao juízo de valor que se deve fazer entre a norma vigente e os princípios constitucionais positivados. Diz respeito ao mundo do dever-ser do direito. Para que uma norma seja considerada válida, ela deve ter o conteúdo condizente com o plano constitucional superior. Logo, trata-se de um padrão de legitimação jurídica substancial. Por isso, uma norma pode existir, isto é, ser vigente, porém não ter validade aos olhos do hermeneuta jurídico. Por fim, tem-se a *eficácia*, que é o direito que acontece no plano prático. Trata-se no plano do ser jurídico. O fato de uma norma ser efetiva, tendo, portanto, capacidade para surtir efeitos no plano social, não faz a norma válida. Pelo contrário. A teoria garantista surge justamente pelo fato de o direito infra-constitucional distorcer na prática aqueles valores de justiça consagrados no plano constitucional.¹⁵⁸

Assim, diversamente do que se pôde observar anteriormente, este modelo compreende além de um lado procedimental, também determinados valores ou conteúdos considerados como fundamentais. Por esse ideal garantista, se uma norma é formalmente perfeita, mas encontra óbice material ou de conteúdo, será considerada *vigente*, pois formalmente adequada, mas *inválida*, já que em choque quanto ao conteúdo. Nesse sentido conclui CADEMARTORI:

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. 6 ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 852.

¹⁵⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 35. Refere o autor: “Decorrência direta da concretização da Constituição, **Luigi Ferrajoli** propõe a (re)leitura sobre os critérios de *validade*, *vigência* e *eficácia* das *normas jurídicas*, passando a expor uma tríade de atributos desta.”

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 852.

¹⁵⁸ VAZ, Anderson Rosa. **Introdução ao Direito**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 297.

As normas vigentes (existentes) no Estado de Direito podem ser válidas ou inválidas, e eficazes ou ineficazes. Então uma lei ordinária em contradição com a Constituição ainda não declarada inválida, quanto uma norma constitucional ineficaz, estarão enquadradas na categoria de vigentes.¹⁵⁹

Compartilhando do mesmo raciocínio de FERRAJOLI, afirma ROSA:

Para este autor normas são *vigentes* (ou de validade meramente formal) quando editadas de conformidade com o processo legislativo, isto é, com o devido fundamento aferido em face da norma superior, reservando ao termo *validade* o atributo da pertinência subjetiva material com as normas situadas no nível superior, transbordando a pertinência meramente formal, típica do paradigma *Kelseniano*. A eficácia, por sua vez, ficaria vinculada à observância. Portanto, estabelece a diferenciação entre três categorias imputáveis às normas: *vigência, validade e eficácia*.¹⁶⁰

Justamente pelo que se aduziu, é que se apresentam os questionamentos relacionados à *efetividade* desse modelo, quando da comparação entre seu propósito teórico e a realidade de um determinado contexto jurídico. Por essa evidenciação que FERRAJOLI¹⁶¹ faz alusão a uma *gradação* no pertinente à teoria garantista, no sentido de uma maior ou menor aproximação de um determinado ordenamento aos seus postulados, tanto no sentido teórico como prático. Ou seja, um determinado complexo jurídico pode se coadunar perfeitamente ao modelo normativo garantista, mas quando de sua efetivação encontra-se afastado de sua proposta. Conseqüentemente, para FERRAJOLI, a existência ou identidade desta concepção normativa garantista com um determinado regramento, exige a congregação teórico-prática.

Por isso que, por intermédio desse segundo modo de conceber o garantismo, FERRAJOLI¹⁶² destaca, ao contrário de qualquer encobrimento, a possibilidade de *antinomia* identificada pela oposição entre *validez* e *efetividade* passível de constatação entre o ordenamento jurídico e suas práticas, reafirmando:

Como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas, interpretándola mediante la antinomia – dentro de ciertos limites fisiológica

¹⁵⁹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 78-79.

¹⁶⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 39.

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. 6 ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 852.

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 852.

y furea de ellos patológica – que subsiste entre validez (e inefetividad) de los primeros y efetividad (e invalidez) de las segundas.¹⁶³

Uma concepção dessa natureza, transladada à realidade brasileira, denota traços de semelhança, restringindo-se é claro à seara processual penal. De fato, o que se evidencia no processo penal brasileiro é um ordenamento constitucional de regras e princípios *válidos*¹⁶⁴, mas nem sempre *eficazes*, e um ordenamento infraconstitucional composto pelo Código de Processo Penal e leis extravagantes, *efetivo* na prática, mas nem sempre *válido*, deixando evidenciado que a (in)validez não se apresenta em toda estas normas ordinárias. Essa situação que se revela em nosso ordenamento faz, consoante a doutrina de FERRAJOLI, despertar dos Juízes, “una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes¹⁶⁵ [...] invita a la Duda, estimula el espíritu crítico y la incertitumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones.”¹⁶⁶

Não obstante essa assertiva, e no momento em que o ordenamento jurídico brasileiro se coaduna com essa proposta, no plano teórico, mas nem sempre no prático, é que se torna imperativo o questionamento quanto à razão de sua inefetividade no que é concernente ao Direito Processual Penal.

E a partir disso que se começa a justificar o motivo dessa exposição estar inicialmente calcada num esboço teórico no tocante ao ordenamento jurídico. Mas, mais do que isso, o que se procura é chamar a atenção, dentro dessa estrutura, quanto aos responsáveis pela condução das regras que compõem esse complexo normativo. Conseqüentemente, e conforme já salientado, a efetividade do modelo

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. 6 ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 852.

¹⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1146-1147. De acordo com o autor as normas seriam o gênero, em que as espécies seriam as regras e princípios. Em que pese cite critérios distintivos entre eles, volta-se a um aspecto qualitativo e naquilo que é pertinente ao presente raciocínio dispõe: “A convivência dos princípios é conflitual (Zagrebletsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à <<lógica do tudo ou nada>>), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas <<exigências>> ou <<standards>> que, em <<primeira linha>> (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm <<fixações normativas>> *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 852.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 853.

normativo garantista pela sua linha concreta ou prática não se afasta do cognoscitivo das regras de um ordenamento, por sua vez uno e sistêmico, ou seja, a exigir de seus sujeitos (principalmente do Juiz) uma atuação no sentido proposto.

Essa, então, é a razão de se apostar numa justificativa a elucidar esta ineficácia¹⁶⁷. Ante os graus propostos por FERRAJOLI, um dos motivos estaria de fato presente na figura do julgador, muitas vezes alheio ao modo de operacionalização de um ordenamento jurídico. Ao contrário, se ciente, por evidenciar uma medida singela, já seria não o único, mas um grande passo rumo à efetivação, unificando, por conseguinte os pólos teórico e prático, e assim tê-lo por reconhecido no que tange ao Processo Penal Brasileiro.

Em suma, a questão está, e se faz necessário reforçar, se para a realidade processual penal brasileira o Estado-juiz, por seu representante, está ou não de fato apto a identificar a antinomia conceituada por FERRAJOLI, e conseqüentemente desenvolver o espírito crítico salientado. Face ao bívio que se depara, opta-se pela segunda, ou seja, do desconhecimento, cuja razão pode estar em causas que oportunamente serão abordadas (capítulo 3), já que pela primeira, do Juiz ciente, mas não efetivador, diante se estaria de um evidente ato de despotismo, revelador da dissonância para com o ordenamento (cap. 1)/ sistema (cap. 2) normativo brasileiro.

Conseqüentemente, antes de qualquer incursão para uma segunda fase mais avançada, de um agir consciente ou inconsciente do julgador, e a insegurança que isso pode proporcionar na sistemática a ser abordada no contexto do processo penal, o que se objetiva com esta exposição ainda é demonstrar e posteriormente questionar uma *primeira fase*, cujo conteúdo é, como se afirmou, saber se *de fato* o julgador está realmente ciente/consciente do tipo de sistema jurídico que se insere e em conseqüência de como deve operá-lo.

Ante todo esse suporte teórico elucidativo relacionado à estruturação de um ordenamento jurídico uno e sistêmico, bem como pela inserção de determinados expedientes a servir de instrumental futuro, é que se propicia avançar na caracterização dos modelos/sistemas de aplicação do Direito Processual Penal (cap. 2), por sua vez, compreendido no bojo do ordenamento jurídico. Isso porque, a

¹⁶⁷ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 80. “Uma norma é “eficaz” quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).”

exemplo do que foi exposto, mesmo que cada um desses modelos/sistemas apresentem suas características peculiares, também, para sejam considerados como sistêmicos estarão a depender de um princípio unificador.

Face a isso, é no sentido de elucidar cada um deles que se avança, para conseqüentemente apontar o modelo/sistema aplicável ao Direito Processual Penal brasileiro.

3. MODELOS/SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Uma vez estabelecida a estruturação por uma concepção geral da teoria do ordenamento jurídico, essa proposição visou identificá-lo como um conjunto de normas organizado por um parâmetro unificador, a resultar como sistêmico. Por intermédio desse referencial nos deparamos com a etapa propícia a avançar no sentido de introduzir determinados modelos de aplicação inerentes ao Direito Processual Penal.

Tal alusão torna-se pertinente, uma vez que, ante os modelos de aplicação incidentes ao Processo Penal, estes também serão diferenciados por um parâmetro unificador. Este seria então o motivo a justificar sua relação com o ordenamento em geral, que servirá de suporte a identificar o modelo/sistema aplicável à realidade do processo penal brasileiro.

Identificados como *inquisitório*, *acusatório* e *misto*, somente após conhecer a natureza da cada um é que se poderá apontar qual deve nortear a realidade do Processo Penal brasileiro, e por sua vez autorizar o avanço na seara de sua (in)efetividade (cap. 3).

Não obstante, cumpre ainda informar que cada sistema não se reduz apenas a um modelo de aplicação do Direito Processual Penal. Antes disso, estão caracterizados por um determinado marco histórico¹⁶⁸, com repercussão na seara jurídica como conjunto de normas sistêmicas. E a partir dessa ingerência ideológica¹⁶⁹, é que se propicia o choque e a coexistência de mais de um dos modelos processuais penais que se aludiu.

Por essa realidade, há a necessidade, apostando-se na figura do Juiz, da ciência/consciência desse quanto à estruturação do complexo jurídico e da sua relação com os modelos/sistemas processuais penais.

É nessa “causa”, ausência de ciência/consciência, que se aposta em relação a problema que tanto se alardeia, qual seja, a efetivação do sistema

¹⁶⁸ DIAS, Figueiredo Jorge de. **Direito Processual Penal**. vol. 1. Coimbra: Editora LDA, 1974. p. 60. “Se há, por conseguinte, disciplina jurídica cuja história se antolhe fundamental, quer para a compreensão do seu estado actual, com a avaliação de seus méritos e deméritos, quer para a tentativa de uma prognose histórico-jurídica, essa é sem dúvida a do direito processual penal.”

¹⁶⁹ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167. Dispõe no sentido de que: “O Direito, como fenômeno jurídico, constitui um produto da cultura, resultante da evolução da humanidade. Justamente por isso é constituído de elementos políticos/ideológicos que definem um sistema de normas.”

processual penal que *deve ser*. Assim, por determinados fatores a serem apontados como indicadores do não alcance daquela, e estabelecendo uma espécie de *gradação* de ciência, o que se quer deixar claro é a crença de que a maioria dos Juízes criminais, mesmo que de forma perfunctória, ouviram ou conhecem os modelos processuais. Contudo, e naquilo que se passa a considerar como segundo plano, esta mesma grande maioria, em que pese habilitados a decidir pelo cárcere ou não, apresentam-se alheios à essência e influência de cada um deles no processo penal.

Diante disso resulta que, o transitar pelo processo penal não se dissocia de uma concepção *sistêmica*, cujo *referencial* está nos modelos/sistemas processuais penais. Contudo, atualmente, esse imperativo é algo distante para muitos dos julgadores, já que, formatados por um *senso comum doutrinário* também alheio a esta concepção. Classificados entre os que não destacam (o que se apresenta muito mais grave), e os que enfatizam tais modelos processuais, estes que o fazem, mesmo que de forma tímida, acabam por tecer uma “cortina” responsável pela cisão à necessária contextualização com os demais institutos que regem o processo penal.

Tal modo hermético de abordar o processo penal, consolidado por essa doutrina “*best seller*”¹⁷⁰, por evidente torna-se o parâmetro de consulta nos bancos acadêmicos e de “(pa)suporte” para as carreiras jurídicas.

Isso tudo vem servir de alento a um esboço crítico ao modelo processual penal operante, como empecilho à sua efetividade, uma vez que, ao transitar lado a lado com diversos modelos, cada qual se identifica por um determinado marco histórico¹⁷¹ a pender ao arquétipo de cunho democrático ou não. Nesse sentido, GOLDSCHMIDT, por LOPES JR¹⁷², dispõe que:

Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la

¹⁷⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁷¹ CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 6-7. “Julio Maier, ao avaliar o processo penal como fenômeno da cultura, afirma que entre o sistema político imperante e o conteúdo do direito processual penal existe uma direta e imediata relação, de visibilidade mais intensa, inclusive, que o nexo entre história política e direito penal material.”

¹⁷² CHOUKR, Fauzi Hassan. A Ordem Constitucional e o Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 8, p. 58-68, out-dez, 1994. Nesse sentido dispõe o autor que: “O íntimo relacionamento entre o texto político e o aparato instrumento penal é de longa data conhecido.”

estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución.¹⁷³

Em suma, o que se propõe é destacar a relevância dos sistemas/modelos processuais penais, como instrumento regente de aplicação de todos os institutos do processo penal. Daí então, a necessidade de transitar por eles.

3.1 SISTEMA INQUISITÓRIO

Num contexto de investigação histórica, os modelos/sistemas processuais penais são apresentados inicialmente pelo sistema acusatório, o qual vai perdendo espaço para o inquisitório, com a conseqüente ingerência do sistema misto. Contudo, opta-se por se fazer inicialmente a abordagem pelo sistema inquisitório a fim de que, paulatinamente se vá consolidando o caminho para o modelo/sistema processual penal aplicável ao direito brasileiro.

3.1.1 Apontamentos Históricos

Por este raciocínio, o sistema inquisitório vai conquistando espaço a partir do século XII¹⁷⁴, ao argumento da insuficiência do acusatório, cujos motivos serão adiante revelados.

Não obstante, e nunca se afastando de que tais modelos processuais estão relacionados a contextos históricos e políticos, compete antes recorrer à fase que será determinante na formação ideológica de um determinado Estado, e em decorrência, de sua estrutura jurídica.

Sendo assim, como medida contraposta aos perigos do sistema acusatório, o Senado Romano atribui aos *quaesitores*¹⁷⁵ o papel de acusar (*acusatio*) na

¹⁷³ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 150.

¹⁷⁴ LOPES JR, Aury. Obra citada. p. 156.

¹⁷⁵ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. Parte Geral. Vol II. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 313. "O método *inquisitório* tira seu nome

hipótese de o particular ou qualquer do povo não viesse a fazê-lo, ou seja, atuando como soldado de reserva ao modelo acusatório.¹⁷⁶ Fora esse aspecto, outros tais como: a prisão tanto do acusador como acusado, o sigilo, o modo escrito e a iniciativa probatória do juiz, norteavam o modelo inquisitório,¹⁷⁷ o qual estava fragmentado pela *inquisitio generalis*, adstrita somente a uma investigação quanto ao fato propriamente dito, e na *inquisitio specialis*¹⁷⁸, que seria uma segunda etapa, referente a uma investigação quanto à autoria, uma vez constatada a existência do fato.¹⁷⁹

Esse modelo também foi adotado a partir do século XIII¹⁸⁰ pela Igreja Católica, quando criado o Tribunal da Inquisição ou do Santo Ofício. Esse, por sua vez, tinha por escopo obstar qualquer tipo de ato que fosse avesso ou contrário à doutrina da Igreja Católica¹⁸¹. De acordo com MIRANDA COUTINHO:

O sistema inquisitório tem raízes na velha Roma, mormente no período da decadência, e alguns traços em outras legislações antigas. Nasce, porém, na forma como estudamos hoje, no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de “doutrinas heréticas”.¹⁸²

Segundo LOPES JR, “inicialmente eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiais que tivessem conhecimento.”¹⁸³

Esse período inquisitorial estaria inicialmente fundado numa lenda¹⁸⁴ que, em resumo, traz como conteúdo o encontro de um romano e um judeu (Pedro). Esse

dos *quaesitores* dos romanos, que foram, em sua origem, cidadãos excepcionalmente encarregados pelo Senado de investigar *certos* delitos especiais.”

¹⁷⁶ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. p. 564.

¹⁷⁷ TORNAGHI, Hélio. Obra citada. p. 564.

¹⁷⁸ SALO, Carvalho. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 8. A respeito o referido autor.

¹⁷⁹ TORNAGHI, Hélio. Obra citada. p. 565.

¹⁸⁰ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 158.

¹⁸¹ MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1989. p. 55-56. “Desde el otro punto de vista se parte del principio que otorga competencia a la jurisdicción eclesial para juzgar ataques directos contra la Fe (herejía, por ejemplo), pero se termina reconociendo para una gran cantidad de infracciones esa característica, lo que le abrió la posibilidad de juzgar a cualquier infractor que aparecía como contrario a los intereses de la Iglesia.”

¹⁸² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. *In: Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

¹⁸³ LOPES JR, Aury. Obra citada. p. 158.

¹⁸⁴ TORNAGHI, Hélio. Obra citada. p. 565.

tinha por escopo substituir a religião dos romanos pela sua negação, o que posteriormente veio a ocorrer.¹⁸⁵

De igual forma, consoante dispõe TORNAGHI:

Ao norte do Danúbio, entre os bárbaros, se os costumes eram puros, os corações não eram menos endurecidos. A ignorância e a superstição cegavam os germanos; As diferenças entre eles eram decididas pelos “juízos de Deus”; como se Êle interviesse a cada instante como testemunha para isentar os inocentes e condenar os culpados. [...] Tantos séculos vividos nesse clima somente podiam trazer em consequência a selvageria dos costumes e a impassividade dos corações.¹⁸⁶

Quedou-se, portanto, evidente a tarefa do Cristianismo em contrapor-se ao modelo romano e ao germano após a invasão bárbara, objetivando considerar a dignidade de cada indivíduo, a igualdade dos homens, a caridade, a proibição de água fervente etc.¹⁸⁷ De acordo com RAMOS:

No seu início, como dito, o processo canônico admitia os ordálios (purgatio vulgaris) como a prova da água fervente e do ferro em brasa. Contudo, e baseado no princípio de que Ecclesia abhorretet sanguinem, o Papa Estêvão V, durante o século IX, através de um decreto, proibiu-os.¹⁸⁸

Assim, consoante o referido autor, “a primeira atitude do processo canônico relativamente ao processo bárbaro, foi no sentido de condenar as provas irracionais.”¹⁸⁹

Também nesse sentido BELING:

La práctica de prueba subsiguiente (según 5, hasta la sentencia) no consistia en el esclarecimiento de los hechos relevantes por los juzgadores, sino en la práctica de determinadas actividades de las partes, cuya realización o irrealización significaba, sin más, que la parte tenía razón: juramento (normalmente con auxiliares, que debían jurar, que el juramento de la persona principal era <<puro y no impuro>>); juicios de Dios (<<ordalias>>); en especial el duelo.¹⁹⁰

¹⁸⁵ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. p. 567.

¹⁸⁶ TORNAGHI, Hélio. Obra citada. p. 567.

¹⁸⁷ TORNAGHI, Hélio. Obra citada. p. 567-569.

¹⁸⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência Processual Penal**. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 63.

¹⁸⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. Obra citada. p. 71.

¹⁹⁰ BELING, Ernest. **Derecho Procesal Penal**. Tradução de Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor, 1943, p. 404.

Tal situação irracional, talvez tenha sido crucial para a aceitabilidade do modelo inquisitório. Esta seria, segundo MAIER, uma das mudanças evidenciadas na legislação da Europa continental. Nesse sentido refere-se o autor:

Recuérdese que el enjuiciamiento germano se resumía en una lucha o combate franco entre acusador y acusado frente al tribunal popular que decidía, sometido a reglas, en procura de que la razón esplendiera a través del triunfo en la lid. Ello, a más de representar, con el avance de los tiempos, un método irracional de decisión que sometía a los físicamente débiles, terminó avalando un sistema de supremacía y poder, cuando se permitió designar representantes para que combatieran por el litigante. [...] El Derecho real abrevado en las fuentes del Derecho romano-canónico, impuso este método más civilizado y culto, aun cuando terminara, en razón de la concepción de sus metas como absolutas, por someter al hombre a la peor servidumbre e indignidad.¹⁹¹

Disso resulta considerar a ideologia da Igreja Católica que, a exemplo de quando se vislumbrou a estruturação de um complexo jurídico, apresenta-se amparada numa verdade absoluta dependente de um ato de crença, apresentando como supedâneo o fato da humanidade ter sido concebida por ato divino.¹⁹²

Essa concepção religiosa justifica-se, consoante BOFF¹⁹³, no sentido de que, com Adão e Eva os seres humanos consumiram com seus dons sobrenaturais (graça) e naturais (atinentes à inteligência). Tendo em vista essa ruptura ensejadora dessas perdas, uma das conseqüências inerentes foi o gradativo afastamento das pessoas quanto à compreensão daquela realidade/vontade divina. Em decorrência disso, se compadecendo de tal falha, surgiram as chamadas escrituras sagradas, capazes de “refazer as frases da criação e assim ter acesso às verdades divinas sobre o ser humano e o universo. Nas Escrituras, como num depósito (*depositum fidei*), estão todas as verdades necessárias para a salvação.”¹⁹⁴

Não obstante concebidas, uma implicação inerente e também inafastável para nossa realidade, é o fato de que os escritos dão ensejo a leituras ou modos de compreensão diversos. Ante esta possibilidade, e já buscando uma uniformização

¹⁹¹ MAIER. Julio B. J. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1989. p. 60.

¹⁹² LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 158.

¹⁹³ BOFF, Leonardo. Inquisição: Um espírito que continua existir. In: **Manual dos Inquisidores – Directorium Inquisitorum**. Trad. Maria José Lopes da Silva. 2 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 9.

¹⁹⁴ BOFF, Leonardo. Obra citada. p. 9-10.

exegética, é que se instituem representantes da vontade divina para a realização dessa tarefa interpretativa. Estes são: o Papa e os Bispos¹⁹⁵.

Por essa medida, o que se pode vislumbrar é uma restrição, ou melhor, uma concentração quanto a essa tarefa interpretativa, caracterizando-se por uma centralização, a qual se torna relevante à abordagem dos elementos desse modelo que ora se propõe a comentar.

Contudo, e não obstante todo o ritual inerente a essa religiosidade, materializada por uma arquitetura peculiar, por vestimentas que bem os particularizam, não há, mesmo que já estabelecida uma restrição exegética ao Papa e Bispos, de que referidos membros se dissociem dos humanos. Assim, peculiar à natureza humana é a sua falibilidade, a resultar no questionamento das conclusões interpretativas por parte daqueles. Cientes disso, aos membros referidos se concede a prerrogativa da *infallibilidade* para o desiderato que a estes era incumbido¹⁹⁶.

A partir do momento em que essa prerrogativa habita restritamente aqueles membros, o resultado é o de que “as pessoas agora podem ficar tranqüilas e gozar de plena segurança. Basta ouvir o que o Magistério ensina, vivê-lo coerentemente, e já estão em conformidade com a vontade de Deus.”¹⁹⁷ Assim, dentro logicamente desta concepção dogmática e da forma em que está amparada, a doutrina estabelecida pela Igreja assume o *status* de *verdade absoluta*, detida por seus membros. Daí que, a verdade para esta realidade já se caracteriza como algo conquistado, difundido¹⁹⁸, bem como a afastar, desde já, a possibilidade de busca daquela.

Mesmo que detentora desta verdade absoluta, arraigada num ato de fé, passível de obstaculizar qualquer tipo de investigação quanto ao seu objeto, esta estrutura ideológica não atingiu um grau máximo de aceitabilidade a ponto de todos seguirem o dogma estabelecido.

¹⁹⁵ BOFF, Leonardo. Inquisição: Um espírito que continua a existir. In: **Manual dos Inquisidores – Directorium Inquisitorium**. Trad. Maria José Lopes da Silva. 2 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 10.

¹⁹⁶ BOFF, Leonardo. Obra citada. p. 10.

¹⁹⁷ BOFF, Leonardo. Obra citada. p. 10.

¹⁹⁸ BOFF, Leonardo. Obra citada. p. 10. “Por mil formas esta verdade é distribuída por parte do Magistério cada vez como graus diferentes de certeza, sempre sob a assistência divina no horizonte da infalibilidade: pronunciamentos, admoestações, encíclicas, declarações dos sínodos e dos concílios, proclamação de dogmas de fé, etc.”

Dentro desse regime religioso, esses seriam os hereges¹⁹⁹, vez que ousavam colocar em xeque ou questionar a verdade posta pela Igreja, propondo novos discursos, pondo-se de encontro ao *núcleo* do sistema²⁰⁰, o que acaba por legitimar, por ser oportuno, um regime de intolerância calcado na tortura²⁰¹, sob pena de sucumbir o próprio ideal absoluto²⁰².

Abstraindo-se do presente contexto histórico, tal engenho nos fornece traços contributivos a influenciar o modelo de aplicação que se propõe descrever, cujo referencial, marcado por rigor e concentração, pode ser trasladado para uma realidade política e jurídica.

Historicamente, isso já se torna viável a partir do momento em que, consoante BOFF²⁰³, o cristianismo assume o *status* de religião oficial do Império²⁰⁴, o que então já evidencia a passagem deste modelo para outra seara, a política, cuja influência se dá pelo fato de que, “o cristianismo era considerado o fator principal de coesão e unidade política. Então, qualquer doutrina divergente colocava em risco essa unidade.”²⁰⁵

Conforme elucida TORNAGHI, os imperadores:

Reputando-se tutores, não apenas do bem comum temporal, mas também do espiritual, intervinham nos negócios da Igreja e, sob o pretexto de protegê-la, freqüentemente a prejudicavam. A partir de CONSTANTINO, que se arrogou o título de Bispo de Fora (o de dentro da cidade de Roma era o Papa), foram eles, cada vez mais, tratando as coisas de DEUS como

¹⁹⁹ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. p. 569. “Heresia é uma palavra grega que significa opinião, boa ou má, e, em sentido derivado, seita, filosófica ou religiosa. Falava-se antigamente em heresia peripatética e heresia acadêmica, para significar a orientação de Aristóteles e a de Platão; heresia cristã para designar o movimento de opinião dos seguidores de CRISTO. [...] Com o tempo, entretanto, a palavra heresia foi tomando sentido pejorativo até significar o erro voluntário e obstinado a respeito de um dogma de fé. É erro na opinião de quem fala. O mal da heresia não está apenas no erro, pois esse pode ser escusável, mas no fato de decorrer da insubordinação à autoridade instituída por CRISTO, do orgulho, do despeito, da ambição, especialmente dos heresiarcas chefes de seitas”.

²⁰⁰ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 159.

²⁰¹ VERRI, Pietro. **Observações sobre a Tortura**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁰² BOFF, Leonardo. Inquisição: Um espírito que continua a existir. In: **Manual dos Inquisidores – Directorium Inquisitorium**. Trad. Maria José Lopes da Silva. 2 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 11.

²⁰³ BOFF, Leonardo. Obra citada. p. 13.

²⁰⁴ TORNAGHI, Hélio. Obra citada. p. 570. Informar antes disso que: “[...] não seria possível combater as heresias pela força. A fé deve ser uma adesão racional e livre à verdade revelada. Impô-la pela coação, pela ameaça, pela violência, seria contrário ao espírito do Cristianismo e a sua concepção da virtude e do mérito. LACTÂNCIO afirmava: “A religião deve ser espontânea; não pode se inculcada pela força”. “Certamente é preciso proteger a religião, mas protegê-la morrendo e não matando: pela paciência e não pela crueldade; pela fé, não pelo crime.” Esta era, aliás, não apenas a doutrina, mas também a prática da Igreja.

²⁰⁵ BOFF, Leonardo. Obra citada. p. 13.

coisas de César. “O primeiro cuidado da Majestade imperial, diz uma Constituição de TEODÓSIO II, deve ser o de tutelar a verdadeira religião, a cujo culto está ligada a prosperidade das emprêsas humanas.” Com esta última cláusula fazia do zelo religioso uma condição do bem estar temporal. E assim começou a legislação contra os hereges. Expulsão da cidade, confisco dos bens, interdição de direitos, inabilitação para o exercício de cargos públicos eram, em geral, as penas cominadas em lei.²⁰⁶

Se antes o efeito da heresia estava na excomunhão, o que passou a ganhar espaço foi uma legislação herética (crime = pecado), em combate aos atos materiais²⁰⁷, visíveis em determinadas seitas como a dos cátaros, albigenses, valdenses²⁰⁸, etc. Ademais, conforme elucida TORNAGHI:

Um dos primeiros cuidados de Inocêncio III ao subir ao sólio pontifício foi fazer cumprir as leis vigentes. Até aí, muito bem. Mas no decreto pontifical de 25 de março de 1199 não somente ele insistiu na equiparação feita pelos imperadores cristãos entre a heresia e o crime de lesa majestade²⁰⁹, assim também, afirmou ser muito mais grave o ofender a majestade divina que a humana.²¹⁰

Por intermédio de tais atos materiais salienta ainda TORNAGHI:

Em 1184, no Concílio de Verona o papa Lúcio III e o imperador Frederico Barbaroxa, impressionados com os crimes dos cátaros no sul da França (onde eram conhecidos como albigenses) e na Itália setentrional, decidiram ordenar aos bispos que visitassem uma ou duas vezes por ano as paróquias de sua diocese, pessoalmente ou por intermédio de legados, investigassem quando houvesse suspeitas de malefícios ou conspirações e punissem os culpados.²¹¹ [...]O Concílio de Latrão, em 1215, renovou as

²⁰⁶ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. p. 570-571.

²⁰⁷ TORNAGHI, Hélio. Obra citada. p. 572. “Pelos fins do século XII e início do século XIII começavam a aparecer sujeitos que se batiam pela reforma dos costumes, o que evidentemente era louvável. Mas, por desgraça, não só os meios usados descambavam freqüentemente para a violência, como também as “virtudes” que eles pretendiam impor pela força estavam muitas vezes longe de serem hábitos bons e inocentes. Os principais foram os que a si mesmos chamavam cátaros, que quer dizer puros. Batiam-se pela renúncia a tudo quanto consideravam imundo, e entre as coisas sórdidas estava o casamento e uso de carnes. Negavam a legitimidade de qualquer autoridade temporal. Para implantar suas idéias, não tergiversavam em empregar a violência.”

²⁰⁸ TORNAGHI, Hélio. Obra citada. p. 571. “E basta consultar os autos dos processos movidos contra os Valdenses na alta Lombardia em 1387 para convencer-se alguém de que a ação punitiva do Estado, longe de propor-se intentos de coerção espiritual, visava em realidade a combater práticas e manifestações que, explodindo freqüentemente em forma de fanatismo coletivo, tornavam-se perturbadores da vida do Estado.”

²⁰⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência Processual Penal**. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 64. “O primeiro passo, no sentido da violenta repressão que ameaçava o poder da Igreja, foi a equiparação das manifestações heréticas ao crime de lesa-majestade, necessária para justificar a violenta reação. Há nessa fase, uma luta pelo poder, surdamente travada entre clérigos, nobres e o rei.”

²¹⁰ TORNAGHI, Hélio. Obra citada. p. 572.

²¹¹ SALO, Carvalho. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 8. Dispõe a respeito o referido autor.

prescrições aos bispos. Inúmeros outros concílios repetiram os mesmos preceitos. Aparecia assim a inquisição episcopal.²¹²

Em razão disso, qualquer comportamento que viesse a contraditar a ordem estabelecida, ensejaria um trato politicamente intolerante, o que vem a propiciar uma relação com a Igreja, que pela inquisição do Imperador Frederico II²¹³, “o Papa Gregório IX, temendo as ambições político-religiosas do imperador, reivindicou para si essa tarefa e instituiu inquisidores papais”²¹⁴, o que vem a desencadear outras determinações tais como: a bula de Inocêncio IV (*Ad extirpanda* – 1252)²¹⁵ e a Sagrada Congregação da Inquisição Romana e Universal ou Santo Ofício em 1542²¹⁶.

Consoante MIRANDA COUTINHO:

Entre liberais e conservadores (não fosse isto não haveria um Concílio em Latrão, em 1215), a Igreja optou pela *morte*, na esteira da Bula *Vertigentis in senium*, do Papa *Inocêncio III* (1199), a qual prepara o campo da repressão canônica com a equiparação das “heresias” aos crimes de lesa-majestade. O Concílio faz a sua opção (o pano de fundo era a manutenção do poder); e o novo sistema paulatinamente assume a fachada, constituindo-se os Tribunais da Inquisição, com base efetivamente jurídica, pela *Constitutio Excomuniamus* (1231), do Papa Gregório IX, para consolidar-se como a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252.²¹⁷

Assim, como se disse, a partir dessa investigação, todo este engenho intelectual passa também a servir como modelo condutor de um determinado subsistema de um ordenamento jurídico, como reflexo de uma ideologia ou concepção política. Também, o que já se evidencia com implicação no bojo das regras jurídicas, é o caráter de extremo controle evidenciado pela concentração de poder, identificando-se a um modelo político-jurídico alheio a garantias.

Isso tudo propicia avançar para uma abordagem referente aos caracteres que compõem esse sistema de aplicação do Direito Processual Penal. A importância disso está no fato de que, uma vez não se tratando de um sistema singular, torna-se

²¹² TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. p. 572.

²¹³ BOFF, Leonardo. Inquisição: Um espírito que continua a existir. In: **Manual dos Inquisidores – Directorium Inquisitorum**. Trad. Maria José Lopes da Silva. 2 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.p. 13.

²¹⁴ BOFF, Leonardo. Obra citada. p. 13.

²¹⁵ BOFF, Leonardo. Obra citada. p. 13.

²¹⁶ BOFF, Leonardo. Obra citada. p. 13-14.

²¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 21-23.

imperioso destacar seus elementos a fim de propiciar um discernimento comparativo. Sendo assim, é nesse sentido que se conduz.

3.1.2 Estrutura e Elementos de Composição

Para a realidade dos modelos de aplicação do processo penal, cumpre elucidar, no que tange ao seu aspecto estrutural subjetivo, estar em regra composto pela tripartição de funções evidenciadas em um órgão responsável pelo julgamento, outro pela acusação e um terceiro pela defesa.

Não obstante, ao modelo que agora se propõe, e tendo em vista o fator de justificação de sua adoção, lastreada em uma eventual desídia na condução das tarefas de acusar e defender²¹⁸, temos como uma primeira e principal característica, *a junção²¹⁹ das funções de acusar e julgar a um único órgão²²⁰*, evidenciando, conforme já se procurou mencionar pela lógica inquisitorial esboçada no item anterior, o fator de concentração de poder. Isso autorizaria não só a interposição, como também a condução de um processo pelo órgão a que se atribui esta atividade, qual seja, o Estado-Juiz.

Nesse sentido faz referência SILVA:

No sistema inquisitorial (também chamado inquisitivo ou inquisitório), visto em sua forma pura, o processo penal é marcado pela concentração de funções de acusação, defesa e julgamento num só sujeito, o juiz-acusador, uma espécie de inquisidor, que inicia, de ofício, o procedimento e colhe ao seu alvedrio, independente de proposta da acusação ou da defesa.²²¹

²¹⁸ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 156. “Essa substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência. Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade.”

²¹⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. vol. 1. 2 ed. Campinas: Millenium, 2003. p. 65. “É que no sistema inquisitivo, o órgão judicante tem preponderância tal que nele se concentram as funções de acusar, julgar e defender, que caracterizam o processo.”

²²⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 39. “Caracteriza-se pela concentração dos poderes processuais penais nas mãos de um único órgão. Perseguir, acusar e decidir são atividades exercidas por uma pessoa que normalmente é referida por inquisidor.”

²²¹ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Incongruências no Sistema Brasileiro em Decorrência do Modelo Constitucional de 1988. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2005. p. 46.

Em decorrência desse primeiro elemento, o que se pode observar para o setor da relação processual penal é o esboço de uma desigualdade no trato para com o acusado, uma vez que, com a concentração das funções de acusar e julgar na mesma pessoa, consectário de uma acusação, logicamente será uma condenação. Por essa razão, o que se instala no bojo de uma relação processual assim constituída, é um autêntico duelo, não entre acusado e acusador intermediados pela figura do Juiz, mas como se denota, por um *duelo desigual*²²², em que a paridade de armas não subsiste, distanciando-se a figura do Juiz como garante do equilíbrio da relação processual instaurada. Ao contrário, o que se percebe é a extirpação dessa função de garantia.

Para acoroçar o modo sistêmico que se apresenta, o que se verifica é a relação que cada elemento possui entre si e com o todo, ou seja, seguindo a mesma lógica e ideal em que se expôs no primeiro capítulo, quando da conceituação de sistema.

Assim, por intermédio dos dois elementos já aludidos, o terceiro caracteriza-se na *atuação de ofício por parte do Juiz*, ou seja, independente de qualquer provocação, dissociando-se do princípio do *ne procedat iudex ex officio*, também no que tange à iniciativa processual quanto à gestão da prova. Nesse sentido, LOPES JR aduz que “frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento.”²²³ Apresentar-se-ia esta característica como um instrumento de solução a eventuais falhas na produção probatória caso coubessem exclusivamente à acusação e defesa.

Por sua vez, e seguindo o mesmo raciocínio, uma quarta característica estaria presente na própria figura do acusado e no modo pelo qual é considerado dentro do modelo inquisitório. Assim, ante a concentração de funções, com a conseqüente gestão probatória como encargo do Juiz, o acusado passa a ser tratado como *fonte de prova*, e em decorrência como *objeto*²²⁴, traduzindo-se na restrição de garantias. Para esse contexto, o que deriva da característica em apreço

²²² LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 157.

²²³ LOPES JR, Aury. Obra citada. p. 157.

²²⁴ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 18. “Assim, o réu, longe de ser um sujeito (de direito) processual, é um mero objeto de investigação: o imputado detém com exclusividade, a verdade histórica (material) – o *inquisidor investiga, procurando buscar signos do delito, e trabalho sobre os acusados, porque, culpados ou inocentes, sabem tudo o que se requer para decisões perfeitas; tudo se resume a fazê-lo dizer.*”

é tornar-se regra o cerceamento da liberdade ou prisão propriamente dita, no intuito de que, tratando-se de um modelo atrelado à opressão, ter o corpo do herege seria o modo, como bem se evidenciou na inquisição religiosa, de extração da prova, em que a confissão assume patamar destacado.

Em razão disso, no pertinente à questão probatória, inicialmente não há que se considerar um equilíbrio ou relatividade no que tange aos seus meios, evidenciando-se uma hierarquização em que a confissão seria preponderante em face de qualquer outro meio. Ademais, no atinente aos sistemas de apreciação da prova²²⁵, o adequado ao modelo inquisitório, como medida de controle, seria o da *prova tarifada*²²⁶, ou seja, previamente valorada, abstraindo-se de qualquer juízo apreciativo que, consoante ZILLI, “a valoração da prova atende a rigorosos critérios que podem afastar ou reconhecer um fato como elemento hábil para a formação da convicção.”²²⁷

Urge então acrescentar como quinto elemento, o *procedimento* afastado das garantias²²⁸ da publicidade e do contraditório.²²⁹ Finalmente, o modelo inquisitório está marcado pela ausência de coisa julgada, a representar uma total insegurança jurídica ao acusado quando, em que pese improvável, venha a deparar-se com um veredicto absolutório. Ocorrendo isso, nada obstará, ao surgirem novas provas, fosse novamente conduzido ao processo instaurado.²³⁰

Do que foi exposto quanto ao modelo inquisitório, o que se constata é a relação lógica entre seus elementos como um todo, a fim de que se possibilite qualificá-lo como sistêmico. Não obstante, e a exemplo de quando nesse sentido se abordou o ordenamento jurídico, por intermédio de uma norma unificadora, também aqui, no pertinente a estes modelos de aplicação, deverá se recorrer a um princípio

²²⁵ No todo seriam: do livre convencimento motivado, da convicção íntima e da prova tarifada.

²²⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 22. “Legitimava o sistema inquisitório a *teoria da provas legais*, segundo a qual o juiz, para condenar, deveria reunir certas provas, cujo valor era numericamente atribuído por lei ou pela doutrina, tendo fundamento sobretudo garantista, ou seja, visando ao controle do arbítrio do julgador na Idade Média.”

²²⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 40.

²²⁸ SALO, Carvalho. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 18. “O sistema inquisitivo, portanto, exclui o contraditório, limita a ampla defesa e obstaculiza, quando não inviabiliza, a presunção de inocência, cuja comissividade é o postulado básico do garantismo processual.”

²²⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Obra citada, p. 40.

²³⁰ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 157.

informador ou unificador, como responsável pela dissociação dos sistemas processuais.

Contudo, objetivando resguardar a lógica expositiva e de compreensão, este momento será postergado quando da identificação do modelo/sistema processual penal brasileiro, sendo necessário antes disso, e do mesmo modo como procedido pelo inquisitório, dirigir-se às particularidades dos demais, quais sejam: o acusatório e o misto.

3.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

A razão da implantação do sistema inquisitório, com amparo nas insuficiências decorrentes do modelo acusatório, tal como a impossibilidade instrutória do juiz a depender da atividade das partes, restará melhor elucidada a partir de uma investigação histórica e estrutural do denominado sistema/modelo acusatório.

3.2.1 Apontamentos Históricos

Assim, em um primeiro momento cumpre informar sua estruturação, tendo como ponto de partida o Direito Grego, cuja instauração e condução relativa a uma acusação e julgamento era uma atividade gerenciada pelo povo propriamente dito²³¹, denotando o secundário papel do Estado nessa tarefa.

Desse modo, pautando-se pelo Direito Grego Ateniense, este se compunha por uma Assembléia do Povo²³², pelo Areópago²³³, pelos Efetas²³⁴ e Heliastas.²³⁵ A

²³¹ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 152.

²³² RUBIANES, Carlos J. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 1.

²³³ RUBIANES, Carlos J. Obra citada. p. 2.

²³⁴ RUBIANES, Carlos J. Obra citada. p. 2.

²³⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 73.

persecução, conforme MAIER²³⁶, referenciado por PRADO²³⁷, se dava por membros do povo, por intermédio da Assembléia do Povo²³⁸ em que o julgamento de procedimento comum se realizava pelo Tribunal Heliasta, composto por cidadãos eleitos, cujas decisões eram consideradas como sendo do povo²³⁹, galgando este Tribunal posição de destaque pelo fato de toda a condução do julgamento se perfazer em praça pública, cujo modo de proceder, principalmente no atinente à produção probatória, era uma atividade adstrita ao acusador e acusado²⁴⁰, bem como por apresentar competência ampla, fator este que o discernia das demais jurisdições.²⁴¹

Portanto, caracterizava-se o Direito Grego, de acordo com RUBINES, pela base acusatória, em que:

Si se tratava de delitos públicos, la acusación podía ser formulada por cualquier ciudadano (acción popular). Se admitía, pues, el distingo entre esos delitos y los privados, pues en estos últimos la iniciativa solo quedaba en manos del ofendido o de algún pariente próximo [...]. La búsqueda de pruebas debía realizarla quine deducía al acción, de modo que aún en caso de delitos la instrucción era privada, y no oficial, dándose, así, en este aspecto, un puro sistema dispositivo, distinto del sistema actual. [...] El proceso, en su lenguaje, era oral y además público.²⁴²

Assim, tendo em vista esse parâmetro inicial do Direito Grego, para uma investigação de cunho evolutivo, se queda possível esboçar algumas características elementares para a construção desse sistema. O que se vislumbra é a atuação popular tanto na acusação, quanto no julgamento, a forma pública deles, bem como o demonstrativo de uma postura de igual tratamento.

²³⁶ MAIER, J. B. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1989. p. 30.

²³⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 73.

²³⁸ MAIER, J. B. Obra citada. p. 30. "La *Asamblea del pueblo* reunía el pleno poder de juzgar; era depositaria del poder soberano pero raramente lo ejercía en forma directa, limitándose a ordenar la persecución ante los Heliastas o alguno de los tribunales nombrados, según sua competencia; solo juzgaba en forma directa aquellas infracciones de suma importancia política, donde el interés de la justicia retrocedía ante el interés de la República."

²³⁹ MAIER, J. B. Obra citada. p. 30. "Sustituía a la Asamblea del pueblo y la representaba, razón por la cual sus decisiones tenían la fuerza de un juzgamiento popular y así eran consideradas."

²⁴⁰ PRADO, Geraldo. Obra citada. p. 73.

²⁴¹ PRADO, Geraldo. Obra citada. p. 73. "A rigor, de início, não julgava os homicídios involuntários ou não premeditados, da competência dos Efetas, e todos os crimes sancionados com pena de morte e os homicídios premeditados e incêndios, da competência do Areópago." Também neste sentido MAIER, J. B. Obra citada. p. 30.

²⁴² RUBIANES, Carlos J. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 2-3.

Não obstante, e reiterando que esta abordagem objetiva a demonstração desse modelo de aplicação do Direito, PRADO²⁴³ evidencia sua incompletude ante a “admissão da tortura e dos juízos de Deus como meios de realização probatória, a valoração da prova segundo a íntima convicção de cada juiz e a irrecorribilidade das decisões.”

Em resumo, congrega MAIER os caracteres do Direito Grego ateniense da seguinte forma:

- I - Tribunal popular, conforme al principio de soberania del pueblo.
- II - Acusación popular, por la facultad acordada a cualquier ciudadano para presentar querrela contra la persona a quién creía autor de un delito público o partícipe en el;
- III - Igualdad entre acusador y acusado, quién, de ordinario, permanecia en libertad durante su juzgamiento;
- IV - Publicidad y oralidad del juicio, que se resumia en un debate contradictorio entre acusador y acusado, frente al tribunal y en presencia del pueblo;
- V - Admisión de la tortura y los juicios de Dios como medios de realización probatoria;
- VI - Valoración de la prueba según la íntima convicción de cada uno de los jueces, quienes votaban a favor o en contra depositando un objeto que daba a conocer el sentido del sufragio;
- VII - Decisión popular inimpugnable.²⁴⁴

No que é pertinente ao Direito Romano²⁴⁵, a exemplo do Direito grego, esse também fazia distinção quanto à natureza privada ou pública dos delitos²⁴⁶. Não obstante, um aspecto importante de discernimento quanto ao grego, está naquilo que MAIER mencionou como *secularização da persecução penal*. Isso significou que:

El Derecho procesal penal romano incorpora definitivamente como meta del procedimiento la averiguación objetiva de la verdad histórica mediante medios racionales que pretendían reconstruir, dentro del procedimiento y como fundamento del fallo, un acontecimiento histórico, hipotéticamente ya sucedido, que se atribuida al acusado, rompiendo de esa manera la

²⁴³ PRADO, Geraldo. Obra citada. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 74.

²⁴⁴ MAIER, J. B. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1989. p. 33.

²⁴⁵ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 152.

²⁴⁶ RUBIANES, Carlos J. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 10. Referido autor distingue o processo penal entre os delitos públicos e privados. Quanto aos privados, entre las acciones de destacaba la *actio doli*, concedida en forma genérica para los casos no previstos, que fuesen injustos y sin violencia, pudiéndose mencionar también acciones por injuria. Contudo destaca a tendência de os delitos assumirem a natureza pública, o que vem a justificar a análise pelo contexto público.

concepción del procedimiento como método de lucha y de la prueba como dirigida a obtener, antes que la verdad de lo sucedido, la razón de alguno de los contendientes, meditante signos exteriores por los que la divinidad se pronunciaba a favor de uno u outro.²⁴⁷

Registrada essa característica, constituía-se o Direito Romano: pela *cognitio*, pela *accusatio*, *judicium publicum* ou *quaestio*²⁴⁸. Aquela, com participação do Estado, era dirigida por intermédio dos magistrados²⁴⁹, que, por sua vez, detinham poderes para elucidar os fatos como lhes aprouvessem. Não obstante, havia a possibilidade de interposição de um recurso de anulação ao povo, caracterizando o que se denominava de *provocatio*²⁵⁰. Contudo, não se caracterizava por uma medida ou garantia irrestrita. Ao contrário, destinava-se apenas aos cidadãos e varões.

Nesse sentido RUBIANES:

El magistrado tenía los más amplios poderes, sin conocerse que estuviera sujeto a formalidades. Tanto el interrogatorio del imputado, como la producción de pruebas, e incluso su detención preventiva, quedaban libradas al arbitrio del magistrado. Este sistema se atenuó, porque en caso de condena había una suerte de recurso de apelación, o tal vez de revisión ante una asamblea del pueblo, llamado la *provocatio ad populum*. En ésta el magistrado que había condenado, mediante la *inquisitio* debía presentar al pueblo lo necesario para que se dictase resolución, continuando luego el procedimiento, con la defensa del condenado, y de ahí que se lo denominó *anquisitio*.²⁵¹

Em contraposição, e tendo em vista a influência da república romana²⁵² na organização judicial, sobrevém a *accusatio*²⁵³, com postura mais próxima ao modelo acusatório, ante a participação popular.²⁵⁴

²⁴⁷ MAIER, J. B. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989. p. 35.

²⁴⁸ MAIER, J. B. Obra citada. p. 34.

²⁴⁹ MAIER, J. B. Obra citada. p. 36. "Precisamente ese magistrado, antes de hacer efectivo el poder penal en sua decisión, llevaba a cabo una especie de instrucción sumaria que recibía el nombre de *cognitio*. El poder, sin embargo, era ilimitado, pues el magistrado o el Rey, en su caso, reunía en sí todas las funciones procesales, avocándose espontáneamente al conocimiento de una imputación sin necesidad de provocación extraña y realizando la investigación a su puro arbitrio.

²⁵⁰ MAIER, J. B. Obra citada. p. 36.

²⁵¹ RUBIANES, Carlos J. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 10-11.

²⁵² MAIER, J. B. Obra citada. p. 37.

²⁵³ MAIER, J. B. Obra citada. p. 45-46.

²⁵⁴ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 152. No mesmo sentido PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 75.

Não obstante essa fase de transição²⁵⁵, marcada pelos *comicios centuriales*, permaneceu a prática da *cognitio*, ou seja, com a direção do magistrado. Por sua vez, a aludida *provocatio* passou a ser objeto das referidas *centurias*²⁵⁶, por sua vez, responsável por essa mudança. Nesse sentido MAIER:

El ingreso de la nueva institución y de la incipiente organización judicial popular no varió demasiado las cosas, según hemos visto, pues el magistrado – *duumviri, quaesitor, tribuno* o *edil* – persitió como un inquisidor público munido de todos los poderes. Pero se observa ya una primera limitación a su poder penal, pues la validez de la sentencia dictada por los magistrados reconocía la posibilidad de que los comicios - Asamblea popular – la anularan.²⁵⁷

Numa decorrência evolutiva, esse modo procedimental romano avança no sentido das limitações estatais, concretizando-se na mudança de legitimidade quanto à decisão e requerimento, ou seja, do magistrado ao cidadão.²⁵⁸ Conforme RUBIANES:

Elegidos los iudices y convocado el tribunal, se fijaba audiencia para el debate, que en rigor de verdad era dirigido por las partes, limitándose el quaestor y los jueces a una misión de meros espectadores de sus alegatos y de las pruebas que se producían. Se estaba pues en presencia de jueces meramente espectadores.²⁵⁹

TORNAGHI²⁶⁰, com amparo na estrutura romana, em que pese faça alusão à possibilidade da influência grega²⁶¹, salienta num primeiro momento, irromper o processo pela *accusatio*, aos particulares (ação privada), e posteriormente passando ao domínio do povo, por se entender que as práticas delituosas também afetavam a

²⁵⁵ MAIER. J. B. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1989. Neste sentido elucida que, “las tres leyes Valeriae renovaron consecutivamente el derecho del ciudadano de provocar la intervención de una asamblea popular y trajeron como consecuencia una lenta transmisión del poder de juzgar criminalmente de los magistrados a esos tribunales populares que se llamaron comicios (curiales, centuriales e por tribus).”

²⁵⁶ BELING, Ernest. **Derecho Procesal Penal**. Tradução de Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor, 1943. p. 404. “Al principio residía el poder judicial indiviso en al persona del Rey o en las de sus funcionarios, luego en los consules. Más tarde los *comitia* (sobre todo los centuriales) se convirtieron en tribunales cognitivos.”

²⁵⁷ MAIER, J. B. Obra citada. p. 40.

²⁵⁸ MAIER. J. B. Obra citada. p. 40.

²⁵⁹ RUBIANES, Carlos J. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 12.

²⁶⁰ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. p. 568-578.

²⁶¹ TORNAGHI. Obra citada. p. 560. “Uma lenda apresentada como foros de verdade por muitos escritores de renome, afirma que três senadores romanos teriam sido mandados à Grécia para estudar-lhe o processo e tomá-lo como modelo em Roma.”

coletividade.²⁶² Conforme o mesmo autor, somente após uma acusação é que se avançava para uma fase de investigação denominada *inquisitio*, a qual era dirigida pelo acusador com amparo em um mandado (*lex*) concedido pelo magistrado.²⁶³

O que se evidencia pelos marcos salientados, é o afastamento do Estado, caracterizado por uma participação secundária, uma vez que, a tarefa de acusar e julgar é inerente a pessoas distintas, particulares ou pessoas do povo. Ademais, reforça TORNAGHI estarem presentes nessa estrutura, o contraditório, a gestão da prova pelas partes, a disponibilidade, a publicidade, a oralidade e a liberdade.²⁶⁴

Esses aspectos, por sua vez, não afastam a possibilidade de que se apontem determinadas conseqüências que, conforme salientado no parágrafo inicial desse item, justificariam a implantação do modelo estrutural inquisitório.

Tais efeitos a motivar essa guinada estrutural estariam representados, consoante TORNAGHI²⁶⁵, na impunidade de criminosos, ante a dependência de alguém quanto à iniciativa acusatória; na facilitação da acusação falsa, já que, consoante se vislumbrou, o processo é provocado independentemente de uma fonte inicial probatória; no desamparo dos fracos, uma vez que a relação se dá apenas entre acusador e acusado; na deturpação da verdade, já que contento apenas com a atividade probatória pelas partes, gerando ainda, a impossibilidade de julgamento e inexecutabilidade da sentença, ante poder quedar-se o acusado em liberdade durante o curso do processo.

Em razão disso se começa perceber a coexistência entre os dois modos, avançando-se para a uma exclusiva *cognitio*, a qual assume uma nova roupagem a ser denominada como *cognitio extra ordinem*²⁶⁶, em que ao magistrado também se conferiam poderes de investigação.

Segundo RUBIANES, a implantação desse processo penal extraordinário estaria em, “razones derivadas de la influencia de la organización política del Imperio²⁶⁷ romano, y, presumiblemente, la perdida del sentido de solidaridad social,

²⁶² TORNAGHI. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. p. 561.

²⁶³ TORNAGHI. Obra citada. p. 561.

²⁶⁴ TORNAGHI. Obra citada. p. 561-562.

²⁶⁵ TORNAGHI. Obra citada. p. 562.

²⁶⁶ MAIER. J. B. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1989.. p. 47-52. A respeito dispõe o referido autor.

²⁶⁷ MAIER. J. B. Obra citada. p. 47. “Una nueva transformación del sistema de enjuiciamiento penal acaece durante el Imperio, acorde con las necesidades del nuevo régimen político que , ala variar la fuente de la soberania – antes la ciudadanía, ahora el emperador – modifica también la residencia de las funciones estatales.”

por el cambio de las costumbres, determinaron la desaparición de la acusatio.”²⁶⁸

Conseqüentemente:

El proceso penal fue convirtiéndose en un todo oficial. Las investigaciones preliminares fueron otorgadas a oficiales públicos o agentes (curiosi, nuncios, stationarii), quienes las transmitían al magistrado. Éste con el correr del tiempo, fue concentrando en sus manos las funciones de acción y jurisdicción, pues podía proceder de oficio. Realizaba por sí mismo la instrucción, sin necesidad de acusación formal, tomaba la iniciativa sobre las pruebas e intervenía activamente en su producción, y, en fin, pronunciaba la sentencia. El acusado podía ser objeto de interrogatorio, y aún encarcelado por prisión preventiva.²⁶⁹

A partir disso, como dispõe PRADO, vem “constituir-se em sua parte ou forma principal, surgindo, pois, como semente da inquisição.”²⁷⁰ No mesmo sentido corrobora MAIER:

Aunque se conservó el debate oral y público como culminación del enjuiciamiento penal, que nunca desapareció, lo cierto es que la instrucción escrita y secreta, derivada de los poderes crecientes del aparato oficial para perseguir penalmente, ganó terreno considerablemente hasta constituirse en la parte principal del procedimiento; es el germen de la Inquisición, como apunta Alfredo Vélez Mariconde, desarrollada con precisión en el Derecho canónico.²⁷¹

Outra linha evolutiva a merecer destaque e denominada por PRADO²⁷², está na relevância da invasão bárbara e a ingerência do modelo germânico, não se abstraindo da influência do Direito Romano²⁷³. O germânico estava marcado eminentemente por uma índole consuetudinária, em que as infrações, ao ensejarem um rompimento atinente à paz, seguindo uma linha evolutiva pela busca de um entendimento de cunho privado, não obstaculizava recorrer às assembleias populares, ensejando um processo de índole acusatório²⁷⁴ em que “as sessões eram públicas, orais e contraditórias, presididas por um juiz, o qual dirigia o debate e propunha a sentença, mas não decidia.”²⁷⁵

²⁶⁸ RUBIANES, Carlos J. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 12.

²⁶⁹ RUBIANES, Carlos J. Obra citada. p. 12-13.

²⁷⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 77.

²⁷¹ MAIER, J.B. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989. p. 37.

²⁷² PRADO, Geraldo. Obra citada. p. 78.

²⁷³ PRADO, Geraldo. Obra citada. p. 79.

²⁷⁴ PRADO, Geraldo. Obra citada. p. 79.

²⁷⁵ PRADO, Geraldo. Obra citada. p. 79.

Nesse sentido MAIER²⁷⁶ destaca a natureza acusatória privada do antigo Direito germânico. Segundo o autor, ademais de inexistir distinção quanto à natureza das infrações (penal/civil), os efeitos estariam na perda da proteção jurídica da comunidade, da paz, quedando-se o infrator à margem de seus pares. Desse modo, autorizada estava a perseguição, a vingança familiar, a composição.²⁷⁷

Quanto ao procedimento, salienta:

Cumplía un papel secundario o acesorio, pues sólo se llevaba a cabo cuando fracasaba la composición privada, por lo que esta manera extrajudicial de proceder jugaba un papel preponderante. [...] Allí comenzaba, en realidad, el verdadero proceso judicial, de neto corte acusatorio.²⁷⁸

Consoante informa RUBIANES, o processo era norteado pela proteção divina, e posteriormente pela exposição do autor. As provas não se voltavam ao convencimento dos julgadores, assumindo mero caráter formal, em que relevantes, eram os juízos de Deus.²⁷⁹

Em suma, suas características estavam originariamente na iniciativa privada, e subsidiariamente no procedimento judicial, quando não logrado êxito no atinente à composição. Quanto ao procedimento judicial, esse era composto por pessoas do povo, em lugares abertos e norteado pela oralidade e pelo contraditório. A postura do tribunal era marcada por um comportamento espectador. Quanto à prova, não havia preocupação quanto à verdade, sendo aquela compreendida como um meio de luta entre os contendores.²⁸⁰

Mas, conforme já salientado, a ingerência do Direito Romano-Canônico²⁸¹, trará reflexos no que é pertinente as estruturas sociais feudais de cunho germânico, a ponto do regime eclesiástico inquisitorial, implantado por Inocêncio III, no IV Concílio de Latrão em 1215²⁸², o ir suplantando com amparo numa nova base

²⁷⁶ MAIER, Júlio B. J. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989. p. 24.

²⁷⁷ RUBIANES, Carlos J. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 13.

²⁷⁸ MAIER, Júlio B. J. Obra citada. p. 25.

²⁷⁹ RUBIANES, Carlos J. Obra citada. p. 13.

²⁸⁰ MAIER, Júlio B. J. Obra citada. p. 25.

²⁸¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 79.

²⁸² PRADO, Geraldo. Obra citada. p. 80.

racional calcada na busca da verdade, em detrimento dos duelos²⁸³ que caracterizavam a estrutura germânica.

Efetuada tal abstração, menciona-se ainda determinado modelo a contribuir para o entendimento do sistema acusatório. Referido contributivo, se trata do *common law*.²⁸⁴

Antes, torna-se necessário situá-lo historicamente. Consoante DAVID²⁸⁵, o *common law* (1066-1485) é antecedido pelo período anglo-saxônico (1066), seguido pelo *equity* (1485-1832) e pelo período moderno respectivamente. Dentre esses, se dará enfoque apenas quanto aos dois primeiros.

Desse modo, após o domínio romano, o continente inglês foi partilhado por tribos germânicas, posteriormente passando a feudos. O direito era limitado, ou seja, parco em regulações e com redação peculiar, ou seja, pela língua anglo-saxônica ao revés do latim.²⁸⁶ Por intermédio da conquista normanda, as tribos, como se disse, passam a feudos²⁸⁷ inaugurando a formação da segunda etapa ou do *common law*²⁸⁸ propriamente dito.

Conforme DAVID:

A comune ley ou common law é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Este direito em 1066, não existe. A assembléia dos homens livres, chamada County Court ou Hundred Court, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem qualquer pretensão de ser racional. Continuando, em princípio, a ter competência depois da conquista, as Hundred Courts ou County Courts serão pouco a pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo (Courts Baron, Court Leet, Manorial Courts); mas estas estatuirão igualmente com base na aplicação do direito costumeiro eminentemente local. As jurisdições eclesiásticas instituídas depois da conquista aplicam o direito canônico comum a toda cristandade. A elaboração da comune ley, direito inglês e comum a toda Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster.”

²⁸³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 81-82.

²⁸⁴ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 279. “O sistema da common law é um sistema de direito elaborado na Inglaterra, principalmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça, depois da conquista normanda.”

²⁸⁵ DAVID, René. Obra citada. p. 284.

²⁸⁶ DAVID, René. Obra citada. p. 284-285.

²⁸⁷ DAVID, René. Obra citada. p. 285. Tendo em vista o fato do emprego de língua e costumes distintos, os normandos se agrupam no intuito de proteger sua conquista. Não obstante, Guilherme, o conquistador, num ato de precaução, não formou enormes feudos.

²⁸⁸ DAVID, René. Obra citada. p. 286.

Por sua vez SOARES dispõe que:

A primeira acepção de *Common Law*, é de “direito comum”, ou seja, aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes essas constituídas pelo Rei e a ele subordinadas diretamente, e que acabaria por suplantando os direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra (este, portanto, antes da conquista normanda em 1066, denominado direito anglo-saxônico).²⁸⁹

Em que pese a restrição²⁹⁰ aos Tribunais Reais, denota-se que, “no quadro constituído pelos diversos processos postos à disposição dos pleiteantes pelos Tribunais Reais que foi necessário organizar, e desenvolver, o direito inglês; [...]. A common law não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça.”²⁹¹ Seria “mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios.”²⁹² Preocupava-se com as regras a viabilizar o acesso processual em detrimento do julgamento ou do Direito material propriamente dito.²⁹³

Assim, por intermédio dessa linha evolutiva, a servir de amparo à compreensão do modelo processual que ora se faz referência, torna-se, por conseguinte, seguindo o exemplo do item anterior, propícia a análise dos elementos que constituem o sistema acusatório.

²⁸⁹ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**. Introdução ao Direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 32

²⁹⁰ DAVID, René. Obra citada. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 294. “[...] os Tribunais de Westminster eram apenas jurisdições de exceção, competentes unicamente em casos excepcionais, para cada uma das quais existia um processo particular. Os Tribunais de Westminster foram levados, nestas condições, a elaborar um novo direito. Este novo direito, comum a toda a Inglaterra, é a *comune ley* ou *common law*.”

²⁹¹ SOARES, Guido Fernando Silva. Obra citada. p. 32-33. “Se não houvesse um *writ* determinado para a situação, não haveria possibilidade de dizer-se o direito (e, sendo assim, criava-se uma intolerável denegação da justiça e a impossibilidade de saber qual o direito aplicável).”

²⁹² DAVID, René. Obra citada. p. 290-291.

²⁹³ SOARES, Guido Fernando Silva. Obra citada. p. 33.

3.2.2 Estrutura e Elementos de Composição

Em contraposição ao sistema inquisitório, o que se observa a partir desta incursão histórica, é a aproximação, no âmbito de um modelo acusatório, de um processo atrelado a um maior número de garantias, a permitir identificá-lo, quando de uma concepção política e jurídica, a um contexto democrático.

Para tanto, a exemplo do que se fez quando da abordagem do sistema inquisitório, torna-se necessário, a possibilitar um juízo comparativo, abordar de modo particularizado cada um dos elementos específicos desse sistema.

Adotando-se o método aludido, a primeira característica levantada, e que para muitos seria a responsável pelo discernimento entre os sistemas até agora referidos²⁹⁴, e que, oportunamente se revelará não ser o parâmetro ou princípio informador deles, é o fato de a iniciativa e condução de um processo penal acusatório apresentar “participantes” bem determinados, cujas funções estão dispostas em um órgão responsável pela interposição de uma ação, ou seja, o acusador, um órgão julgador, e finalmente aquele que desempenhará a defesa.

A diferença em relação à passagem histórica efetuada no tópico anterior, tendo em vista um processo penal contemporâneo, está nas funções de acusar e defender (essa não de modo absoluto), as quais passam a ser uma atribuição de órgãos do Estado, quais sejam, o Ministério Público e a Defensoria Pública respectivamente, ao passo que, pelo que se vislumbrou, tais atividades eram exercidas por particulares ou pelo povo propriamente dito. Assim, em contraposição ao modelo inquisitório, o que se verifica é a ausência de concentração de funções, o que vem a desencadear em face dos demais elementos, a exemplo do que se viu no inquisitório, uma cadeia de logicidade.

Em consequência disso, numa relação processual assim concebida, o que se apresenta no que tange ao trato das partes é, em substituição a um duelo desigual, uma disputa que ao menos se inicia, em tese, em igualdade de condições, assumindo o julgador efetivo papel de garante no referente às regras

²⁹⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Obra citada. p. 38. “Acordam os processualistas, todavia, no sentido de constituir a separação equilibrada de poderes exercidos ao longo da persecução penal o seu traço fundamental.”

procedimentais, bem como em observação a cada caso concreto, da permanência do equilíbrio traçado.

Pelas primeiras características esboçadas, já se começa vislumbrar que os modelos de aplicação vão assumindo, a exemplo de uma teoria do ordenamento jurídico, um aspecto sistêmico dado pela relação de seus elementos.

Transitando por essa lógica, o terceiro elemento que aos outros se vincula é o da atuação do órgão julgador. Esta se traduzirá teoricamente pela provocação das partes que compõem uma determinada relação processual. Ou seja, está identificada pela inércia do juiz, numa estreita relação com o chamado princípio do *ne procedat iudex ex officio*, que nas palavras de SOUZA NETTO, “trata-se de um dos componentes mais incisivos do sistema acusatório, pois exige a separação do Juiz e acusador”²⁹⁵, o que pelo mesmo autor, “vem a assegurar a própria imparcialidade do Juiz, condição fundamental, para a jurisdição, do que decorre a exigência da sua inércia mas, principalmente, o imprescindível limite à extensão do poder, no julgamento.”²⁹⁶

Por conseguinte, referido elemento se exprimirá tanto no momento de iniciativa processual quanto na gestão probatória, sendo a postura inerte do julgador o principal fundamento a justificar a implantação de um regime processual inquisitorial, ante a eventual desídia ou insuficiência das partes²⁹⁷ no desiderato que o sistema acusatório lhe propõe. Conforme CARVALHO:

A caracterização dos modelos processuais será realizada de acordo com a posição do magistrado no processo. No sistema acusatório, regido pelo *princípio do juiz espectador*, o magistrado é um sujeito passivo tanto no que concerne à iniciativa da ação quanto à gestão da prova, estando, em conseqüência, rigidamente separado das partes, principalmente do órgão acusador, para assegurar a imparcialidade.²⁹⁸

Portanto, e na mesma linha de raciocínio, no atinente à valoração da prova ou aos sistemas de apreciação propriamente ditos, o parâmetro para este tipo de

²⁹⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal**. Modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Curitiba: Juruá, 2000. p. 59.

²⁹⁶ SOUZA NETTO, José Laurindo de. Obra citada. p. 60.

²⁹⁷ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 154. “É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade) pois este deve resignar-se com as conseqüências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado.”

²⁹⁸ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 16.

modelo de aplicação identificar-se-á, ao revés do da prova tarifada, cuja valoração é previamente determinada pelo legislador, pelo do *livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional*²⁹⁹, o qual vem dar melhor condição para se vislumbrar também, a inexistência da hierarquia quanto aos meios probatórios, caracterizando-se a relativização valorativa.

Assim, pelo *livre convencimento motivado*, o Juiz, conforme SOUZA NETTO, “pode levar em consideração para a sua própria decisão, cada elemento legalmente admitido no processo, sem estar ligado a qualquer vínculo que atribua valor privilegiado a um elemento em detrimento de outro”,³⁰⁰ mas que, não obstante, sempre requer uma motivação dentre os elementos colhidos.³⁰¹ Ainda nesse contexto, de acordo com DUCLERC, deve tal sistema de apreciação “ser entendido apenas como uma vedação às chamadas provas legais.”³⁰²

Outro aspecto inerente ao modelo acusatório está em ser amparado pelo *contraditório*, pela *ampla defesa* e pela *publicidade*. Tendo em vista o primeiro aspecto, o contraditório será inerente a este modelo de aplicação do Direito Processual Penal, já que, forjado numa bem delimitada separação de funções, em que deve preponderar, em tese, uma igualdade no transcurso da relação processual. Para tanto, não há como se concretizar uma identidade de tratamento se não for garantido o elementar direito ao contraditório.

Daí que, avançando, cumpre já adiantar o que FAZZALARI, por MORAIS DA ROSA³⁰³ vem conceber no contexto de uma relação jurídica. Essa, então, passa ser entendida como um *procedimento em contraditório*, evocando a relevância de tal elemento como garantia dependente de controle nos casos concretos por parte do órgão incumbido da preservação daquelas, qual seja o Estado-Juiz.

Nesse sentido salienta ainda MORAIS DA ROSA que:

²⁹⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal**. Modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Curitiba: Juruá, 2000. p. 84. “A Revolução Francesa foi o marco da transição do sistema da prova legal (prova hierarquizada) para o sistema de livre convicção do Juiz. As mudanças legislativas, pós revolução, reconheceram a importância do Juiz para valorar a prova, de acordo com cada caso concreto.”

³⁰⁰ SOUZA NETTO, José Laurindo de. Obra citada. p. 85. No mesmo sentido, ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Obra citada. p. 39.

³⁰¹ DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo**: Uma Investigação Crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 160.

³⁰² DUCLERC, Elmir. Obra citada. p. 158-159.

³⁰³ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: A bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 259.

Invertendo-se a lógica do *senso comum teórico dos juristas*, o processo é um procedimento realizado por meio do contraditório e, especificamente no Processo Penal, entre o Ministério Público e/ou querelante, e efetiva presença do acusado com defesa técnica. Por isso a necessidade de se entender o exercício da *Jurisdição* a partir da estrutura do *processo como procedimento em contraditório*, com significativas modificações na maneira pela qual ele se instaura e se desenrola, especialmente no tocante ao *princípio do contraditório* e o papel do juiz na condução do feito. Neste pensar o *contraditório* precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado. Rompe-se, outrossim, com a visão de que a simples participação dos sujeitos (juiz, auxiliares, ministério público, acusado, defensor) do processo possa conferir ao ato o *status* de contraditório. É preciso mais. É preciso a efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final.³⁰⁴

Em decorrência, a função do juiz não se identifica com a das partes, sendo responsável pela regularidade atinente à produção probatória, em que o resultado do encargo daqueles será considerado em ato inerente ao do julgador, qual seja a decisão final. Não obstante, relacionado a esta tarefa de preservação da regularidade, é que se destaca o princípio em comento, inerente a um processo de partes e de cunho acusatório, no qual o julgador, como já sublinhado, deve quedar-se equidistante, assumindo para o molde que se propõe, uma posição expectativa.

Mas, inobstante o que já se esclareceu, cumpre ainda salientar à luz do que dispõe MORAIS DA ROSA³⁰⁵, em alusão a FAZZALARI, de que o contraditório ainda pode ser concebido em duas etapas, quais sejam: da *informação* e da *reação*. Deve-se mencionar que a primeira é uma exigência que recai ao Estado e conseqüentemente deve ser garantida por seu representante, o Juiz, ou seja, naquela tarefa de garantia da regularidade/equivalência processual. Já a segunda, sucedâneo da primeira, não deve ser um fator de obrigatoriedade e sim faculdade das partes que compõem o processo.

Disso tudo, decorre ainda estar o *procedimento* informado pela *publicidade*, a qual terá repercussão na postura do Juiz dentro de uma relação jurídica, ou seja, como um dos instrumentos de garantia quanto à *imparcialidade* do julgador, ante a possibilidade de acesso ao procedimento processual desencadeado.

³⁰⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Para um Processo Penal Democrático**. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75-76.

³⁰⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 264.

Ademais, consoante LOPES JR, deve também este modelo pautar-se predominantemente pela *oralidade*³⁰⁶, em detrimento de um modelo exclusivamente escrito, cuja forma, por sua natureza, desencadeia outros princípios informadores, dentre eles o da *imediatez*. Sua essência está no contato do Juiz com as partes, o que, para este sistema, torna-se uma regra destacada ante sua relação com a produção probatória, vislumbrada, por exemplo, no ato de interrogatório e de oitiva de testemunhas.

Assim, não obstante o que já se mencionou quanto ao *livre convencimento motivado*, calcado na eleição motivada de elementos probatórios, com redução à termo de alguns desses elementos, é de se destacar que antes há uma relação pessoal Juiz-partes em que essa *imediatez* se materializa.

Desse modo, em que pese o objetivo principal seja o de compor os elementos do modelo acusatório, no que tange ao princípio em apreço (*imediatez*), este pode desencadear, mesmo que estando tudo reduzido a termo, a predileções do julgador, coadunando-se ao pensamento de MIRANDA COUTINHO:

A questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual – em particular no processual penal –, pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da “segurança jurídica”, “verdade” e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados, que, por excelência, ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida; só não podem servir de justificação descentrada (e ser aceitos como tal), isto é, legitimadora de uma mera aparência.³⁰⁷

Não se negando a impossibilidade de total segurança dos mecanismos de controle ao resultado de um processo, os expedientes *retóricos* e de *imunização*, em cada caso concreto, conforme dispõe o autor, evidenciam, na verdade, um desprezível modo de agir de um determinado julgador, numa autêntica violação à imparcialidade e à estrutura sistêmica de um ordenamento jurídico. Desse modo, a concepção trazida por MIRANDA COUTINHO, deixando claro que não há qualquer

³⁰⁶ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 154.

³⁰⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In: Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 6

oposição a isso, melhor se situaria num segundo plano de avaliação da conduta do julgador em uma relação processual penal.

Isto porque, o proposto para este trabalho está, ao revés do que se disse acima, num primeiro plano, uma vez que, assumindo uma postura menos otimista, se acredita, por razões a serem apontadas, que ainda se faz necessário o conhecimento, pela maioria dos Juízes, da estrutura jurídica propiciadora a uma aplicação escoreta do processo penal que, por sua vez, já poderia ser suficiente à efetivação do sistema processual penal que *deve ser*, restando o segundo plano aos “estelionatários” do ordenamento jurídico em que contido o processo penal.

Não obstante, retornando ao escopo desse subitem, cumpre ainda salientar estarem presentes os caracteres da possibilidade de utilização das vias *recursais* e, em decorrência, da garantia da *coisa julgada*, como instrumento jurídico capaz ao menos de proporcionar segurança.³⁰⁸

Assim, a exemplo do que se verificou quando da análise estrutural do modelo inquisitório, percebe-se que o acusatório seguiu a mesma linha traçada, a ponto de também ser considerado sistêmico. Esta constatação, portanto, propiciará desencadear a identificação, dentre os elementos de composição de cada sistema/modelo, de um princípio ou elemento regente, que será então o responsável pelo discernimento deles.

Efetuadas as observações face a esses dois modelos de aplicação para o processo penal, a considerar resta ainda uma última espécie, o *misto*, para posteriormente restar proporcionado um arcabouço teórico a fim de que se possa identificar qual, dentre todos eles, é ou *deve ser* o sistema processual operado no Direito brasileiro.

³⁰⁸ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 154.

3.3 SISTEMA MISTO

3.3.1 Apontamentos Históricos

Antes que se faça qualquer crítica a este modelo, cumpre inicialmente dispor que face aos efeitos do engenho³⁰⁹ jurídico inquisitorial, que se dá ensejo à estruturação do modelo *misto*³¹⁰, também denominado de *inquisitório reformado ou napoleônico*³¹¹, então forjado na composição³¹² dos modelos³¹³ inquisitório e acusatório³¹⁴.

RUBIANES salienta que:

Con la anterioridad a la Revolución Francesa, ya hubo en Francia algunas reformas³¹⁵ a la Ordenanza Criminal de Luis XIV (1670), aunque la reforma

³⁰⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In: Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

³¹⁰ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Incongruências no Sistema Brasileiro em Decorrência do Modelo Constitucional de 1988. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 50. “O sistema misto, ou francês, foi inaugurado pelo *Code d’Instruction Criminelle* (Código de Napoleão), de 1808, em vigor em 1811. Pretende ser um intermédio entre a necessidade de repressão e as garantias individuais, eliminando as imperfeições de cada um dos outros sistemas.”

³¹¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 41.

³¹² TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. p. 577. “A reação contra o processo inquisitório fez renascer o acusatório, mas já então modificado. A Ordenação de 1539, em França, voltava àquele regime, sem o perigo da impunidade, pois a acusação agora estava confiada a um órgão do Estado, o Ministério Público.”

³¹³ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. Parte Geral. Vol II. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 318. “O juízo penal *misto* se situa entre o processo acusatório puro e o inquisitório.”

³¹⁴ TORNAGHI, Hélio. Obra citada. p. 577. “É a encruzilhada entre as necessidades da repressão e garantias individuais.”

³¹⁵ MAIER. J. B. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989. p. 77-80. No atinente a essas reformas, elucida o autor quanto à introdução do Direito Romano-Canônico, por intermédio da Ordenanza de 1254 de Luis IX a representar el comienzo del triunfo de la jurisdicción real, al que este procedimiento servía, sobre la jurisdicción señorial o feudal. Pela Ordenanza de 1539 de Luis XII, esta ultima ley fija definitivamente el procedimiento inquisitivo en Francia y sella el triunfo de la jurisdicción real; la Ordenanza criminal de 1670, obra legislativa cumbre del sistema inquisitivo, no hará más que recibir el sistema que ella organizo y punirlo en detalles y técnica, agravando su rigor. No sentido atinente as referidas reformas, respalda BELING, Ernest. **Derecho Procesal Penal**. p. 406-407. Desde mediados del siglo XIX se realizan profundas modificaciones en la organización de los tribunales y en el proceso, primeramente por las legislaciones de los Países. El primer motivo de la reforma lo dieron en el siglo XVIII el <<iluminismo>> y la doctrina del Derecho natural; a la razón ya habían sido abolidas algunas instituciones de Derecho común, como, por ej., el debate a base de los autos y la tortura. La reforma principal se realizó empero por la introducción del proceso francés, conforme existia en Francia después de la Revolución francesa [...].

radical se opero después de aquélla, con un primer ensayo y otras leyes, que duraron poco tiempo, en el cual se trató de adaptar el sistema inglés.³¹⁶

Historicamente, engendrado no período napoleônico, materializado no chamado *Code d'instruction criminelle* de 17 de novembro de 1808.³¹⁷, de acordo com RUBIANES:

Este código fue una obra de transacción, pues mantuvo de la Ordenanza de 1670 el procedimiento inquisitivo, en una primera fase del proceso, que es previa, escrita, secreta y no contradictoria, y tomo elementos de las leyes revolucionarias, integrando el proceso penal con una segunda fase, cuyo procedimiento es oral, público y contradictorio.³¹⁸

Consoante MIRANDA COUTINHO³¹⁹, quando da eliminação, pela lei de 11 de agosto de 1789 dos chamados foros privilegiados, da lei de 08 de outubro do mesmo ano, que propiciou a publicidade às audiências, corroborado na Constituição de 03 de setembro de 1791, instaurou-se uma nova concepção judiciária por intermédio do traslado de critérios ingleses.³²⁰

A par disso que, para os propósitos de Napoleão, qual seja, o da manutenção da perspectiva inquisitorial³²¹, esses culminaram no término do júri de acusação³²² e na tentativa do mesmo feito face ao júri de julgamento.

O motivo de tudo isso, deriva do fato de não mais se compadecer com o modelo inquisitório³²³, o qual já tendia a perder espaço ao acusatório. Contudo, pela

³¹⁶ RUBIANES, Carlos J. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 24.

³¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In: Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 37. A respeito também MAIER, J. B. Obra citada. p. 125.

³¹⁸ RUBIANES, Carlos J. Obra citada. p. 24. Nesse sentido também MAIER, J. B. Obra citada. p. 125. "Cuando observamos el producto final elaborado, aparecerá claramente que é es el resultado de um compromiso político criminal entre la Ordenanza criminal de 1670 y la ley de enjuiciamiento de 1791, verdadera ley procesal penal de la Revolución, que derogó a aquélla y estableció um nuevo sistema de persecución penal."

³¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Obra citada. p. 37.

³²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Obra citada. p. 38. "Um juiz de paz é encarregado da investigação do crime; um juiz togado (directeur du jury) colhe a prova a fim de que o júri de acusação (8 membros) decida sobre a procedência dela (s'il y a lieu) ou não (s'il n'y a pas lieu), de modo a que, em caso de decisão positiva, fosse o acusado submetido a um novo órgão, o júri de julgamento, agora composto de 12 membros, o qual decidiria sobre o mérito." Também a respeito SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Incongruências no Sistema Brasileiro em Decorrencia do Modelo Constitucional de 1988. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 51. "Na segunda, totalmente pública, oral e contraditória, faz-se o julgamento pelo júri, instituição baseada no direito inglês."

³²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Obra citada. p. 38.

³²² MAIER, J. B. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989. p. 126. "Empero, el jurado no atravesó triunfante todos los debates: quedó solamente el jurado de juicio, pues se decidió *suprimir el jurado de acusación*."

investigação realizada dentro daquele ponto de vista histórico, o modelo acusatório apresentava-se em sua essência pela participação popular, o que resultaria num afastamento e esvaziamento de controle pelo Estado. Dessa forma, ante o momento histórico vivido, mas deparando-se pela fase de transição que se verificou, tornava-se uma questão pontual³²⁴ que se evitasse perfazer um retorno para aquele modo de aplicação do Direito (acusatório), sob pena de se concretizar uma guinada, quanto à titularidade do poder.

No momento em que isso foi constatado, é que se inicia o processo de elaboração do sistema misto, cujo ideal e preocupação estava voltado a que não se desencadeasse um processo dispersivo do poder, e conseqüentemente da manutenção desse estado de coisas.

3.3.2 Estrutura e Elementos de Composição

A fim de se estancar esse processo dispersivo, o que vem transparecer é justamente o concernente às funções exercidas no bojo de uma relação processual.

Em conseqüência, a medida adotada foi a criação de um órgão responsável pela acusação³²⁵, o que seria suficiente ao convencimento de que se estaria em abandono à estrutura inquisitória, se enquadrando ao modelo acusatório, cujas atividades processuais estão bem delimitadas por um acusador, um julgador e um defensor.

Assim, consoante LOPES JR, “nesse novo modelo, a acusação continua como monopólio estatal, mas realizada através de um terceiro distinto do juiz”³²⁶ e que desse ato cria-se aquilo que se chama Ministério Público³²⁷, que conforme o

³²³ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 163.

³²⁴ MAIER, J. B. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1989. p. 126. “El problema político era claro: como conciliar una persecución penal eficaz, meta de la inquisición, con el respeto a la dignidad y libertad humanas?”

³²⁵ MAIER, J. B. Obra citada. p. 127. “Organiza el ministerio público, con el monopolio exclusivo de la persecución penal, pese a lo cual, las labores instructorias le eran, en principio, ajenas.”

³²⁶ LOPES JR, Aury. Obra citada. p. 163.

³²⁷ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. Parte Geral. Vol II. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. p. 320. “O processo misto pressupõe um funcionário especialmente investido dos poderes de denunciar os delitos ao conhecimento da justiça,

mesmo autor, é “uma parte fabricada. Surge da necessidade do sistema acusatório e garante a imparcialidade do juiz.”³²⁸

Não obstante esse primeiro elemento caracterizador do sistema misto, subtraído do modelo acusatório, ainda vem revelar-se por duas fases, em que uma seria dita como *pré-processual*³²⁹ de índole inquisitória, marcada por restrições a garantias, e uma *processual* de cunho acusatório, atenta à observância daquelas.

No atinente à composição do referido sistema refere-se TORNAGHI:

Misto, porque nele o processo se desdobra em duas fases: a primeira é tipicamente inquisitória, a outra é acusatória. Naquela faz-se a instrução escrita e secreta, sem acusação, e, por isso mesmo, sem contraditório. Apura-se o fato em sua materialidade e a autoria, ou seja, a imputação física do fato ao agente. Nesta o acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga. É pública e oral.³³⁰

Portanto, da elucidação que se perpetrou em relação ao sistema misto, tanto em seu aspecto histórico como estrutural, torna-se propício, uma vez que de posse desse suporte teórico, a tratar desse sistema a partir de uma perspectiva crítica, ou seja, daquilo que de fato está por detrás dele.

3.3.3 Crítica ao Sistema Misto

Antes, para que se compreenda de forma mais eficaz os motivos pelos quais se faz crítica ao modelo/sistema misto, cumpre demonstrar qual o fator determinante capaz de autorizar que se considerem estes modelos de aplicação como sendo de cunho sistêmico, a exemplo do que se fez quando da concepção do ordenamento jurídico (cap. 1).

Em razão disso, o que se constatou nos dois primeiros modelos processuais penais, foi uma gama de elementos logicamente relacionados entre si. Ademais, a relação desses modelos (acusatório/inquisitório) também evidenciaram uma

e *sustentar* a sua perseguição. [...] É um *Ministério Público*, que prejudique o investigado. É um *Ministério Público*, que representa a lei [...].”

³²⁸ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 163.

³²⁹ LOPES JR, Aury. Obra citada. p. 164.

³³⁰ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. p. 577.

contraposição por uma determinada lógica, cuja aposta, dentre os elementos expostos, estaria indicada pela separação ou concentração das funções de acusar e julgar a um único órgão. Todavia, este não seria o fator responsável ao desencadeamento dessa contraposição ou distinção.

Contudo, será por uma das características do sistema misto, que restará demonstrada a insuficiência, ou seja, que dentre o rol de elementos que compõem estes sistemas, o parâmetro de diferenciação e sistematização, em que pese seja um dos mais relevantes, estaria equivocado. Para tanto, e frente a essa constatação, cumpre então relatar que tudo isso está a depender da identificação de um *princípio informador*, o qual está na *gestão da prova* que, para a realidade do modelo acusatório traduz-se num ônus das partes, e do julgador quando para o trato inquisitorial.

Cumpre, então, justificar a razão pela qual se faz este câmbio relativo ao elemento regente de um sistema, ou melhor elucidando, do *princípio informador* responsável pelo giro de concepção, que revelará a insuficiência quando da consideração apenas do critério de atividade das partes.

Para isso, informa MIRANDA COUTINHO³³¹, inexistir um sistema processual essencialmente novo, o que apenas pode ser assim considerado em seu aspecto formal. Isto porque, conforme o mesmo autor, “da maneira como se pretende, os sistemas inquisitório e acusatório não podem conviver não só porque a ‘contaminatio’ é irracional no plano lógico, como também a prática desaconselha uma comistão do gênero.”³³²

Assim, conforme dispôs MIRANDA COUTINHO, referida conclusão se concretiza a partir do momento em que também se afirma inexistir um princípio informador misto³³³, uma vez que, um sistema processual reger-se-á ou por um princípio eminentemente acusatório ou inquisitório. Reafirmando a inexistência de um princípio misto autêntico, dispõe que, “para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam o,

³³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In: Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 39.

³³² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Obra citada. p. 37.

³³³ LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 168.

inquisitivo e acusatório, regidos, respectivamente, pelos princípios inquisitivo e dispositivo.”³³⁴

Assim, tendo em vista que o desiderato de um processo penal está na investigação de um fato ocorrido, se começa a tornar lógico que o *princípio informador* de um sistema/modelo processual estará de fato na *gestão da prova*, em que os demais elementos que compõe um determinado modelo, assumem *status* de acessoriedade³³⁵, podendo esses coexistir em mais de um sistema. Por essa razão, torna-se imperante a eleição de um dos princípios informadores (dispositivo ou inquisitivo), uma vez que incompatíveis, justificando, portanto, a não possibilidade de existência de um princípio misto. Isso se tornará concreto a partir do momento em que se levantar o “véu” que envolve o sistema misto.

Tal atitude começa a se revelar pela mencionada justaposição vislumbrada numa fase pré-processual inquisitória e processual acusatória. Recordando que seu *princípio informador* estaria no elemento relativo à separação de funções, a característica de conjunção dos dois modelos que se denota para o sistema misto, não evidenciaria de início qualquer tipo de irregularidade, já que, pela primeira etapa, pré-processual materializada em procedimentos investigatórios, a serem conduzidos por determinados órgãos, inclusive pelo Ministério Público, o desiderato dessa fase estaria, mesmo que com garantias restritas a *apenas* amparar, ante os atos de investigação angariados, o eventual exercício de uma ação penal, desencadeador da segunda fase desse sistema e com pleno atendimento às garantias.

Contudo, para dar melhor percepção daquilo que dispôs o professor referido, se deve, conforme já referenciado, que se efetue a guinada de parâmetro de caracterização para a gestão da prova. A partir daí, é que se começa a possibilitar o estabelecimento de determinados traços que irão culminar naquela irracionalidade lógica referida. Em razão disso é que, como afirma LOPES JR, mostra-se o sistema misto insuficiente, uma vez que, “não enfrenta o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante”³³⁶, a ponto de que, um

³³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez, ano 1, n. 1**, p. 30, 2001.

³³⁵ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 168.

³³⁶ LOPES JR, Aury. Obra citada. p. 164.

dos primeiros traços da irracionalidade apontada está naquilo que MIRANDA COUTINHO, aludido por LOPES JR, denomina de:

Monstro de duas cabeças; acabando por valer mais a prova secreta que a do contraditório, numa verdadeira fraude. Afinal, o que poderia restar de segurança é o livre convencimento, ou seja, retórica e contra-ataques; basta imunizar a decisão com um belo discurso. Em suma: serviu a Napoleão um tirano; serve a qualquer senhor; não serve à democracia.³³⁷

Dessa forma, o que se constata na primeira parte da citação supra, é a afirmação da existência de uma promiscuidade entre as duas fases estabelecidas, merecendo a reprimenda e adjetivação conferida pelos autores ante o fato de que, pela primeira, pré-processual, e para o escopo que se propõe, de ensejar a propositura de uma ação penal, seu procedimento, em regra, estaria pautado à míngua de garantias.

Assim, ao sugerir³³⁸ a possibilidade de utilização desses atos de investigação, na segunda fase, diga-se processual, é que se evidenciaria a fraude aludida, fazendo com que recaísse o sistema misto no estereótipo inquisitorial, que, por intermédio dessa camuflagem mista, poderá servir-se o juiz daqueles expedientes salientados por MIRANDA COUTINHO, quais sejam: o livre convencimento motivado e a retórica³³⁹.

Para o objetivo que se propõe, tal comportamento deflagraria o não atendimento à imparcialidade de quem justamente se espera ser o garantidor do equilíbrio de uma relação processual, o que resultaria aí sim, em uma grande fraude, não apenas de um modelo de aplicação do Direito, mas do que seria muito pior, da violação do ordenamento jurídico como um todo e no qual está o Juiz compreendido.

³³⁷ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005. p. 164.

³³⁸ Parece que a sugestão passou a ser possibilidade ante a nova redação dada ao artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, por intermédio da Lei 11.690/08. Contudo, a evidenciar o choque com o modelo acusatório, LOPES JR, Aury. Bom para quê(m)? **Boletim IBCCRIM**, ano 16, n. 188, jul., 2008, 9-11. Também, salientando permanecer, com a nova lei, o modelo inquisitório, COUTINHO, Jacinto Nelson de. Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**, ano 16, n. 188, jul., 2008, p. 11-13.

³³⁹ LOPES JR, Aury. Obra citada. p. 165. "Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase."

Ademais, dessa demonstração que deflagra a “fragilidade” desse modelo/sistema, e ainda explorando seu aspecto formal de fases bem determinadas, bem como de crença no fator do exercício dissociado de funções, nada obsta, que por detrás desta roupagem, que *esconde* o real elemento de discernimento: a gestão da prova, não se vislumbre, já na fase processual, de cunho acusatório, a presença de expedientes normativos permissivos de um atuar probatório por parte do órgão julgador.

Ante o exposto, a exemplo do que se fez no primeiro capítulo, procurou-se demonstrar para o âmbito particularizado do processo penal, que esse ramo requer um trato sistematizado tanto de uma forma abrangente, ou seja, pelo ordenamento jurídico concebido em sua totalidade, como de uma forma particularizada, em que os sistemas/modelos processuais penais serão os parâmetros de regência desse ramo do Direito.

Efetuada, então, a alusão teórica dos modelos/sistemas processuais penais, que servirão de suporte de aplicação por parte do Juiz quando dos casos concretos, já se tem condições, e sempre dentro de uma perspectiva sistêmica, de se avançar para a identificação, dentre os modelos apresentados, daquele que se coaduna ao processo penal brasileiro.

3.4 APONTANDO O MODELO/SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Não se olvidando da perspectiva apontada nos dois últimos parágrafos do item anterior, a tarefa de identificar o sistema/modelo processual penal vigente torna-se, para a realidade brasileira, algo bem peculiar, no sentido de que não basta apenas apontar um dentre os três investigados.

Tal situação particular resulta do fato de que, quando da consideração do ordenamento jurídico brasileiro, como um conjunto de normas sistematicamente consideradas, se requer, dentre essas normas, que se verifique a prevalência de umas em relação a outras. Isso se denota por intermédio de uma Constituição Federal positivada e pelas normas ordinárias codificadas e extravagantes.

Como já preteritamente se ensaiou, a problemática está no fato de que no âmbito desse ordenamento jurídico, torna-se possível vislumbrar concomitantemente

mais de um dos modelos/sistemas processuais. Portanto, o cerne da questão residirá em qual deles é ou *deve ser* o imperativo. Para tanto, e utilizando-se de todo o suporte até o presente momento produzido, necessário será primeiramente constatar qual a realidade das normas ordinárias, dando enfoque ao Código de Processo Penal vigente e conseqüentemente direcionando-se para o que esboça a Constituição Federal de 1988.

3.4.1 O Código de Processo Penal de 1941

Quedando-se adstrito a essa “atual” realidade codificada, urge salientar que, por intermédio desse subitem restará bem elucidado o que já se disse anteriormente, ou seja, de que todo o contexto normativo não se dissocia de um determinado momento ideológico. Assim, o que se propõe neste tópico será estabelecer qual foi o pensamento determinante da época (1941) e que, por sua vez, repercutiu na legislação ordinária.

Dessa forma, adotando uma abordagem direta, para que reste bem delimitado o “espírito” que o norteou, a fim de que didaticamente se facilite discernimentos futuros, o critério que imbuíu referido código esteve calcado na prevalência dos interesses da coletividade ou bem comum em detrimento dos individuais.

Nesse sentido, e para que se torne mais clarividente no que se traduziria esta predominância, são as palavras de FRANCISCO CAMPOS, compiladas por PIERANGELLI, na linha de que, para um Código de Processo Penal:

Impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.³⁴⁰

³⁴⁰ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Editora Jalovi, 1983. p. 533-534.

Em continuidade:

No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado³⁴¹ de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.³⁴²

Desse modo, por intermédio do que se colacionou da exposição de motivos, já se tem um esboço, ante a opção ideológica, de que a linha de adequação das normas ordinárias do Código de Processo Penal pende para um modelo/sistema avesso a garantias. Partindo dessa conclusão incipiente, é que ainda se transitará no bojo da concepção trazida pela exposição de motivos no intuito de que de fato se sedimente a opção esboçada. Daí não ceder a alguns apontamentos relacionados à estruturação desta codificação e de alguns institutos jurídicos pertinentes.

Assim, não se afasta de uma fase preliminar, qual seja a de um inquérito policial propriamente dito, cuja razão, já informando aos incautos, está em ser “um processo³⁴³ preliminar ou preparatório da ação penal³⁴⁴, caracterizando-se em seu favor como uma garantia contra apressados e errôneos juízos”³⁴⁵.

Em continuidade lógica, no atinente às funções exercidas, se declina o código pela separação de funções, em atendimento ao princípio do *ne procedat iudex ex officio*, deixando-se evidenciado que a *iniciativa* de uma ação penal está a depender da acusação.³⁴⁶

Em contrapartida, no atinente à produção probatória, afastada a hierarquização, delega-se ao juiz a iniciativa probatória, que, em que pese se diga inicialmente *complementar ou supletiva*, posteriormente se afirma categoricamente:

O juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício,

³⁴¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 989. “2. Passar pela joeira ou pelo crivo, peneirar. 4. Escolher, separando com cuidado o que é bom do que é mau.”

³⁴² PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Editora Jalovi, 1983. p. 534.

³⁴³ Ciente de que determinados autores o consideram como um procedimento administrativo.

³⁴⁴ PIERANGELLI, José Henrique. Obra citada. p. 535.

³⁴⁵ PIERANGELLI, José Henrique. Obra citada. p. 535.

³⁴⁶ PIERANGELLI, José Henrique. Obra citada. p. 535.

as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. [...] 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*.³⁴⁷

Contudo, e mesmo que informado por essa diretriz, não deixa de cercar-se da ponderação garantidora do livre convencimento motivado³⁴⁸, ressalvada a crítica que se fez de que esse sistema de apreciação seja uma garantia plena.

Ademais, no que tange à forma procedimental, o ideal³⁴⁹ dessa legislação ordinária codificada está pautado pela fragilização no atinente às formalidades³⁵⁰ propriamente ditas, ou seja, que dentro do desiderato proposto, as irregularidades que, por ventura, venham a surgir, estarão regidas em regra, por uma *relatividade* sempre dependente de uma provocação, sob pena de restar suplantada.

Em suma, e já delineando traços conclusivos, o que se procurou, por esse esboço motivador da legislação codificada, foi consoante CAMPOS, “obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade”, em que pese a ampliação da noção de flagrante e o dilargamento da preventiva³⁵¹. Contudo não se olvidou, conforme o mesmo dispõe, de que a defesa passa a tornar-se um imperativo³⁵².

Não obstante esses temperamentos, conclui no sentido de que, se o código de processo penal de 1941 “não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais.”³⁵³

Conseqüentemente, já se tem informativo suficiente para que, *formalmente* se identifique tal código como uma realidade do modelo/sistema misto. Entretanto, ao se resgatar os fundamentos da crítica ao sistema misto (item 3.3.3), e os corroborando como os caracteres que norteiam o vigente código de processo penal

³⁴⁷ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Editora Jalovi, 1983. p. 537.

³⁴⁸ PIERANGELLI, José Henrique. Obra citada. p. 537.

³⁴⁹ PIERANGELLI, José Henrique. Obra citada. p. 542. Neste sentido é o raciocínio do ministro italiano Rocco: “Um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito *mínimo* que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos.”

³⁵⁰ PIERANGELLI, José Henrique. Obra citada. p. 542.

³⁵¹ PIERANGELLI, José Henrique. Obra citada. p. 534.

³⁵² PIERANGELLI, José Henrique. Obra citada. p. 534.

³⁵³ PIERANGELLI, José Henrique. Obra citada. p. 543.

brasileiro, ante a exposição proposital de suas razões motivadoras, o que se denota, dentro daquele contexto formal dos sistemas, é a incursão do código a um modelo/sistema inquisitório. Não só pelo fato de autorizar na fase processual uma gestão probatória pelo juiz, presente em diversos dispositivos legais, mas também pelo fato de inexistir um princípio informador eminentemente misto, que incondicionadamente dirigirá um determinado ordenamento para o modelo acusatório ou inquisitório, já que, a gestão probatória é o elemento regente para essa determinação.

Em suma, para a realidade da legislação processual penal brasileira o sistema seria *formalmente* misto, mas que no seu âmago, ante seu ideal e elementos norteadores, vem a identificar-se com o inquisitório.

3.4.2 A Constituição Federal de 1988

Ao avesso do Código de Processo Penal e adotando outra postura ideológica, está a Constituição Federal de 1998, a qual se evidencia por estar inserida em um Estado Democrático de Direito.

Não obstante essa diretriz, para a realidade processual penal se traçará uma linha adstrita a um dos seus escopos, ou seja, do Estado de Direito no sentido dado por BOBBIO e considerado por FERRAJOLI³⁵⁴ de um estado *sub leges e per leges*. No primeiro, há para o poder imbuído de jurisdição, uma submissão às regras estatuídas pelo poder responsável pela estipulação dessas. Ou seja, qualquer poder terá sua gênese calcada na lei, e não obstante isso por essa limitado, naquilo que FERRAJOLI³⁵⁵ qualifica como forte, típico de estados constitucionais, particularizados por constituições rígidas. Nesse sentido esclarece DALLA-ROSA:

Isso remete a outra acepção atribuída ao garantismo, que está ligada ao modelo normativo do direito, que fica restringido, em Ferrajoli, à análise e à aplicação ao Estado de Direito que, embora seja um conceito extremamente amplo, possui um núcleo comum de identificação. Este núcleo seria a constante, que o autor remonta a Bobbio, e à sua intenção de designar-se um governo *sub lege* e um governo *per leges*, lembrando

³⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 856.

³⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 856.

que o entendimento do governo submetido a leis para sua regulação pode ser entendido em dois sentidos diferentes: num momento privilegiando o aspecto formal, em que somente seria legítimo o poder conferido pelo sistema normativo, e também regulado de maneira procedimental por essas mesmas leis; num momento mais forte, o aspecto substancial evidencia-se e tem necessidade não só da simples previsão legal do exercício do poder, mas também do entendimento da ordem normativa como limitadora, ou condicionante dos conteúdos dos atos e das leis produzidas por determinado governo.³⁵⁶

A par disso, constata-se estar a constituição brasileira pautada por este ideal garantidor e limitador do Estado que por sua vez, recairá no contexto processual penal. Assim, dentro de seu contexto normativo, o que explicitamente se vislumbra para a evidenciação de um sistema processual penal, é a opção pela tripartição de funções bem evidenciadas nos artigos 92 a 135, e principalmente das regras previstas no artigo 5 e seus incisos, destacando-se dentre eles, a título exemplificativo, a igualdade de tratamento, a presunção de inocência, o devido processo legal como sinônimo de formalidade, bem como do contraditório e da ampla defesa. Contudo, e pelo até agora exposto, todas estas regras se coadunam com os elementos *acessórios*³⁵⁷. Logo, não se constata nenhum elemento identificador de que a gestão da prova, elemento regente de um sistema, esteja explicitada³⁵⁸, a exemplo do que se vê da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941.

Mas, não obstante isso, a partir da concepção ideológica que norteou a feitura do texto constitucional, o que se pode concluir para a realidade processual penal é a de uma opção pelo modelo acusatório³⁵⁹.

³⁵⁶ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O Direito como Garantia**: Pressupostos de uma Teoria Constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 79-80.

³⁵⁷ MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A Correlação entre Acusação e Sentença nas Ações Penais Condenatórias**: A Conformidade entre a Lei Processual Penal e a Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 19. Afirmando a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988, não toca a autora no princípio informador, citando apenas os elementos acessórios.

³⁵⁸ THUMS, Gilberto. Mito sobre a Verdade e os Sistemas Processuais. In: **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 164. No que tange a essa certa indeterminação afirma: "Sob esse prisma, mostra-se extremamente difícil a evolução legislativa brasileira no campo do sistema acusatório, que implicitamente foi adotado pela CF/88." Também COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais. In: **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 140, dispõe que: "Ademais, a CR de 88 traçou, como se sabe, uma base capaz de, sem muito boa vontade, enterrar grande parte do atual CPP, marcado pela concepção fascista do processo penal e ancorado na tradição inquisitória."

³⁵⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 32-38. Colaciona o autor diversas posições doutrinárias no sentido de que o sistema processual penal brasileiro é acusatório. Também nessa linha, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 35. No mesmo sentido,

Assim, chegando ao termo de toda essa exposição, queda-se, então, claro que no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, sempre se enveredando para o contexto processual penal, nos deparamos com uma coexistência ideológica díspare entre o que nos traz a Constituição Federal, o Código de Processo Penal e também determinadas leis extravagantes que, respectivamente, se identificam ao modelo/sistema acusatório e inquisitório.

Uma vez constatado isso, em que pese ambos estejam vigentes, dentro da concepção que se traçou para o ordenamento jurídico, existem logicamente mecanismos que servirão para determinar qual, ante a contrariedade constatada, será o prevalente sistema processual penal brasileiro. Por essa razão que, se apresentando a Constituição Federal como o padrão pelo qual devem as demais normas de patamar inferior se coadunar, tanto no que é pertinente à criação de novas regras como de adequação das anteriores à nova ordem constitucional, tudo indica que por essa determinação/estruturação, que o sistema/modelo processual penal brasileiro deve trilhar, quando de sua aplicação, pelos elementos norteadores do modelo acusatório.

Por essa opção, cumpre avançar em um dos tópicos do cerne desse trabalho, ou seja, naquilo que reiteradamente se questiona: a efetivação do sistema de aplicação acusatório. Porque motivo(s), não se olvidando estar vigorando a Constituição Federal já a quase vinte anos, não se vislumbra uma plena aplicação do modelo acusatório?

A esta questão, o que se apontará serão algumas razões e respostas, que se diga, não são suficientes à resolução do problema, mas que se acredita, uma vez ciente delas, se consiga galgar uma grande fatia rumo à efetivação. Assim, é que como ponto de partida se colocará um referencial de abordagem: o Juiz. Não obstante essa escolha, o que ainda se fará é o “dissecamento” da figura do juiz, em estereótipos bem delineados. Mas qual razão de assim proceder?

Isso tudo se estabelece, por se acreditar, para a realidade processual penal brasileira deparar-se de fato, com diferentes juízes, cujo fator de diferenciação estaria na formação ou bagagem teórica de cada um deles. Tudo isso indissociavelmente repercutirá, para o âmbito do processo penal, naquilo que faz

eclodir a sanha questionadora voltada aos motivos da não efetivação do sistema acusatório.

Dessa forma, apostando-se nisso, é que gradativamente se traçará um rumo, cujo ponto de partida, que levará em consideração juízes e juízes criminais, será um dos motivos determinantes da inefetividade do modelo que se propõe.

Superada essa primeira parte, aí sim se avançará para aquilo que se denomina o segundo ponto central desse trabalho, ou seja, dos limites de atuação do Juiz criminal ciente da real postura ideológica que deve adotar para o processo penal.

Face a isso, é o que então se passa a fazer.

4. ORDENAMENTO, SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E O JUIZ: PRESSUPOSTOS DE (IN)EFETIVIDADE

Por intermédio dos capítulos anteriores se propiciou um suporte teórico passível de ser reduzido à seguinte proposição: de que somos informados por um *ordenamento jurídico uno e sistêmico*, permissivo para o contexto do Direito Processual Penal, ao conhecimento, em moldes semelhantes, dos modelos/sistemas processuais penais, os quais para serem considerados como sistêmicos também estão sustentados por um princípio informador.

Por essas interligadas premissas de estruturação, torna-se oportuno traçar, como anunciado ao final do segundo capítulo, algumas razões pelas quais se crê sejam determinantes à (in)efetividade do modelo/sistema acusatório.

Dessa forma, ao identificar-se a proposta desse capítulo pelo binômio da *inefetividade-efetividade*, opta-se inicialmente pela apreciação das razões que conduzem ao primeiro elemento aludido, apontando em contrapartida as *saídas* a servir de ponto inicial ao desiderato eleito, qual seja: da concretização do modelo acusatório.

Na seqüência, naquilo que já será considerado como um ato de superação, numa autêntica transposição do primeiro elemento que compõe o binômio referido (as razões de inefetividade), e situando-se no patamar da *efetividade*, se investirá naquilo que se concebe como a tarefa mais árdua, uma vez considerada a realidade do processo penal brasileiro. Ou seja, no atinente aos *limites de atuação* do Juiz ciente/consciente do modo pelo qual está estruturado o ordenamento jurídico e do sistema processual penal que *deve ser* aplicado.

Estabelecida a linha de frente daquilo que se acredita seja a espinhal dorsal a ensejar uma concreta efetivação do modelo acusatório, é o que na seqüência se passa a fazer.

4.1 PRESSUPOSTOS DE INEFETIVIDADE DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Pelo referido nos capítulos anteriores, uma das razões de *inefetividade* do sistema acusatório estaria no fato de a maioria dos operadores, com destaque ao Juiz criminal, encontrarem-se alheios à sua estruturação e operacionalização, ao revés de conhecê-lo e não aplicá-lo, o que desembocaria numa autêntica revelação de um descalabro jurídico por parte daquele que se espera seja o *garantidor* desse complexo normativo.

No atinente a esse alheamento, só que em alusão ao legislador, THUMS bem elucida, em suas considerações preliminares, que, o “legislador brasileiro não tem a menor noção de sistema processual. Diariamente são editadas leis penais – de direito material – e com normas processuais absolutamente impertinentes, porque destoam da matriz constitucional.”³⁶⁰ Contudo, fazendo uma correlação de raciocínio, será que apenas o legislador está afastado da compreensão quanto aos sistemas processuais? Será que alguns juízes criminais não poderiam também aí estar inseridos? Certamente que sim, a resultar, por sua vez, em algo imperdoável, já que, ao contrário de legislador³⁶¹, deve conhecer daquilo que faz parte de seu ofício.

Mas em retorno à linha construtiva do parágrafo inicial, também estão os sistemas processuais penais, cuja operacionalização requer, a exemplo do ordenamento jurídico, uma abordagem sistêmica, tanto num sentido restrito, ou seja, a informar todos os institutos jurídicos do processo penal, como num sentido amplo, por estarem inseridos no âmbito do ordenamento jurídico.

A partir desse pressuposto, e restringindo-se a determinado operador, o Juiz criminal, se passa a esboçar um dos motivos determinantes da inexistência de uma plena ou satisfatória efetividade do modelo acusatório, o qual restou demonstrado ser o aplicável ao Processo Penal Brasileiro.

Dando início ao raciocínio dessa causa, sempre resgatando o que se referiu nos parágrafos anteriores, resulta natural o surgimento do seguinte questionamento:

³⁶⁰ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, xix.

³⁶¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 24-25. “Não há, nem poderia haver, exigência ao legislador no sentido de que as leis apresentassem coerente orientação pedagógica, harmonia didática e lógica expositiva.”

qual(is) o(s) motivo(s) de se apontar o (des)conhecimento dos suportes teóricos mencionados (capítulos1-2)? Por intermédio de tal dúvida, é pela busca de um esclarecimento que se norteará.

4.1.1 Considerações sobre o Ensino Jurídico

No que se refere à gênese da problematização da *inefetividade* do sistema acusatório, se aposta em fase bem anterior ao de uma já constituída relação processual, formada por seus sujeitos, e com enfoque na figura do Juiz. Ao contrário, em muitos casos, aquela (inefetividade) advém antes mesmo de alguém tornar-se tal. Daí que, para essa linha motivadora da *inefetividade* do modelo proposto ao processo penal, e que servirá à construção de uma resposta rumo à efetividade, que se aponta a *formação acadêmica* como um dos fatores responsáveis à análise do primeiro elemento de composição do binômio *inefetividade/efetividade*.

Dessa forma, como constatado, o ordenamento jurídico brasileiro compõem-se de normas de natureza constitucionais e ordinárias. Não obstante, e o que já restou sedimentado, é de fato que, a grande maioria dos operadores do Direito, em que pese a vasta quantidade de normas, conhecem esse arsenal normativo. Contudo, a maior dificuldade não reside nisso, mas, ao revés, na aplicação desse suporte teórico de forma coerente e sistematizada. Assim, o enigma apresenta-se na operacionalização, que, por sua vez, vem a exigir o desenvolvimento de um raciocínio jurídico contextualizado. Para tanto, a corroborar nessa tarefa, se apresentam como servientes as instituições de ensino superior³⁶² e seus métodos de aprendizagem e formação.

³⁶² VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Perspectivas Históricas dos Cursos de Direito**. Anais I Seminário Nacional de Ensino Jurídico, Cidadania e Mercado de Trabalho. Curitiba, 1995. p. 47-50. A título de esclarecimento traz o autor a linha evolutiva à implantação dos cursos jurídicos no Brasil. Informa que a Universidade de Coimbra, fundada no século XIV, era marcada por uma mentalidade retrógrada, calcada no método expositivo. Afirma que somente a partir do século XVIII, sofreu, por intermédio do Marquês de Pombal reformas advindas do Iluminismo. No atinente à implantação de cursos superiores no Brasil, sua gênese esteve em Dom João VI, com a criação de aulas de Economia e Medicina. Contudo foi com Fernandes Pinheiro que tal iniciativa começou a ganhar maior representatividade, culminando, quando da instauração da Assembléia Legislativa de 1826, pela implantação dos cursos jurídicos em 11 de agosto, por lei baixada por D. Pedro I. Também nesse sentido corrobora FACHIN, Luiz Edson. *Idéias e Questões Sobre o Método no Ensino Jurídico*. In: I

Para a busca desse desiderato, o que não faltam são alternativas de alcance. Assim, OLIVEIRA³⁶³, a título exemplificativo, e até para comparativamente formar posteriormente uma posição a se coadunar com o que reiteradamente até agora se construiu, apresenta as iniciativas de SAN TIAGO DANTAS³⁶⁴, ARRUDA FALCÃO NETO³⁶⁵, HUGO GUEIROS BERNARDES³⁶⁶, HENRY STEINER³⁶⁷, entre outros.

Por essas considerações, em continuidade, OLIVEIRA apresenta sua crítica e contribuição no pertinente à graduação jurídica, com clara rejeição ao afastamento do que vem a denominar por preleções. Nesse sentido dispõe:

Efetivamente, se a ossatura do curso não for dada pelas preleções, dificilmente será fornecida ao aluno a necessária visão de sistema. Sem a noção do sistema, sem o conhecimento da lógica interna do Direito vigente, como um todo, a própria tarefa crítica³⁶⁸ fica impossibilitada, já que não há possibilidade de bem criticar aquilo de que se tem noção meramente

Seminário Nacional de Ensino Jurídico, Cidadania e Mercado de Trabalho. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1995. p. 44.

³⁶³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A liberdade e o ensino jurídico. **Revista Jurídica “Themis”**. n. 3, dez, 1980. p. 7-40.

³⁶⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. Obra citada. p. 15-17. Introduce a chamada “didática nova” no sentido de que: “[...] o verdadeiro objetivo do ensino jurídico não seria o estudo sistemático dos institutos e normas, mas o preparo, o desenvolvimento, o treinamento e afinal o cabal desempenho do raciocínio jurídico [...]. O objetivo primordial do professor, a que ele passa a dedicar o melhor do seu esforço, não é a conferência elegante de 50 minutos sobre um tópico do programa, mas a análise de uma controvérsia selecionada [...]. O estudo das normas viria em segundo plano e seria suprido em grande parte pela leitura de livros por parte do estudante.” Nesse sentido, apontando para a crise metodológica do ensino jurídico, GOMES, Luiz Flávio. **A crise (tríplice) do ensino jurídico**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 17/08/2008. “O novo método de ensino deve partir da situação complexa para em seguida escolher os meios (os conteúdos, as teorias, as leis, os princípios etc.) adequados para sua abordagem e solução. Como se vê, é preciso inverter a crença convencional de que devemos primeiro adquirir conhecimentos para depois usá-los.”

³⁶⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. Obra citada. p. 18. “Procura demonstrar que o ensino casuístico há de ser inevitavelmente comprometido com a visão crítica do direito.” [...] Propõe ainda: “a perda do dogmatismo por parte do professor, que passa a correr o risco de aprender também, ficando disponível à contribuição crítica do aluno e colocado a serviço de um ensino que exerce nos estudantes os mecanismos de sua independência”.

³⁶⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. Obra citada. p. 22. Afirma que: “O objetivo central do curso jurídico deve ser o desenvolvimento do raciocínio jurídico pelo estudante, e que a exaustão dogmática dos temas tradicionais de cada disciplina não leva a bom resultado.”

³⁶⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. Obra citada. p. 23. “Sua proposta enfatiza a necessidade de um ensino ativo, com base no sistema de prévia distribuição e leitura dos ‘materiais’ de classe.”

³⁶⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Reflexões sobre o ensino jurídico. *In: I Seminário Nacional de Ensino Jurídico, Cidadania e Mercado de Trabalho*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1995. No que tange à necessidade de uma formação crítica, revela o autor uma realidade norteadora ao ensino jurídico assim dispondo: “Então, geralmente, trata-se de uma transmissão pela imposição de conhecimentos supostos verdadeiros, estabelecidos como tais e que, no fundo têm como finalidade vacinar contra o novo. A própria formação jurídica, generalizadamente, é esta vacina. Se o sujeito sai de um curso de Direito bem dogmático e bem competente em seu dogmatismo, e se o sujeito incorpora aquilo muito bem, ele está bem vacinado, efetivamente, contra a possibilidade de vir a pensar criticamente sobre o sentido do Direito. Para esse sujeito, qualquer crítica é extremamente perigosa e o incomoda, digamos assim, no seu próprio âmago.”

fragmentária. Como bem observa ELLUL: "...o Direito só pode ser pensado e estudado na medida em que é situado acima do fato e [...] na medida em que as regras de pormenor do Direito Positivo são organizadas em sistema relativamente a essa realidade profunda do Direito..." Sem o sistema, as regras jurídicas não passam, com efeito, de um catálogo passavelmente incoerente.³⁶⁹

Similarmente, HUGO GUEIROS BERNARDES, mencionado por OLIVEIRA, apresenta sua proposta metodológica no sentido de numa:

Primeira fase do curso em que seria fornecida ao estudante uma base informativa sistemática, após a qual, em uma segunda fase do curso, o estudante seria desafiado a conjugar as informações colhidas na primeira fase [...], praticando o enquadramento jurídico de situações-problema, dotados da virtude de forçá-lo à investigação multidisciplinar.³⁷⁰

Em suma, pelas considerações e pelos modelos de condução apresentados para o ensino jurídico, o que se denota, já a partir de 1980, pelo que expôs OLIVEIRA, é a necessidade de estar presente nas graduações dos cursos de Direito a concepção jurídica sistematizada, a propiciar sempre um melhor raciocínio jurídico³⁷¹. Dessa forma, o que se coloca, é se referido trato para o ensino jurídico é de fato prevalente ou considerado nas instituições de ensino jurídico brasileiro.

Ciente das excepcionalidades, e também não se afastando de uma abordagem contextualizada ao processo penal, o ensino jurídico que se faz crítica, apresenta-se muitas vezes arraigado num suporte teórico particularizado, ou seja, não sistêmico, afastado de uma abordagem interdisciplinar³⁷² entre as normas constitucionais e as ordinárias que compõem o complexo normativo.

A fundamentar a narrativa supra, salienta CARVALHO:

O direito, em geral, e o direito penal, em particular, padecem do que Ferrajoli denominou como *paleopositivismo* (positivismo dogmático), orientação teórica que ignora o conceito de validade constitucional das leis,

³⁶⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A liberdade e o ensino jurídico. **Revista Jurídica "Themis"**, n. 3, dez, 1980. p. 26.

³⁷⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Obra citada*. p. 22.

³⁷¹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Reflexões sobre o ensino jurídico. *In: I Seminário Nacional de Ensino Jurídico, Cidadania e Mercado de Trabalho*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1995. p. 26. Em defesa dessa finalidade refere-se o autor no tocante à postura docente no seguinte sentido: "O que se passa raramente é o fato de se encontrar um professor que no ato de ensinar problematize o conteúdo de seu ensino. E, no entanto, parece-me que é para isso que ele está ali, pois para receber passivamente um conteúdo, você pode recebê-lo de várias formas, não precisando de um professor para isso."

³⁷² COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; LIMA, Martonio M. Barreto. **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 226.

atribuindo legitimidade ao ordenamento jurídico pelo simples preenchimento dos requisitos formais de elaboração legislativa. Ao contrário, a perspectiva crítica refletiria sobre o modo de conceber o trabalho do jurista, colocando em questionamento dois dogmas positivistas: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e não-valorativa do jurista na tutela do direito positivo vigente.³⁷³

Ao contrário, o que em regra se percebe, e em particular quando se trata do processo penal, é uma análise hermética e de apego exacerbado ao suporte normativo ordinário³⁷⁴, o qual, para nossa realidade processual penal codificada, identifica-se, conforme já concluído, ao sistema “misto” (inquisitório), revelador de uma equivocada opção frente ao sistema acusatório de matriz constitucional³⁷⁵. Mas porque razão evidencia-se ou desencadeia-se essa ocorrência?³⁷⁶

Talvez o esboço de uma resposta esteja em determinados aspectos, cujo primeiro deles pode apresentar-se na terceira conclusão de OLIVEIRA, na direção de que, “o bom professor precisa – necessariamente – ser um homem em constante processo de atualização e pesquisa”³⁷⁷. Assim, a falta por parte dos docentes, de iniciativas ensejadoras de um processo de atualização, poderiam justificar o não alcance dos métodos citados pelo autor e da proposta de uma concepção jurídica sistêmica.

Por outro lado, como já era defendido por OLIVEIRA, um segundo aspecto estaria no excessivo número de faculdades de Direito, em que pese se entenda ser mais uma questão de responsabilidade, em afastamento ao silogismo de que quantidade representa indiscutivelmente falta de qualidade.

Contudo, antes disso, e em retorno à exigência de atualização e pesquisa dos docentes, recente editorial, traz a seguinte constatação:

Embora não existam estatísticas precisas, os 1078 cursos de direito do País empregam cerca de 10 mil a 11 mil professores, dois quais apenas 15% seriam portadores de um diploma de especialização, mestrado ou

³⁷³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 23-24.

³⁷⁴ CARVALHO, Salo de. Obra citada. p. 25. “Todavia o modelo exegético de interpretação das leis, em grande parte das academias de direito de tradição romano-germânica, é apegado ao fetichismo legalista que pressupõe ser o Código estrutura curricular.”

³⁷⁵ Parece que a constitucionalização somente se fez repercutir no Direito Civil.

³⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio. **A crise (tríplice) do ensino jurídico**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 17/08/2008. “Necessitamos na atualidade (cada vez mais) conhecer os dois ordenamentos jurídicos vigentes, o constitucional e o legal (que por sinal, com frequência são antagônicos). Nas faculdades, entretanto, em geral (há exceções honrosas), ensina-se só metade do que devemos aprender (a perspectiva positivista legalista do Direito e dos direitos).”

³⁷⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A liberdade e o ensino jurídico. **Revista Jurídica “Themis”**. n. 3, dez, 1980. p. 38.

doutorado e somente 10% teriam tido algum envolvimento com pesquisas científicas, em sua carreira acadêmica. A maioria esmagadora do corpo docente é formada por advogados, juizes e promotores contratados pelo regime de 20 ou 40 horas semanais – poucos são aqueles que optam por lecionar direito no regime de dedicação integral e exclusiva.³⁷⁸

Assim, o que se percebe, em contrapartida a um expressivo número de faculdades de Direito, é o baixo índice de professores que detém uma formação jurídica além de, em regra, uma convencional graduação³⁷⁹, que por sua vez, dificilmente propiciará, salvo exceções, alterações a esse convencionalismo³⁸⁰. Ademais, para acoroçoar as razões de *inefetividade*, resta também evidenciado que algumas instituições se apresentam compostas por profissionais advindos de outras carreiras, tais como as mencionadas. Contudo, antes de se esboçar qualquer crítica, a estar melhor situada nas possíveis soluções, cumpre retomar ao aspecto atinente às faculdades de Direito.

Sem negar a realidade brasileira, constatada pela informação supra, e não se afastando quanto à relevância do fomento ao acesso ao ensino superior, o que necessariamente se constata, por tal abertura é, como em qualquer tipo de iniciativa, a evidenciação de conseqüências. Daí que, se quedando alheio a qualquer frente de batalha opositora a essa realidade, até porque impertinente, o fato é que ante a abertura propiciada, uma resultante está na adoção de determinadas medidas de controle por parte dos órgãos públicos³⁸¹.

³⁷⁸ EDITORIAL: a crise no ensino jurídico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 186, p. 1-2, maio, 2008.

³⁷⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Ensino Jurídico. *In: Encontros da Unb: Ensino Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978-1979. p. 70. “Outro foco está no relativo despreparo do corpo docente. Em que pesem os cursos de mestrado, permanece como única exigência para alguém ascender a uma cadeira – salvo nas instituições oficiais e em algumas particulares – o simples diploma de bacharel.”

³⁸⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **Direito e Ensino Jurídico**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 97-98. Apresentando posição no sentido de que apenas a titulação não seria corolário a um comprometimento docente, bem como de melhor qualidade, dispõe: “Para que se possa construir um corpo docente comprometido com a política acadêmica da instituição, não basta a contratação de profissionais titulados (especialistas, mestres, doutores, livre-docentes e titulares). [...] Mais do que isso, é imperativo o acompanhamento de profissionalismo docente, de seu desempenho acadêmico, do emprego de técnicas e dinâmicas metodológicas interativas com os alunos. Nesse sentido, a titulação, a satisfação dos alunos, a assiduidade, a dedicação, a seriedade, o aprimoramento permanente, o interesse no desenvolvimento de projetos acadêmicos e sociais, a opinião dos representantes de sala, o desempenho nas avaliações do corpo docente, são todos elementos que contam para a avaliação do professor em seu desempenho acadêmico.”

³⁸¹ ADEOTADO, João Maurício. Formação Jurídica Docente: Conhecimento, Atitudes, Operacionalização. *In: OAB Ensino Jurídico: balanço de uma experiência*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2000. p. 79. “Esses dois fatores, o inusitado aumento no número de faculdades de direito, respondendo a uma demanda social grande e reprimida, e a maior gama de exigências e aumento no controle por parte dos órgãos governamentais, fizeram como que o magistério em direito deixasse a

Desse modo, mesmo que o excessivo número de faculdades de Direito seja um dos indicadores de um ensino jurídico insatisfatório, essa realidade, em contrapartida, não se depara frente a um quadro de total alheamento do poder público em relação à condução de tal atividade. Pelo contrário, o que se vislumbra, para a realidade do ensino jurídico brasileiro, é uma postura ativa em que são até evidenciadas reprovações de certos cursos³⁸². Isso, por sua vez, vem gerar ainda a tomada de medidas³⁸³, visando sempre a melhorar a qualidade do ensino de nível superior. Assim, mesmo que venha a ser um fator indicativo, não estão as instituições à deriva no que se refere às medidas de controle.

Contudo, e em retorno ao que se mencionou, talvez o problema não esteja no excesso, mas no compromisso e responsabilidade dos que dirigem a formação jurídica³⁸⁴, que, uma vez inexistente, já vem sofrendo as restrições ora mencionadas. Entretanto, esse não pode ser apontado como o principal fator determinante a justificar a *inefetividade* do sistema acusatório. Até porque tais reprovações não seriam, por outro lado indicativas de que as aprovadas de fato cumprem, por exemplo, a proposta apresentada por OLIVEIRA, como vetor a uma melhor operacionalização do Direito Processual Penal de natureza sistêmica.

Feitas essas considerações quanto ao ensino jurídico, a servir de amparo a indicar um dos motivos de *inefetividade* do modelo processual penal acusatório, compete antes que se avance a outra característica deflagradora dessa mesma condição, trazer esclarecimentos que venham a corroborar para a construção de uma nova realidade, a fim de não se quedar apenas na indicação de problemas. Assim, ante essa iniciativa de risco, é que se justifica a abertura do item seguinte.

posição de atividade secundária que assumiu durante décadas, tornando-se uma profissão jurídica como outra qualquer.”

³⁸² EDITORIAL: a crise no ensino jurídico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 186, p. 1-2, maio, 2008. Informa que o Ministério da Educação divulgou o corte de 13 mil vagas em 23 cursos de Direito reprovados no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (Enade).

³⁸³ EDITORIAL: a crise no ensino jurídico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 186, p. 1-2, maio, 2008. Denominadas de “termos de saneamento”, recaem essas medidas no estabelecimento de prazo para adoção de melhorias sob pena de interposição de processo administrativo e até fechamento da instituição.

³⁸⁴ ANJOS, J. Haroldo dos. A Decadência do Ensino Jurídico. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. No atinente à mentalidade, com evidente repercussão no ensino jurídico cita: “O dono da universidade Estácio de Sá Uchôa Cavalcanti, ex-magistrado carioca, entre algumas pérolas, falou através da imprensa: “a pesquisa é perda de tempo, só dá um monte de título para o cara trocar reverências com seus colegas de academia”, deixando claro que não tem nenhuma preocupação com a educação, já que a sua holding do ensino jurídico tem uma filosofia voltada para o lucro.”

4.1.2 Primeira Saída Rumo à Efetividade do Sistema Acusatório

Pela constatação de que uma grande parcela do corpo docente apresenta-se apenas com uma formação superior convencional, e de que as instituições de ensino jurídico estão constituídas por profissionais advindos de determinadas carreiras jurídicas (advocacia, ministério público e magistratura), é que tais fatores parecem ser o esboço negativo ao alcance de um ensino jurídico de qualidade.

Assim, na busca dessa finalidade, se apresenta evidente uma mudança de pensamento e estruturação por parte dessas instituições. Isso, por sua vez, teria seu início pela absorção em seus quadros, de profissionais que, não obstante exerçam aquelas carreiras jurídicas, apresentem também uma formação profissional direcionada à seara acadêmica. Não só, e como medida voltada ao fortalecimento das instituições de ensino, de que também passem a contar com docentes propriamente ditos, cujo interesse profissional seja convergente apenas a essa finalidade.

Desse modo, de forma prevalente, mas como se disse, não exclusiva³⁸⁵, o forjar de uma solução a uma melhor qualidade do ensino jurídico, estaria na absorção de profissionais de fato interessados na *carreira* e no *desenvolvimento acadêmico*³⁸⁶. Isso, por sua vez, já seria um fator de afastamento de eventuais interesses escusos daqueles que as compõem (carreiras jurídicas), sem qualquer compromisso com a construção sólida do que se enfatiza, ou seja, relegando a *segundo plano*, aquilo (ensino jurídico e a seara acadêmica) que seria o ponto de partida em direção à efetivação do sistema acusatório no âmbito do Direito Processual Penal.

Outrossim, e até pelos indicadores acima, a realidade muitas vezes, como se disse, é a de *segundo plano*, e quedando-se adstrito novamente à disposição

³⁸⁵ ADEODATO, João Maurício. Ensino Jurídico e Capacitação Docente. In: **OAB Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. p. 84-85. "Não se pode dizer que o regime de trabalho de dedicação exclusiva apresente uma relação inexorável ou direta com a capacitação docente. Mesmo considerando que o tempo disponível para qualificar-se e reciclar-se será maior, o grande número de professores capacitados, que também desempenham outras funções, atesta a possibilidade de conciliação."

³⁸⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **O Ensino Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978-1979. p. 70. "O terceiro aspecto está na carreira do professor, ainda marginal, não constituindo uma finalidade auto-suficiente, sendo meio para outros fins: ou um emprego extra ou um título gerador de prestígio".

editorial, declina-se essa no sentido de que, em corpos docentes dessa natureza identifica-se “uma visão essencialmente forense e uma abordagem meramente formalista do direito, a maioria dos professores limita-se a repassar sua experiência na magistratura, ministério público ou advocacia”, não raro identificada pelo modelo inquisitório, que, salvo determinado contorno a estar presente numa constante especialização/atualização, permanecerá ileso.

Contudo, como sinal de esperança, ou seja, pela viabilidade da quebra, nada melhor de que o próprio depoimento, em forma de agradecimento, de alguém que é membro de uma das aludidas carreiras (ministério público). Nesse sentido, portanto, THUMS: “ao professor Salo rendo profunda gratidão, por ter desmascarado minha formação inquisitorial e provocado significativa mudança na minha vida profissional, descortinando um mundo que minha cegueira jurídica não permitia ver.”³⁸⁷

Não obstante, uma base acadêmica daquele modo constituída, a resultar no inquisitório, afirma ainda que:

Há um desprezo à interdisciplinaridade e a uma formação de qualidade e uma valorização excessiva da dogmática jurídica, o que resulta num ecletismo teórico, na falta de rigor científico e num apego ao “princípio da autoridade doutrinária” alicerçado em autores anacrônicos e obsoletos³⁸⁸.

Nisso talvez esteja presente a razão de existir de perguntas ou respostas no sentido de que *na teoria é assim, mas na prática é distinto*. Quando será que teoria e prática se encontrarão? Talvez esse tipo de composição docente revelada, seja um dos entraves a essa homogeneização e à aplicação do sistema processual penal acusatório.

Pelo exposto, se dessa forma está, em grande parte, composta a formação jurídica, o que se percebe é a possibilidade de não se atingir aquilo que se objetiva, ou seja, de propiciar aos acadêmicos e futuros operadores uma visão jurídica sistematizada a contrapor uma abordagem estanque³⁸⁹ dos ramos do Direito. E isso,

³⁸⁷ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Agradecimentos.

³⁸⁸ ANJOS, J. Haroldo dos. A Decadência do Ensino Jurídico. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. “Todos falam em decadência do ensino jurídico, mas, afinal, onde estão os fundamentos da questão...? A indústria dos livros jurídicos, com preços abusivos, preocupa-se apenas com a venda sem nenhum controle de qualidade de suas obras, qualquer um escreve o que pensa, sem nenhum rigor científico.”

³⁸⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 24. Nesse sentido, mas com referência ao Direito Penal, o que não abstrai o Processual Penal diz que:

como se demonstrou para o processo penal, é de extremo prejuízo, já que particularmente requer uma aplicação sistêmica, tendo em vista seus modelos de aplicação (cap.2), bem como pelo fato de dever estar informado pela matriz constitucional. Contudo, o que se apresenta muitas vezes ao processo penal, não é essa postura contextualizada.

Isso, como evidenciado pelos fatores aludidos, vem resultar naquilo que se poderia chamar, do engendramento de um círculo vicioso, a emperrar a busca da melhor qualidade no ensino jurídico e em decorrência, da correta aplicação do modelo processual penal que *deve ser*.

Daí que, por esse referencial, é que se destaca o papel da academia na formação dos operadores do Direito, da qual se espera deva pautar-se por profissionais que prezem de fato por ela. Talvez isso seja o início de uma melhor formação jurídica, e em especial do futuro Juiz, que já se disse, é o ente subjetivo garantidor de toda essa estrutura sistêmica positivada.

Não obstante esse contorno para a efetividade, o que se revelou para o ensino jurídico foi a sua correlação com as carreiras jurídicas, ou seja, de estar pautado por docentes advindos delas, a evidenciar, não de forma absoluta, como um dos fatores de crítica à qualidade do ensino jurídico.

Assim, em que pese superada essa fase inicial, torna-se oportuno avançar num segundo aspecto de justificação quanto à *inefetividade* do sistema acusatório. Nesse, novamente destacado estará o liame entre a formação e as carreiras jurídicas ou propriamente suas instituições, responsáveis também pela revelação de um ciclo vicioso tal qual o acima mencionado.

4.2 AS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E SEUS MECANISMOS DE SELEÇÃO

Não obstante aquele amparo justificativo de inefetividade, calcado inicialmente no ensino jurídico, esse não se põe como o único. Ao contrário, há a possibilidade de que repercuta em passo subsequente àqueles que, daquele modo que se fez crítica, egresses assim formatados. A partir disso, não há como imputar

“A primeira questão a ser colocada é a da ausência de elaboração do pensamento jurídico-penal a partir da Constituição.”

a determinadas instituições de ensino uma “culpa exclusiva”, o que torna necessário, para a questão relacionada à inefetividade do sistema acusatório, compartilhá-la, a ponto de evidenciar uma “culpa concorrente”.

Revelada essa co-responsabilidade, na seqüência dessa cadeia encabeçada pelo ensino superior, apresentam-se as *instituições jurídicas* e seus *mecanismos de seleção*.

Contudo, antes de uma particular apreciação dos meios seletivos propriamente ditos, torna-se salutar que se faça menção à determinada tríade apresentada por SILVA³⁹⁰ no que respeita a fatores que se relacionam ao julgador. Dessa forma, revela num primeiro passo, a *formação jurídico-cultural e moral*. Segundo, a *vocação que leva a motivação para aprimorar-se pelo estudo e pela pesquisa*. Por fim, o *espírito público e de justiça*.³⁹¹ Desse modo, mesmo que não sejam todos objeto de consideração, a partir deles já se torna perceptível a relação da formação acadêmica no que toca às instituições/carreiras jurídicas.

Portanto, desse encadeamento é que se destacam os meios de recrutamento com enfoque na carreira que desde os capítulos antecedentes se vem a priorizar, qual seja: a magistratura. Assim, como já se alertou, revela-se necessário, mesmo que perfunctoriamente, salientar que ante a existência de um rol de meios de seleção³⁹², somente serão considerados os pertinentes a criar um supedâneo comparativo, tanto em aspectos positivos como negativos.

Por esse referencial que, inobstante a eleição pelo *concurso público*³⁹³, o ordenamento brasileiro não resta operado puramente por esse. Desse modo, em contraposição ao sistema de ingresso *direto*³⁹⁴, em que a seleção de magistrados se dava por intermédio do executivo³⁹⁵, outro se apresenta: o *indireto*³⁹⁶, em que a nomeação se dá pelas seguintes vertentes dispostas por SILVA:

³⁹⁰ SILVA, Octacílio Paula. **Ética do Magistrado à luz do Direito Comparado**. São Paulo: RT, 1994.

³⁹¹ SILVA, Octacílio Paula. Obra citada. p. 167.

³⁹² SILVA, Octacílio Paula. Obra citada. p. 167-207. A título exemplificativo tais métodos compreendem: a nomeação direta, e dentre os meios indiretos, a nomeação ad referendum, o concurso público, o método de estágios, o método eletivo e a formação prévia em estabelecimento especializado.

³⁹³ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **O Novo Juiz e a Administração da Justiça**: Repensando a seleção, a Formação e Avaliação dos Magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2006. p. 83. “No Brasil, desde o período do *Estado Novo* de Getúlio Vargas, a seleção dos juízes de primeiro grau se dá através do concurso público.”

³⁹⁴ SILVA, Octacílio Paula. Obra citada. p. 168.

³⁹⁵ MEIRELLES, Delton R. S. **Formação do Magistrado e Legitimidade Judicial: O Caso das Escolas da Magistratura**. Disponível em: <<http://www.inicepg.inivap.br>>. Acesso em: 17/08/2008. Nesse sentido o autor.

a) por um poder (geralmente o executivo) ad referendum de outro poder ou órgão colegiado, geralmente o legislativo; b) por um poder (geralmente o executivo) dentre candidatos previamente selecionados por outro poder ou órgão (geralmente jurisdicional); [...] c) por cursos de formação prévia, através de escolas ou centros especializados.³⁹⁷

Por esses, já se tem condições de vislumbrar a presença, ainda que parcial, do meio indireto no âmbito jurídico brasileiro. Ou seja, a participação dos demais poderes (executivo e legislativo) na escolha dos membros da magistratura, mas no que é pertinente aos graus mais elevados de jurisdição³⁹⁸.

Assim, em que pese se evidencie nessa proposta de escolha dos membros do poder judiciário, a estrutura de freios e contrapesos a fim de possibilitar a ingerência ou controle do poder judiciário pelos demais, e abstraindo-se ao mesmo tempo dos pontos negativos que esse meio indireto pode ensejar³⁹⁹, o que a partir de agora se enfatizará, é o método usual de ingresso, qual seja o *concurso público*, tanto em seu aspecto formal quanto dos eventuais “efeitos” dele decorrentes.

4.2.1 O Concurso Público

Pelo referido na parte final do parágrafo anterior, opta-se inicialmente por uma abordagem calcada num aspecto formal para, na seqüência, e de posse desse supedâneo, compreender os “efeitos” que lhe são decorrentes e, por sua vez, inerentes ao sistema acusatório.

³⁹⁶ SILVA, Octacílio Paula. **Ética do Magistado à luz do Direito Comparado**. São Paulo: RT, 1994. p. 178.

³⁹⁷ SILVA, Octacílio Paula. Obra citada. p. 178.

³⁹⁸ É o caso, por exemplo, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, cujas nomeações advém do Presidente da República com a participação do Senado Federal, consoante dispõe, respectivamente, os artigos 101 e parágrafo único, 104 e parágrafos e incisos, ambos da Constituição Federal. Ainda no mesmo sentido: os Tribunais Regionais Federais (art. 107 da Constituição Federal), os Tribunais Regionais do Trabalho (art. 111-A da Constituição Federal), os Tribunais Regionais Eleitorais (art. 119 da Constituição Federal) os Tribunais e Juízes Militares (art. 123 da Constituição Federal) e de Justiça dos Estados (art. 94 e parágrafo único da Constituição Federal).

³⁹⁹ SILVA, Octacílio Paula. Obra citada. p. 181. “O principal aspecto negativo do método não está no procedimento de escolha, mas nos resultados, ou seja, na atuação dos magistrados selecionados pelo sistema.”

Antes, a título informativo, cumpre mencionar que a inserção desse método seletivo, deu-se a partir da Constituição de 1934⁴⁰⁰, com amparo em ideais de superação a governos ditatoriais, e do pós-guerra, em que a Constituição de 1946 foi uma consequência desse redirecionamento ideológico.⁴⁰¹

Assim, em retorno àquela proposta estrutural, o concurso público apresenta-se consoante a opinião de SILVA:

No processo mais equitativo de seleção de candidatos para o serviço público em geral, portanto o mais democrático por oferecer igualdade de oportunidade para todos os cidadãos que preencham determinados requisitos legais, quando executado com critério e isenção.⁴⁰²

Não obstante, consoante especifica o autor quanto à necessidade de satisfação de determinados *requisitos*, dentre os quais o de ser graduado por faculdade de Direito reconhecida, o que se percebe é que: mesmo com o atual fomento, que se fez menção, o acesso ao ensino superior ainda apresenta-se como uma barreira, ou seja, numa meta a ser atingida por muitos. Contudo, não há como negar que em comparação aos demais meios seletivos salientados, trata-se o concurso público de um meio que viabiliza uma abertura, mesmo que muitos dos egressos habilitados ao certame advenham das classes sociais mais favorecidas.

Em defesa do método aludido, em detrimento de uma escolha política, bem como a indicar a problemática quanto ao acesso, proclama ATAIDE JÚNIOR dever ser “intransigente a defesa do concurso público como forma de ingresso à carreira da magistratura.”⁴⁰³

Contudo, abstraindo-se dessa questão atinente ao acesso ao ensino superior como pressuposto a habilitar-se à realização de um concurso público, o que se quer tocar, independente da condição de quem o vem a fazer, é o modo de seleção propriamente dito (aspecto formal) e sua relação com a *formação jurídica*.

Assim, reiterando a coligação ensino-carreiras jurídicas, o instrumento de acesso a essas (concurso público) está marcado por um rigorismo ímpar, com

⁴⁰⁰ MEIRELLES, Delton R. S. **Formação do Magistrado e Legitimidade Judicial: O Caso das Escolas da Magistratura**. Disponível em: <<http://www.inicepg.inivap.br>>. Acesso em: 17/08/2008. Nesse sentido também o autor.

⁴⁰¹ SILVA, Octacílio Paula. **Ética do Magistrado à luz do Direito Comparado**. São Paulo: RT, 1994. p. 186.

⁴⁰² SILVA, Octacílio Paula. Obra citada. p. 185.

⁴⁰³ ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **O Novo Juiz e a Administração da Justiça**: Repensando a seleção, a Formação e Avaliação dos Magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2006. p. 85.

certames compostos por inúmeras fases, mas que, não obstante essa particularidade, não se apresenta como suficiente a garantir, já em uma fase avançada, ou seja, de exercício propriamente dito, que ocorra uma esmerada aplicabilidade do ordenamento jurídico e dos modelos processuais penais no que toca ao processo penal⁴⁰⁴.

Mesmo assim, é de se declinar como favorável a tal rigor, em que pese, face aos demais poderes da república, ressalvado o fator ideológico que os norteiam, apenas exigir-se, quando de uma formação intelectual, tão somente alfabetização⁴⁰⁵, cujo sentido ou interpretação, pela forma como concebido na constituição federal, pode se dar bem variada. Tal abordagem incidente, de forma alguma se apresenta vazia, pela razão de que, ao se tocar nos métodos seletivos atinentes aos mais relevantes cargos da República, o “rigor”, que não se denota em todos esses poderes, também encontrarão oportunamente seu lugar no esboço de uma linha conclusiva na construção quanto à efetividade do sistema acusatório.

Mas, particularizando-se novamente nas carreiras jurídicas, e todo o rigorismo que norteia seus certames, não há como dissociá-los da lógica correlacionada ao que se afirmou quando do ensino superior.

Desse modo, o que se procura enfatizar é que o ideal dos certames em regra também não avança muito além daquela concepção ou visão hermética do que compõe um determinado complexo normativo. Ou seja, apresenta-se também avesso a uma avaliação crítica, interdisciplinar ou contextualizada das normas que o compõe, a ponto até de, tendo em vista determinadas instituições de ensino jurídico, que prezam pela formação crítica de seus acadêmicos e que também não se afastam da realidade desses certames, orientarem seus acadêmicos quando da realização desses, principalmente na fase objetiva, que se pautem pela literalidade do suporte legislativo ordinário, sob pena de, ao utilizar-se de uma interpretação contextualizada, restarem na perda do cômputo de uma questão, que dificilmente em posterior recurso, mesmo que bem fundamentado, reverterá a resposta originária.

⁴⁰⁴ ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Obra citada. p. Em defesa do método menciona o autor que: “Para a estrita avaliação de conteúdos técnico-jurídicos, pode-se dizer que o sistema tem produzido bons resultados. Não se tem noticiado que os candidatos aprovados nos concursos tenham apresentado, no exercício da judicatura federal, problemas relativos à falta de domínio dos conteúdos jurídicos essenciais para o desempenho do cargo. O juiz federal brasileiro tem boa formação dogmática clássica e consegue aplicar o que sabe na formulação de sentenças.

⁴⁰⁵ Art. 14, parágrafo 4 da CF: São inelegíveis os analfabetos.

Isso tudo, porque em regra estão os examinadores lastreados naquele tipo de suporte teórico (ordinário) e, portanto, alheios ao cotejo de todo arsenal legislativo, o qual pode alterar toda uma linha de interpretação. Em suma, ao seguirem o mesmo raciocínio que se fez crítica ao ensino superior, tal método seletivo somente vem acoroçoar aquilo que se refuta e se destaca como uma das causas para a inefetividade do modelo acusatório.

A partir da constatação dessa mesma lógica de atuação é que, dos egressos das instituições de ensino, não se requer ou exige para essa etapa subsequente, o tipo de raciocínio mais adequado, senão o de apenas conhecer os suportes legais que compõem um determinado ordenamento, ou seja, alheios a um raciocínio sistêmico.

Nessa linha de cotejo, ensino jurídico-carreiras jurídicas, vem corroborar QUEIROZ quanto à problemática que norteia o primeiro e, por sua vez, inerente a segunda:

Outro problema grave reside no ensino jurídico que, ligado a um modelo pedagógico autoritário, no mais das vezes privilegia a memória, a repetição e a unidade de pensamento, em prejuízo da inteligência, da imaginação e da diversidade, e assim desencoraja a formação crítica e aniquila a individualidade. Falta com frequência o essencial: a formação de espíritos capazes de pensar por conta própria, mesmo porque ensinar não é só transmitir informação, mas criar as condições para a produção do conhecimento.⁴⁰⁶

Assim, para que se evidencie a lógica presente nos certames públicos, muitas vezes alheia à necessidade de um raciocínio contextualizado é que, tudo isso vem se concretizar nesse reducionismo, marcado pela *memorização* e outros correlatos, dentre os quais, a indústria dos cursinhos preparatórios, como autênticos instrumentos a serviço da superação dessas barreiras, ou como denomina ROSA, dos *rituais de passagem* que lhes são inerentes. Nessa linha ainda refere-se QUEIROZ não surpreender que:

Ensinar/aprender direito significa hoje, basicamente, preparar alguém para ser aprovado em concurso público, e, pois, obter um emprego estável e bem remunerado, de modo que o bom aluno, o bom profissional, é aquele que obtém aprovação em concurso público, concurso que em geral se limita a cobrar informação de leis e códigos; e indiretamente estimula a subserviência e o conservadorismo. Por conseqüência, o bom juiz, o bom

⁴⁰⁶ QUEIROZ, Paulo. Crítica da razão técnico-jurídica. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 186, p. 4-5, maio, 2008.

promotor, é também aquele que se conforma com a orientação dominante ditada pelo tribunal ou instituição a que pertence. E o “êxito” na carreira jurídica é um *continuum* desse processo de domesticação, que precede à formação jurídica inclusive.⁴⁰⁷

Tal característica é naturalmente revelada pelos pressupostos inerentes a toda e qualquer opção, bem como dos efeitos que lhes serão decorrentes. Assim, o efeito memorização não deixa inicialmente de advir da abertura ou acesso às carreiras jurídicas, em detrimento do meio de seleção direto ou indireto mencionados. E por lhe ser inerente, vem a ocasionar uma maior competitividade entre concorrentes. Isso tudo aliado à concepção que sucede da formação superior, é que faz culminar naquilo que se denominou reducionismo, e que, por sua vez, repercutirá quando da *atuação* dos “habilitados”.

Pelo modo que são informados os concursos públicos, o que se percebe é que disso ainda se desencadearão “efeitos”, tal como referenciados ao término do item supra referido. Esses que se apresentarão, muito mais preocupantes, podem derivar do pressuposto da *memorização*.

Nesse sentido e a título introdutório desse segundo aspecto, é o raciocínio autorizado⁴⁰⁸, de ROSA:

O próprio sistema de recrutamento, verdadeiro ritual de passagem, empurra o juiz para o lugar de Semi-Deus, uma vez que a realização de concurso público de provas e títulos se fundamenta muito mais na ‘decoreba’ de regras jurídicas do que de qualquer outra questão, talvez mais importante, impondo o auto reconhecimento (in)consciente de que os eleitos, ou seja, os que lograram êxito no certame, são indiscutivelmente os melhores.⁴⁰⁹

Não avançando completamente no raciocínio do autor, que traz aspectos atinentes à neutralidade, sensibilidade, atos de projeção, etc.⁴¹⁰, mas utilizando-se do que agora é pertinente e útil ao escopo proposto, e situado em nível anterior, a esse tipo de consideração o que basta à aprovação é a memorização, e o pensamento de que sempre os assim habilitados são de fato os mais capacitados.

⁴⁰⁷ QUEIROZ, Paulo. Crítica da razão técnico-jurídica. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 186, p. 4-5, maio, 2008.

⁴⁰⁸ Autorizado no sentido de que advém de alguém que é membro da magistratura catarinense.

⁴⁰⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 281.

⁴¹⁰ QUEIROZ, Paulo. Crítica da razão técnico-jurídica. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 186, p. 4-5, maio, 2008. Também nesse sentido, aduz que: “uma boa formação técnico-jurídica não constitui garantia de profissionais (juizes, promotores, advogados etc.) justos, mesmo porque podem ser, não obstante a excelência técnica, corruptos, preguiçosos, insensíveis, etc. E uma boa interpretação, na arte como no direito, além da técnica e razão, requer talento e sensibilidade.

Assim, num efeito em cadeia, pautado na crença de que a aprovação com base nesse engenho, os elevam, entenda-se os aprovados, à categoria dos melhores operadores do Direito, é que reside também o surgimento de uma perigosa “qualidade”, que à título de consolo aos realmente informados, servirão as palavras de CARNELUTTI, quando refere-se à defesa:

[...] a advocacia é um exercício espiritualmente salutar. Pesa a obrigação de pedir, mas recompensa. Habitua-se a suplicar. O que é mais senão um pedir a súplica? A soberba é o verdadeiro obstáculo à suplicação; e a soberba é uma ilusão de poder. Não há nada melhor que advocacia para sanar tal ilusão de potência. O maior dos advogados sabe não poder nada frente ao menor dos juízes; entretanto, o menor dos juízes é aquele que o humilha mais.⁴¹¹

Disso, o que preocupa é a “qualidade” que pode suceder pelo caminho dificultoso dos certames, uma vez que, ileso ao ritual de passagem e pela convicção de ser o melhor, o que de fato não se pode negar, desde que apenas considerada essa finalidade, venham a assumir posição destacada, naquilo que ROSA anuncia como o lugar de *semi-deus*, em que a soberba assume o lugar da “qualidade” referida⁴¹².

Mais do que isso, em que a soberba torna-se um predicado ou barreira à efetivação do sistema processual que *deve ser*, é o fato de que ante os pressupostos em que lastreadas determinadas graduações, aliadas ao modelo do ritual de passagem, em que alheios, em regra, a qualquer filtragem ou abordagem crítica e sistemática do ordenamento jurídico, é que, não cientes/conscientes disso, e em razão daquilo que se mencionou quanto ao ensino superior, não ser incomum aos *eleitos*, conforme menciona ROSA, “assumir o papel de ‘Inquisidor’ na gestão da prova”, ou seja, em choque ao sistema acusatório.

E nada mais lógico que se possa chegar a esse denominador comum, já que, por todo o exposto, agora de fato se torna possível entender o significado daquilo que se afirmou tratar-se de um *círculo vicioso*. Esse, para a finalidade que se busca, de trazer à tona alguns aspectos motivadores da inefetividade do modelo

⁴¹¹ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do processo penal**. Trad. José Antonio Cardinali. São Paulo: Conan, 1995. p. 27.

⁴¹² COLTRO, Antonio Carlos Mathias. Juiz, Humildade e Serenidade. *In: Uma Nova Ética para o Juiz*. São Paulo: RT, 1994, p. 13. “Grave, pois, a função do Juiz que, entretanto, não se pode dela inebriar, permitindo que a toga lhe confira a aparência de um rei, transformando os jurisdicionados em súditos e a Comarca em seu Reino.”

acusatório, resta agora bem evidenciado, a princípio, nas instituições de ensino não atentas à necessidade de se formar uma massa crítica.

Não obstante, e por se evidenciar lógico, repercutirá nas demais carreiras jurídicas e nos seus membros, cuja fórmula de ingresso não se afasta do mesmo ideal vivenciado pela grande maioria daquelas, resumindo-se tudo num ritual de memorização bem materializado no seu método de ingresso: o concurso público.

4.2.2 Segunda Saída Rumo à Efetividade do Sistema Acusatório

Em contrapartida, o ciclo se fecha a partir do momento em que os integrantes das carreiras jurídicas são, com essa base criticável de formação superior, os que compõem os quadros dos corpos docentes, cuja vertente do ensino estaria, em regra, calcada na *práxis* forense, com supedâneo e valorização do decisionismo advindo das “cortes” de justiça, e, por sua vez, afastada de qualquer conotação acadêmica no sentido que se propõe, revelando-se assim, uma situação de estabilidade e um continuísmo tanto do ensino superior quanto da prática forense, a revelar uma das raízes, no âmbito do Direito Processual Penal, da inefetividade do modelo acusatório.

Desse modo, e alheio a uma frente que apenas reiteradamente proclama sermos informados pelo modelo acusatório, a salientar seus caracteres e seu princípio informador, antes, por crer que muito desse esforço em pouco resulta, já que muitos dos que compõem o auditório (os operadores do Direito e em particular o Juiz criminal) ainda não alçaram esse discernimento, é que antes e para sua busca, se confia numa investigação que conduz a essa não compreensão por parte daqueles.

Assim, pelo que se defendeu, de nada adianta reiterar incansavelmente a esse auditório, o modelo acusatório, se logo após nos deparamos com práticas processuais inquisitoriais por parte do “Juiz-garantidor”, reveladoras não só de uma incongruência, mas também de indícios quanto a falhas na operacionalização do ordenamento jurídico, e do modo sistêmico do Processo Penal.

Por esse motivo é que se buscou fazer uma investigação, e apontar alguns fatores prévios que merecem ser alçados a um elevado patamar de consideração, já

que, uma vez observados, poderão ser os responsáveis à mudança daquilo que nesses dois últimos parágrafos se aludiu.

Ou seja, a fim de que o operador do Direito, sempre com enfoque no Juiz criminal, de fato faça repercutir na prática o modelo acusatório, há que antes se consolidar uma base calcada num ensino jurídico de qualidade, cujo significado disso é o da formação de uma massa operacional crítica, que, por sua vez, somente se dará se informados por uma visão contextualizada do ordenamento jurídico, ou seja, dentro da concepção exposta nos capítulos anteriores (cap.1 e 2). E a partir desse ponto de referência é que todos os demais que compõem essa cadeia, docentes e os habilitados às carreiras jurídicas, também passarão a ser informados, e, por sua vez, a viabilizar o rompimento não só do obstáculo inquisitorial⁴¹³, que ainda insiste conosco conviver, mas também, daquele círculo vicioso que se fez menção.

Contudo, acredita-se estar essa proposta ainda pendente de construção, ante a realidade que se vislumbra principalmente na prática jurídica, ou seja, no modo pelo qual o processo penal muitas vezes é conduzido por parte de seus operadores, principalmente no que toca ao modo de atuação do Juiz, não poucas vezes identificado com a matriz inquisitorial.

Entretanto, como se afirmou anteriormente, o plano de abordagem, em que pese incisivo, não deixa de considerar aquilo que se disse como sendo um ato de superação. Ou seja, da existência de Juízes que estão cientes da estruturação do ordenamento jurídico brasileiro, bem como de estar o Direito Processual Penal informado por esse e por seus sistemas processuais, em particular o acusatório.

Todavia, se pôde perceber pela base de raciocínio traçado, com a análise das características dos sistemas processuais penais, que inobstante se tenha chegado a uma resposta, a realidade do Direito Processual Penal brasileiro se apresenta ao operador jurídico ciente, como uma espécie de “campo minado”, que se traduz pela convivência de normas jurídicas que se identificam com mais de um dos sistemas processuais penais, não só anteriormente ao marco legislativo que nos

⁴¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. *In: Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18-19. O que de fato se evidencia, mesmo pelos fortes brados de que já vivenciamos quase vinte anos de nossa constituição, é de uma sólida barreira, principalmente se em contraposição a esses vinte anos se destaca o que dispõe COUTINHO quando se refere ao modelo inquisitório: “sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura [...], persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos mantê-lo”.

conduz afirmar ser o sistema acusatório o modelo aplicável, mas também pela incidência de normas posteriores incompatíveis ao ordenamento constitucional.

Não bastando, mesmo que as regras do jogo de um modelo processual penal acusatório estejam bem evidentes, na realidade, ante determinadas situações que se revelam na prática jurídica, certamente despertam no Juiz garantidor a dúvida de que tal modelo ainda não pode ser inquestionavelmente aplicado.

Sendo assim, o que se coloca é se o Juiz deve ou não se colocar como um agente estático. Recordemos que, como reiteradamente denominado pela doutrina, deve o Juiz assumir a postura de garantidor. Mas garantidor de quê? Certamente das regras do jogo processual penal, visando o equilíbrio da relação processual penal entre aqueles que a compõem.

Portanto, tendo em vista a postura garantidora do Juiz e a realidade não equânime do processo penal brasileiro, é que se torna imperativo construir um raciocínio no que é pertinente aos *limites de atuação* desse juiz garantidor.

A partir então desses marcos de referência, quais sejam: *da incongruente coexistência de normas de cunho acusatório e inquisitório*, e de *situações concretas que evidenciam principalmente uma desigualdade no autêntico processo de partes determinado pelo sistema acusatório*, torna-se oportuno o resgate daquela base conceitual referida no capítulo inicial (cap. 1), como marco de referência e de instrumento de amparo ao Juiz garantidor, a fim de que fundamentadamente aplique e construa de fato um processo penal de cunho acusatório.

4.3 PRESSUPOSTOS DE EFETIVIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Assumindo uma postura de superação ao que se manifestou quando daquilo que se considerou como pressuposto de inefetividade do sistema acusatório, e em respeito à proposta de abordagem apresentada, é que gradativamente se inicia, tendo em conta o Juiz conhecedor do aparato normativo e sua operacionalização, a apresentação dos instrumentos normativos de ação que conduzirão ao deslocamento da seara de crítica da inefetividade do modelo acusatório, para da implantação desse, cuja transposição estará recaída no Juiz garantidor.

Do exposto, o que se pressupõe para suplantar essa primeira etapa atinente às *incongruências* no bojo de nosso ordenamento jurídico, contextualizado no processo penal, é a consideração de certos mecanismos de ação. Para tanto, não há como inicialmente afastar-se daquilo que possibilita toda essa consideração, qual seja, a necessária estruturação sistêmica de nosso ordenamento jurídico, pautado pela predominância das normas constitucionais⁴¹⁴, bem como pela operacionalização sistematizada do Direito Processual Penal.

Uma vez estando isso re-estabelecido, quando se faz menção as *incongruências* na esteira do processo penal, o que se retoma é a existência das normas ordinárias codificadas (1941), em que muitas delas estão identificadas ao modelo inquisitório, e as normas constitucionais de 1988 indicativas do modelo acusatório. Não obstante essa alusão, mesmo com a implantação da nova ordem constitucional, o ordenamento jurídico é inovado por normas infra-constitucionais posteriores, que podem não se coadunar à postura operacional do sistema acusatório.

Sendo assim, para o contexto do processo penal brasileiro há, como comumente se denomina, a necessidade de se efetuar uma filtragem constitucional, a qual estará a depender principalmente do Juiz-garantidor do modelo processual que *deve ser*. Mas de que forma, ou seja, com que mecanismos se pode operacionalizar essa filtragem?

Antes, como pressuposto, há a necessidade de que se identifiquem essas *incompatibilidades*, tarefa que será viável somente pelo Juiz criminal merecedor do bom estigma de garantidor, já que, ao alheio a esse discernimento, em que se desconsidera o predicado *garantidor*, esse apenas aplica as regras processuais codificadas ou extravagantes, ou seja, numa situação de abstração, alheio a qualquer senso crítico desse processo de filtragem. Encontram-se reduzidos, como

⁴¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Princípios Constitucionais Brasileiros ou de Como o Papel Aceita Tudo. *In: Revista da Faculdade de Direito*. Rio de Janeiro, n.1, p. 206-242, anual, 1993. Quanto ao papel do Direito Constitucional refere-se: “Disto resulta que o Direito Constitucional, tanto quanto os demais ramos da ciência jurídica, existe para realizar-se. Vale dizer: ele almeja à efetividade, **Efetividade**, já averbamos em outro estudo, designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ela simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o **dever-ser** normativo e o **ser** da realidade social.” Com raciocínio similar, PESSANHA, Yvan Senra. Constituição e Processo Penal. *In: Revista da Faculdade de Direito*. Rio de Janeiro, n.2, p. 455-465, anual, 1994, dispõe: “O que se pretende em suma, é o reconhecimento da Constituição Federal como *pressuposto de validade e de eficácia* de todo o ordenamento jurídico estatal.”

dispõe ROSA, em alusão ao absurdo Kafkiano⁴¹⁵, a meros “funcionários que não sabem os motivos de seus atos [...], alienados da dimensão do processo, da sua estrutura, mas cumpridores das ordens expedidas pelo Outro, também desconhecido, Ausente”.⁴¹⁶

O efeito disso sentirá o cliente do caso penal, o qual sempre ficará à mercê de *Juízes e juízes*, já que nem sempre todas essas normas ordinárias identificam-se ao modelo inquisitório. Ou seja, nessas condições, pode-se dizer que a sorte sempre estará lançada.

Uma vez enfatizado esse contraponto face aos julgadores, para essa etapa resta bem evidenciada a opção de qual dentre aqueles se levará em consideração para o desiderato de efetivação do modelo acusatório.

Assim, somente em razão dessa eleição é que se oportuniza a constatação das *incompatibilidades* aludidas. Por isso, partindo desse pressuposto, do Juiz-Garantidor, é que se torna possível afirmar estar diante da conquista de uma grande parcela à plena implantação do sistema acusatório. E ainda mais, que essa conquista, tendo em vista esse pressuposto, é passível de concretização por um aspecto técnico, por intermédio de mecanismos que se apresentam disponíveis ao Julgador no âmbito do próprio ordenamento jurídico.

Em face disso, cumpre apontar os instrumentos servientes à superação dessa primeira barreira à concretização do modelo processual penal que se clama, evidenciada em *incongruências* normativas, ávidas ao processo de filtragem que se fez alusão.

4.3.1 Código de Processo Penal *versus* Constituição Federal: Implantando o Sistema Acusatório

Oportuno que se afirme que tais *incompatibilidades* normativas se apresentam no bojo de nosso ordenamento jurídico, em que inserido o processo

⁴¹⁵ KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Editora Brasiliense S/A, 1997. p.12 “Somos funcionários subalternos que mal conhecem um documento de identidade e que não tem outra coisa a ver com o seu caso a não ser vigia-lo dez horas por dia, sendo pagos para isso.”

⁴¹⁶ MORAIS DA ROSA. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 82

penal, em razão de momentos ideológicos vivenciados, que, influenciam e deflagram uma produção normativa (cap. 1).

Em razão disso, voltando-se a uma perspectiva técnica, de estruturação normativa, é que se defronta, para essa primeira linha de abordagem calcada no confronto entre normas constitucionais (1988) e ordinárias codificadas (1941), na necessidade de uma investigação construtiva a essa finalidade depuradora. Por isso, se faz necessário o resgate de determinados vetores que culminarão num instrumento exegético à disposição do Juiz.

Presente o choque ideológico de algumas normas processuais penais codificadas de natureza inquisitorial, muitas vezes identificadas, a título exemplificativo, com o agir de ofício⁴¹⁷ do juiz no contexto probatório⁴¹⁸, com a proposta limitativa e acusatória identificável na Constituição Federal, que se verifica um mecanismo de natureza singela, mas de grande utilidade ao Juiz-garantidor, qual seja, a *recepção*⁴¹⁹ ou não dessas normas infra-constitucionais pela ordem constitucional⁴²⁰.

Não obstante, essa *recepção* que se menciona, resta minudenciada a partir dos critérios levantados por BOBBIO (cap. 1), a solucionar situações quando com normas antinômicas se depara o aplicador do Direito. Assim, para essa condição normativa, é que se destaca não só o critério *cronológico*, já que a ordem

⁴¹⁷ Importante ressaltar que mesmo com as inovações do Código de Processo Penal, por intermédio da Lei 11.690/08, a atuação de ofício do juiz perdura. A corroborar nesse sentido, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 186, p. 11-13, maio, 2008. “O que há de reafirmar, enfim, é que *reformas parciais* não mudam o sistema porque não vão no núcleo do problema, ou seja, no *princípio inquisitivo*, que permanece intacto, o que se pode constatar como as recentes *reformas*, mormente aquela à prova e, nela, no que diz com a chamada *teoria geral da prova*. Basta que se veja, neste sentido, a nova redação do art. 156 do CPP, dada pela Lei n. 11.690, publicada em 10.06.08, que faculta ao juiz, de ofício, determinar a produção de provas e a realização de diligências que julgar necessárias para “dirimir suas dúvidas”. Nesse sentido também COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Projeto de Justiça Criminal do Novo Governo Brasileiro. *In: Processo Penal: Leituras Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 129-134.

⁴¹⁸ Artigo 209 caput do CPP – O juiz quando julgar necessário poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

⁴¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 612. “A compatibilidade dos atos normativos e das leis anteriores com a nova constituição será resolvida pela fenômeno da recepção, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento juridicamente idôneo ao exame da constitucionalidade de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da constituição atual.”

⁴²⁰ PESSANHA, Yvan Senra. Constituição e Processo Penal. *In: Revista da Faculdade de Direito*. Rio de Janeiro, n.2, p. 455-465, anual, 1994. No que tange a esse choque normativo esclarece: “O Código de Processo Penal, essa velharia legislativa, de 50 anos, nascida em plena safra ditatorial, há de ser visto dentro de novo contexto, com suas inconstitucionalidades, que exigem mudanças e arremendos imediatos. Seus dispositivos, *se não derogados*, devem estar vinculados racional, política e juridicamente à letra e ao espírito da Constituição, que apregoa, *ab initio*, os direitos e garantias fundamentais, como sinalizando sua índole.”

constitucional é superveniente ao Código de Processo Penal, mas principalmente o *hierárquico*, cujas razões, também elucidadas no primeiro capítulo, justificam a prevalência das normas constitucionais.

Ademais, para restar bem elucidado, essas normas ordinárias *incompatíveis* não devem, em que pese não seja posição unânime⁴²¹, serem consideradas como inconstitucionais⁴²², hipótese que, uma vez constatada, requererá a aplicação de outros expedientes diversos ao da não recepção. Por esse entendimento NEVES⁴²³ vem afirmar que “a lei incompatível com norma constitucional superveniente submeteu-se também, apesar de sua inferioridade hierárquica, à aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, sendo, portanto, lei revogada e, por esta razão, juridicamente “inexistente”, ou melhor, não mais pertencente ao ordenamento jurídico”.⁴²⁴

Seguindo o mesmo raciocínio, afirma NEVES se estar frente a uma *antinomia aparente*, identificadas essas normas incompatíveis por pertencerem “a ordenamentos diversos, uma ao velho e outra ao novo ordenamento”⁴²⁵, e que ao contrário das normas inconstitucionais, já sofrem, usando os expedientes de ALCHOURRÓN e BULYGIN, a ingerência das “regras de rechaço do sistema, cabendo aos diversos órgãos do sistema aplicá-la.”⁴²⁶ Isso tudo, em contraposição à *eficácia constitutiva negativa* de uma norma inconstitucional, vem a gerar, consoante NEVES, amparado na classificação de PONTES DE MIRANDA, uma “eficácia declarativa do ato jurisdicional que decide pela inexistência jurídica da lei anterior incompatível com a nova Constituição”⁴²⁷, e que, por sua vez, também se queda alheia à aplicação de *regras especiais*⁴²⁸ materializadas na exigência de uma maioria absoluta ou de suspensão pelo Senado.

⁴²¹ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. p. 99. Cita LÚCIO BITTENCOURT que dispõe: “Uma lei incompatível com a Constituição é, sempre, na técnica jurídica pura, uma lei inconstitucional, pouco importando que tenha precedido o Estatuto Político ou lhe seja posterior.”

⁴²² NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 95-96.

⁴²³ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 96.

⁴²⁴ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 96. Também de modo mais elucidativo, Pontes de Miranda por Marcelo Neves: “Se com a nova Constituição, forem inconciliáveis, implícita ou explicitamente, todas as regras, escritas ou não, do direito anterior, todas elas deixarão de vigorar no instante mesmo em que se iniciou a vigência da nova Constituição.”

⁴²⁵ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 97.

⁴²⁶ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 97.

⁴²⁷ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 97.

⁴²⁸ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 98.

Dessa forma, para essas situações de incompatibilidade entre normas constitucionais e ordinárias codificadas, salienta NEVES⁴²⁹ que a inconstitucionalidade desaparece no momento em que se manifesta, ante a ab-rogação da norma inconstitucional. Não obstante, declina-se em sentido negativo a que:

O juiz ordinário possa conhecê-la com a finalidade de desaplicação, dado que uma tal *cognitio* de uma ab-rogação causada por incompatibilidade, ou seja, por inconstitucionalidade; seria, pois, cognição de incompatibilidade, e a desaplicação seria por sua vez causada por incompatibilidade, ou seja, por uma forma de superveniente inconstitucionalidade. Mas não surge daí decisão desconstitutiva de lei inconstitucional, mas sim decisão declaratória da “inexistência jurídica” (não pertinência ao ordenamento jurídico) de lei revogada por inconstitucionalidade.⁴³⁰

Contudo, não deixando de apontar efeito, declina-se no sentido de se criar “em relação aos juízes ordinários, o poder dever jurisdicional de reconhecer in casu a revogação da lei”⁴³¹, operando-se efeitos *ex nunc*.

Assim, esse mecanismo apresenta-se como um considerável instrumento a ser utilizado pelo Juiz-garantidor, que, uma vez presente numa seara de trabalho que se pode considerar como técnica, destina-se a buscar a efetivação do sistema acusatório.

Se diante de uma situação como a acima exemplificada, de norma que autoriza o agir de ofício pelo julgador na produção probatória, lembrando sempre tratar-se esse aspecto de um princípio informador dos sistemas processuais, muito do sistema acusatório já se concretizaria. E a ocorrência disso se daria, não só porque deixa o Juiz que de fato se insere no brocardo *iura novit curia*⁴³², de realizar uma tarefa que cabe ao Ministério Público, passando a exercer o ofício que de fato lhe incumbe, qual seja, o de garantir o equilíbrio de uma relação processual, mas também de expurgar a “mais valia” auferida pelo órgão acusador, já que há quem trabalhe por ele, bem como a garantir a imparcialidade na condução de um autêntico processo penal de partes.

⁴²⁹ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. p. 99.

⁴³⁰ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 99-100

⁴³¹ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 100.

⁴³² No sentido que se vem reiterando, ou seja, de que conhece o suporte teórico e sabe, por sua vez, operacionalizá-lo.

Superada essa etapa, dita técnica, em que houve o cotejo entre normas constitucionais e ordinárias de natureza divergente, e que, por sua vez, apresenta-se bastante incidente no dia a dia forense, há que se avançar para outro aspecto de incompatibilidade. Contudo, ao revés do que se evidenciou acima, a incongruência que se passará a considerar, se constata quando da existência de norma ordinária processual penal superveniente ao ordenamento constitucional.

Invertida a disposição, o que se procurará é não só exemplificar situações nesse sentido, mas principalmente em apresentar saídas dentro daquilo que o próprio ordenamento jurídico proporciona ao Juiz-garantidor de um processo penal equânime.

4.3.2 Constituição Federal *versus* Normas Processuais Penais Extravagantes: Implantando o Sistema Acusatório

Em que pese a maior dificuldade à implantação do sistema acusatório esteja em romper com a cultura inquisitorial⁴³³, presente no Código de Processo Penal, e em choque com a nova proposta resplandecida na Constituição Federal cronologicamente posterior e hierarquicamente superior, a matriz inquisitorial se faz também existente em regramentos posteriores a esse novo marco ideológico, por sua vez, também determinante na condução do Direito Processual Penal.

Ainda que uma situação como essa venha a gerar dúvida quanto à sua ocorrência, uma vez que, o parâmetro a produção normativa especialmente ao Processo Penal, está na Constituição Federal, a realidade é a da existência desse tipo de incompatibilidade, que, por sua vez, deflagra também a responsabilidade do

⁴³³ CONSULTOR JURÍDICO. **Proibido Entrar**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 17/08/2008. A fundamentar o disposto, notícia publicada no site consultor jurídico, revela a postura de membros da magistratura em oposição à lei relacionada à busca e apreensão em escritórios de advocacia. Nesse sentido dispõe: "Juízes federais e membros do Ministério Público pediram ao presidente Luiz Inácio Lula da Silva que vete a proposta que restringe as hipóteses de busca e apreensões de documentos e materiais nos escritórios de advocacia. [...] Para entidades de classe da magistratura e do MP, se for sancionada como está, a lei permitirá que o crime fique 'substancialmente' mais fácil, porque 'os criminosos poderão fazer uso de escritórios de advocacia para esconder o cometimento de seus crimes, tornando-se, imunes à ação da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário.'" O modo pelo qual se porta a magistratura revela muito bem a cultura inquisitorial, que lado a lado com o "mocinho" (ministério público), deflagra uma reprovável atuação em detrimento de sua necessária inércia no que tange à gestão probatória. Ademais, tal coligação indiretamente conduz ao desrespeito com a classe advocatícia, que parece ter assumido o lugar do "bandido".

Poder Legislativo (cap. 3) no que tange à manutenção dessa cultura inquisitorial impeditiva ao predomínio da matriz acusatória.

Abstraindo-se dos motivos que levam a esse tipo de produção legislativa posterior à Constituição, o fato é que, se uma vez existente, há a necessidade de que entre em cena a filtragem constitucional, também dependente do Juiz-garantidor.

Mas antes de se apontar qualquer remédio a neutralizar esse tipo de ameaça ao sistema processual acusatório, cumpre elucidar a natureza dessa norma ordinária incongruente. Com isso se visa justificar o motivo de se utilizar o antídoto à mazela de leis ordinárias que não se coadunam ao contexto acusatório.

Sendo assim, novamente oportuna a consideração retrospectiva dos suportes teóricos colacionados (cap. 1), identificados pelos critérios atinentes à *vigência, validade e eficácia*, em cotejo com as antinomias expostas nesse item.

Por essa razão que se faz necessária a compreensão desses fatores, uma vez que, não estão a depender de uma única concepção. Disso resulta, para NEVES:

A consistência internormativa não é condição necessária à pertinência de normas ao sistema jurídico. Esta situação revela-se, como vimos, tanto por força da insuficiência ou conflito de critérios para a solução das antinomias, quanto por não se aplicar imediatamente o critério de solução previsto no sistema jurídico, enquanto não há manifestação do órgão competente para aplicá-lo.⁴³⁴

Portanto, por intermédio desse raciocínio, conclui o autor, não só poder estar o ordenamento jurídico constituído por normas *incompatíveis/antinômicas*, como também pela dissociação entre os critérios de *pertinência e validade*.

A viabilidade dessa existência antinômica, no âmbito de um ordenamento jurídico sistêmico, defluiu das características de um sistema jurídico ser dinâmico ou estático. Isto porque, tendo em vista os critérios de derivação de normas, o primeiro (*dinâmico*) viabiliza a entrada de norma por intermédio de derivações de poder/autoridades, ao passo que no segundo (*estático*), de cunho lógico-dedutivo, as derivações de normas se darão por conta do conteúdo delas.⁴³⁵

⁴³⁴ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. p. 39.

⁴³⁵ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 39.

Assim, enquanto *dinâmico*, não há óbice que um ordenamento contenha normas irregulares, podendo concluir-se que embora pertinente, compondo o ordenamento, não comporte validade. Contudo, conforme salientado na parte final da citação supra, estará a depender da expulsão do ordenamento jurídico sistêmico.

Referida situação bem se exemplifica, para não quedar-se apenas num plano imaginário de leis e dispositivos extravagantes posteriores e incompatíveis constitucionalmente, ante a idéia já concretizada legislativamente de implantação do denominado interrogatório *on line* no Estado de São Paulo, por intermédio da Lei Estadual 11.819/05⁴³⁶.

Não obstante as críticas, apresenta-se originariamente viciado, já que, constitucionalmente, a competência em matéria processual penal é atribuída à União⁴³⁷. Mesmo assim, não deixa, pelo aspecto dinâmico, de ser *pertinente* ou *existente*, corroborando com a expressão utilizada por PONTES DE MIRANDA⁴³⁸, cujo significado se identifica com o fato da irrelevância de ser a norma regular ou irregular para compor o ordenamento jurídico.

Dessa forma, o que se pode sustentar é que, ao se considerar o ordenamento como *dinâmico*, não se terá um sistema hierarquicamente perfeito, característica essa que ao contrário se evidenciaria nos sistemas *nomológicos* e *estáticos*, em que vigência e validade se coadunam ao filtro formal e substancial das *regras de admissão* ao sistema normativo.⁴³⁹ Não sendo esse o vetor sistemático que se adota, uma vez se deparar com normas incompatíveis, estas estarão a depender da aplicação das *regras de rechaço* por intermédio de seus legitimados.

Justificado o motivo da presença de normas ordinárias extravagantes pontuais⁴⁴⁰, posteriores ao marco normativo constitucional, ao revés do disposto no item supra, o que se apresenta é uma situação de inconstitucionalidade, que ante as *regras de admissão*, pode advir de eiva formal ou material. Exemplo que reflete esse primeiro vício de admissão é o acima colacionado a respeito do interrogatório *on*

⁴³⁶ LOPES JR., Aury. O interrogatório On Line no Processo Penal: Entre a Assepsia Judiciária e o Sexo Virtual. **Revista de Estudos Criminais**. Ano V, jul-set. 2005, n. 19, p. 83.

⁴³⁷ Artigo 22, inciso I da Constituição Federal.

⁴³⁸ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. p. 41.

⁴³⁹ NEVES, Marcelo. Obra citada. p. 46.

⁴⁴⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. As Reformas Pontuais do Código de Processo Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Nota Dez, ano 2, n. 5, p. 84-96, 2002. Cumpre, porém, ressaltar que essa terminologia é de autoria do Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, consoante informação disponibilizada durante módulo ministrado no MINTER em Guarapuava-PR.

line. Em que pese, possa a União dispor sob a matéria, há óbice que Estados membros venham a regulá-lo, já que não legitimados. Ou seja, se está diante da inobservância das regras de produção legislativa.

Ao contrário, uma inconstitucionalidade material evidencia-se por uma incompatibilidade de conteúdo, que na realidade do processo penal brasileiro apresenta-se factível, exemplificativamente, na legislação de tóxicos e de organizações criminosas.

Na primeira hipótese, o artigo 59 bem elucida essa incompatibilidade ao estabelecer que para determinados crimes, o acusado *deve* recolher-se à prisão, salvo as exceções da primariedade e de bons antecedentes para exercer o direito de apelar. À luz do sistema acusatório, a prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença, deve apresentar-se como um expediente excepcional, uma vez que, nesse contexto assume o acusado o *status* de sujeito de direitos e não de objeto de investigação. Já pela segunda, a incompatibilidade se dá pela possibilidade, consoante dispõe o artigo 3, de atuação do juiz em atividade de natureza probatória. Essa abertura, por sua vez, vai de encontro ao princípio informador dos sistemas processuais penais, *gestão da prova*, que nessa situação deveria ser tarefa adstrita às partes.

Diante dessa realidade, ao Juiz-garantidor, capaz de detectar tais incongruências, é que se apresentam determinados expedientes que estarão à disposição para a realização da necessária filtragem constitucional, em continuidade à implantação do modelo acusatório.

Inicialmente apresentam-se também pela aplicação dos critérios de afastamento de antinomias salientados por BOBBIO (cap. 1), que mesmo sendo tais reformas pontuais, posteriores e especiais, não subsistem à superioridade *hierárquica* do ordenamento constitucional. Contudo, pelo aspecto de ser posterior, afastada está a não *recepção*, motivo pelo qual outra espécie de controle deve ser erigido.

Portanto, como meio de efetivação, apresenta-se o controle de constitucionalidade, que dentre sua classificação, e quedando-se na seara de um determinado caso concreto, em que a (in)constitucionalidade não se apresenta como o objeto principal⁴⁴¹, e, por sua vez, dando enfoque ao caso penal e a uma relação

⁴⁴¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 29. "O objeto da ação não é a constitucionalidade em

processual equilibrada, é que se destaca o controle difuso⁴⁴², também denominado incidental, via de exceção ou defesa.⁴⁴³ Quanto ao controle de constitucionalidade, ROSA:

Se a Constituição é considerada o fundamento de validade do sistema jurídico e as normas infraconstitucionais devem guardar pertinência formal e material, necessário o estabelecimento de mecanismos de obediência. Daí surge o controle da constitucionalidade das normas. Significa, assim, a possibilidade do controle dos atos normativos expedidos pelo Estado, compreendido em suas diversificadas funções (Executiva, Legislativa e Judiciária), na busca incessante da concretização e respeito à Constituição.⁴⁴⁴

Por sua vez, no atinente à via incidental elucida CANOTILHO:

A questão da inconstitucionalidade é levantada, por *via de incidente*, por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja *relevante* para a solução do caso concreto. Este controlo chama-se também controlo do *via de exceção*, porque <<a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da acção, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reivindicação se discute>>.⁴⁴⁵

Por intermédio desse meio de controle, diante se está de uma situação peculiar, cuja razão de ser está, consoante NERY, “radicada na faculdade do Poder Judiciário de deixar de aplicar a um caso concreto as normas que vulnerem os princípios constitucionais”⁴⁴⁶. Como conseqüência, proclama BONAVIDES que, “a sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda.”⁴⁴⁷

si, mas uma relação jurídica que, envolvendo a aplicação de lei cuja validade é contestada frente à Constituição, faz surgir a necessidade de sua apreciação para, enfim, decidir-se a questão proposta.”

⁴⁴² PEDROSA, Ronaldo Leite. **O Interrogatório Criminal como Instrumento de Acesso à Justiça Criminal**. Rio de Janeiro: 2005, p. 15-19. Traz o retrospecto quanto ao controle difuso de constitucionalidade, informando que em 1891, ante a influência de Rui Barbosa, implantou-se esse método de controle. Salieta ainda que o controle difuso antecedeu ao concentrado.

⁴⁴³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 49. “Os sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle de constitucionalidade: o *controle difuso* (ou jurisdição constitucional difusa) e o *controle concentrado* (ou jurisdição jurisdicional concentrada). Verifica-se o primeiro quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário.”

⁴⁴⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 103.

⁴⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 893.

⁴⁴⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 29.

⁴⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 302.

Também no mesmo sentido, STRECK:

O juiz sempre faz jurisdição constitucional. É dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição. Nesse sentido, há uma diferença entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o controle exercido pelos tribunais. Ao contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade do texto normativo; deixa de aplicá-lo.⁴⁴⁸

A partir disso, o que se tem é um modo de homogeneizar o sistema jurídico, mesmo que de forma particular⁴⁴⁹ pelo Juiz-garantidor⁴⁵⁰, uma vez que, os efeitos cingem-se às partes que compõem uma relação processual penal específica. Ou seja, como demonstra BONAVIDES:

A lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem jurídica, do corpo ou sistema de leis, podendo ainda ter aplicação noutra feita, a menos que o poder competente a revogue. De modo que o julgado não ataca a lei em tese ou *in abstracto*, nem importa o formal cancelamento das suas disposições, cuja aplicação fica unicamente tolhida para a espécie demandada. É a chamada relatividade da coisa julgada. Nada obsta pois a que noutra processo, em casos análogos, perante o mesmo juiz ou perante outro, possa a mesma lei ser eventualmente aplicada.⁴⁵¹

Tal proposta torna-se factível porque, como demonstra PEDROSA:

Toda norma jurídica carece de interpretação e essa atividade, por seu turno, considerando o *status* da norma constitucional, necessita efetivar um diálogo constante entre os múltiplos segmentos em que se partilha o

⁴⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 362.

⁴⁴⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31-32. Ao contrário do que prescreve a via de ação em que: “Visa retirar do sistema jurídico a lei tida por inconstitucional, o que vem proporcionar a solução para os casos que, embora idênticos na via de defesa, não são participantes do feito. Proporciona um melhor funcionamento do sistema jurídico, propiciando a harmonia ameaçada pela permanência no ordenamento jurídico positivo de uma norma discordante de sua Lei Fundamental. Assim, quando a declaração é feita em tese com efeito *erga omnes*, a finalidade não é mais a garantia dos direitos subjetivos, mas expelir do sistema jurídico a lei ou ato normativo inconstitucional.”

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Obra citada. p. 365. “No que pertine ao nosso controle difuso, a questão da inconstitucionalidade pode ser suscitada pelas partes pelo Ministério Público ou de ofício pelo juiz ou pelo órgão fracionário, até porque não existe matéria de ordem pública mais relevante que a (in)constitucionalidade de uma lei.” Em oposição BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 302. “O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa o objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar.

⁴⁵¹ BONAVIDES, Paulo. Obra citada. p. 303.

ordenamento jurídico, mas que na essência, formam um todo orgânico, de maneira que a hermenêutica conduza à coerência interna.⁴⁵²

Salienta ainda que:

[...] a interpretação constitucional permitiu e, na verdade, determinou que, em vários momentos, os Magistrados fossem chamados a perquirir a concretude e materialidade das normas constitucionais, objetivando extrair do texto seus sentidos realísticos, sua plena aplicabilidade, às vezes sendo necessário, quando do confronto com normas infraconstitucionais, verificar a adequação destas aos comandos da Norma Maior, e transformar-se no verdadeiro árbitro institucional.⁴⁵³

Por esse caminho de superação, lastreado na ausência de ciência de certos Juízes quanto ao aspecto funcional do ordenamento jurídico, e seguindo rumo ao patamar dos Garantidores, por conhecerem efetivamente o suporte teórico do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁵⁴, é que, por intermédio dos critérios e mecanismos apresentados, se acredita viabilizar a efetivação do sistema processual penal acusatório.

Dessa forma, tais expedientes são apresentados como *pressupostos*, que mesmo insuficientes, ante a realidade do processo penal brasileiro, representam um grande percentual de busca de efetivação.

4.3.3 O Juiz Garantidor e seu Limite de Atuação

Não obstante, mesmo que a proposta de abordagem tenha se apresentado adstrita à demonstração da concepção estrutural do ordenamento jurídico e do Direito Processual Penal, bem como dos motivos da (in)efetividade do sistema acusatório, em continuidade, como se aludiu no parágrafo anterior, mesmo que as regras do jogo de um modelo processual penal acusatório estejam bem claras ao Juiz ciente, o que ainda se deflagra diante desse, são situações concretas, ante a realidade processual penal brasileira, que evidenciam a assunção por parte daquele

⁴⁵² PEDROSA, Ronaldo Leite. **O Interrogatório Criminal como Instrumento de Acesso à Justiça Criminal**. Rio de Janeiro: 2005, p. 9.

⁴⁵³ PEDROSA, Ronaldo Leite. Obra citada. p. 10.

⁴⁵⁴ PEDROSA, Ronaldo Leite. Obra citada. p. 12. Quanto à necessidade desse tipo de postura dispõe o autor como premissa: "Ao lado do instrumental técnico e do conhecimento das normas jurídicas, haverá o Magistrado de estar imbuído de uma vontade de *garantismo*."

de postura garantidora distinta da que até agora se fez referência. Isso vem desencadear o desafio de buscar o equilíbrio na relação processual entre as partes que o compõem, sem violar os elementos que concebem o sistema acusatório.

Essa necessidade de consagrar o equilíbrio entre aqueles que compõem uma relação processual, além de revelar-se uma tarefa mais dificultosa, face, por exemplo, da utilização dos mecanismos de efetividade referidos, surge, com se salientou, de um peculiar estado de tratamento ao processo penal brasileiro. Esse, por sua vez, pode se caracterizar pelo desequilíbrio no que é pertinente à condição das partes no contexto processual penal, e por sua vez, colocar em xeque os elementos/caracteres do sistema acusatório (cap. 2).

Contudo, referida situação vem, por exposição doutrinária, revelar que nessa relação, em condição desfavorável face ao órgão acusador, está em regra o pólo passivo. Nesse sentido, de modo sutil e de percepção apenas pelo Juiz ciente está, para citar exemplos, como salienta CASARA e KARAM⁴⁵⁵ a emissão de pareceres pelo Ministério Público nos tribunais, a concepção cênica das salas de audiências, bem como do local onde o órgão acusador exerce seu ofício. Ademais, entre outros, a própria condição da defensoria pública seria outro fator de evidenciação desse desequilíbrio.

Assim, tais fatores deflagradores do perigo e da inobservância de garantias que devem se fazer presentes num processo penal acusatório, vem revelar a dificuldade na manutenção de um processo penal fiel às proposições do sistema acusatório, ou seja, como procedimento em contraditório, com efetiva participação das partes, observância da paridade de armas, etc.

Deflagrada uma realidade como esta, será corolário irromper a tomada de posições, que por intermédio de PRADO e PACELLI, conduziria no atuar do juiz em prol da defesa. Nesse sentido dispõe PRADO:

Entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça

⁴⁵⁵ CASARA, Rubens R. R.; KARAM, Maria Lúcia. Redefinição Cênica das Salas de Audiências e de Sessões nos Tribunais. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Nota Dez, ano 5, n. 19, p. 123-129, jul-set. 2005. "O Ministério Público, órgão acusador no processo penal, diferenciadamente se coloca fisicamente junto ao órgão julgador, em inaceitável posição insinuadora de uma sua suposta imparcialidade e/ou superioridade. [...] Revela a estrutura patriarcal e a ideologia de casta, sendo que a proximidade física de uma das partes com o juiz, ambos presentando o Estado, gera a impressão de promiscuidade funcional, de contaminação da imparcialidade, o que, não raro, se confirma por conversas ao pé-de-ouvido entre o acusador e juiz."

material e presunção de inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneira supletiva provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa. Neste caso, assimila-se a real natureza do princípio acusatório como garantia que comporta para defesa do imputado conforme assinala Grau. O destinatário da posição jurídica favorável não pode ser prejudicado pela aplicação, contra si mesmo, daquele benefício instituído pela Constituição. Ao mesmo tempo, incrementa-se, por meio desta excepcional e restrita iniciativa judicial, o princípio da paridade de armas de modo efetivo, tal seja, garantindo, pela intervenção mediadora do juiz, tratamento desigual aos desiguais, sobretudo em face da ausência de identidade entre as partes, agindo assim em busca do equilíbrio no processo, razoavelmente justificado à luz de critérios de reciprocidade e evitação de um dano irreparável.⁴⁵⁶

Na mesma linha de raciocínio alude PACELLI:

Provas não requeridas pela defesa, poderão sê-las de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu. E não vemos aqui qualquer dificuldade: quando se fala na exigência de igualdade de armas, tem-se em vista a realização *efetiva* da igualdade, no plano material e não meramente formal. A construção da igualdade material passa, necessariamente, como de há muito ensinam os constitucionalistas, pelo tratamento distinto entre *iguais* e *desiguais*.⁴⁵⁷

Assim, mesmo que se denote uma diferença quanto ao nível de intervenção do Juiz por parte dos referidos autores, o que é certo entre eles é a ingerência do Estado-Juiz em prol da defesa. E pelos motivos materialmente exemplificados, não há como negar que tendencialmente aquela disparidade de fato penderá ao pólo passivo.

Contudo, e tendo em vista os elementos norteadores do sistema acusatório, dentre os quais com destaque a gestão da prova (cap. 2), compreende-se que o papel do Juiz no processo penal está em garantir o equilíbrio da relação processual, que mesmo mais detrimetosa ao pólo passivo, como se verificou no parágrafo anterior, não conduz de modo absoluto, no contexto de uma relação processual penal, que o órgão acusador deixará de ocupar aquela posição menos favorável, até porque, ante os limites ao poder estatal (cap. 1), a este incumbe o ônus da prova, ou seja, no sentido de inverter a presunção de inocência em culpabilidade.

Para tanto, basta que se tenha em vista quem compõe, em um determinado caso concreto, o pólo passivo. Como regra o cliente é a “periferia”, porém há que se

⁴⁵⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 137-138.

⁴⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 270-271.

recordar que a “pedra pode vir de dentro”⁴⁵⁸, situação que, tendo em vista a proposição acima de PACELLI, desautoriza não só o permissivo de atuação em prol da defesa, como também da acusação.

Daí que, mesmo que se constatem essas possíveis discrepâncias no processo penal brasileiro, ao se propiciar a produção probatória que, como se demonstrou quando da análise do sistema acusatório (cap. 2) ser um encargo das partes, seria conduzir o Juiz ao inquisitório.

Desse modo, se o desiderato está na efetivação do sistema acusatório, cabe ao Juiz garantir o equilíbrio, mas nos lindes do que propõe o ordenamento jurídico brasileiro (cap. 1) e principalmente pelos caracteres que identificam o sistema acusatório (cap. 2). Ou seja, zelando pelas regras do jogo de um processo penal em contraditório, não deixando de enfatizar que ao acusado compreende a presunção de inocência, e ao órgão acusador o ônus da prova. E, não obstante caiba ao acusador a missão de inverter a presunção referida, apresenta-se muito bem estruturado, a ponto de, tendo em vista os aspectos referidos quanto à defesa e acusação, afastar o Juiz do contexto de produção probatória e garantir a higidez do sistema acusatório.

Por fim, e a corroborar para a pureza do sistema acusatório, essa não está a depender apenas do Juiz Garantidor, mas também da conjugação de esforços a advirem dos demais poderes da república, a qual poderia materializar-se em iniciativas tais como: a de dar “casa própria” ao órgão acusador, a fomentar em igualdade de condições a defensoria pública, a valorizar a advocacia dativa, a uma melhor qualidade na produção legislativa, etc. Mas, de nada adianta tudo isso, se não houver, principalmente por parte do Juiz criminal uma mudança de mentalidade.

⁴⁵⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das Janelas Quebradas: E se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Nota Dez, ano 3, n. 11, p. 23-39, 2003.

5. CONCLUSÃO

Justamente pelo fato de parte da doutrina corriqueiramente despender esforços na ênfase dos caracteres do Sistema Processual Penal Acusatório, o que jamais deixará de ser louvável, é que, mesmo assumindo o risco de abordar um tema que possa, como alguns podem pensar e dizer, se apresentar “(de)batido”, é que na contramão desse pré-conceito, se perseverou nessa linha de raciocínio quanto aos sistemas processuais. Mas, não obstante essa condição, tema “batido”, compreende-se que esta categoria tão somente pode ser aceitável para uma parcela da doutrina, para uma determinada comunidade acadêmica e por um grupo seletivo de operadores do Direito.

Por crer na existência de poucos “oásis” de natureza acusatória espalhados pelo Brasil, tais como os identificados pela comunidade que se mencionou no parágrafo acima, é que se motivou e justifica a persistência no tema. Ou seja, ao revés de poucos ou de nenhum “nicho(s)” de cunho inquisitorial(ais), o que revelaria o “nirvana” em matéria processual penal, o que se percebe, principalmente no dia a dia forense é de depararmos com um Sistema Acusatório ainda desconhecido, frágil e incipiente no que tange à sua efetivação.

Por esse referencial, portanto, que se erigiu questão relacionada ao motivo pelo qual referido sistema processual penal ainda encontra-se nessa condição.

Daí que, partiu-se da premissa de justificação não pressuposta, mas certa de que parcela significativa dos Juízes criminais estão alheios, não só quanto a natureza sistêmica que deve nortear o Direito Processual Penal, como também órfãos no que tange à compreensão e operacionalização do ordenamento jurídico.

Por intermédio dessa premissa, que se compreendeu pela necessidade de “bater” ou reafirmar o tema proposto. Contudo, essa abordagem se dá por intermédio de uma proposta passível de formar uma estrutura a ensejar o início de sua efetividade, e não apenas de reforçar seus elementos de composição.

Para tanto, visando a reversão dessa realidade de inefetividade, antes se concebe como imperativo a compreensão por parte do Juiz Criminal quanto aos caracteres de um determinado ordenamento jurídico. Ou seja, com relação à sua concepção, composição, incompatibilidades e, por sua vez, dos mecanismos a elucidar as incongruências pertinentes a ele. Desse modo, antes de se apresentar

qualquer modelo de aplicação do Direito Processual Penal, sob pena de resultar num esforço em vão, cabe a construção de uma base, a qual estará calcada, por exemplo, no complexo normativo aludido no capítulo inicial.

Portanto, somente ao estar o Juiz criminal a par desse arcabouço teórico revelado, é que se torna propícia, a abordagem dos Sistemas Processuais Penais. Isso porque, apenas suplantando aquela etapa de conhecimento, é que ante a realidade processual penal brasileira, reveladora, como se viu, de incompatibilidades normativas ideológicas, é que se terá condições de discernir qual, dentre eles, *deve ser* aplicado. Ou seja, de que o Sistema/Modelo Acusatório não advém de uma superficial preferência, mas sim de uma concepção ideológica com amparo legislativo, ou melhor, para que se quede bem enfatizado, constitucional.

Assim, por intermédio desse suporte que se dará condições ao Juiz criminal de se libertar daquela visão hermética e de apego exacerbado ao nefasto suporte legislativo codificado e extravagante de natureza inquisitorial, sempre a requisitar do Juiz ciente a reiterada filtragem/oxigenação constitucional.

Não obstante essa aposta rumo à efetivação do Sistema Acusatório, tal finalidade não resta satisfeita apenas pela apresentação desse amparo teórico calcado no capítulo inicial. Numa necessária continuidade a esse objetivo, tornou-se necessário eleger determinados expedientes como um dos responsáveis tanto pela inefetividade como pela efetividade do Sistema Acusatório, tudo a depender do trato e da perspectiva observada. Por isso, o forjar de um Juiz ciente quanto ao modelo normativo estrutural brasileiro, bem como de aplicação do Sistema Processual Penal Acusatório, não se abstrai de uma responsabilidade compartilhada entre as instituições de ensino e das carreiras jurídicas, com enfoque na magistratura.

Desse modo, a efetivação do Sistema Acusatório deve passar obrigatoriamente pela formação jurídica, que, como se fundamentou, deve apresentar-se preocupada com a formação de uma massa crítica, ou seja, no sentido de não só conhecer as bases teóricas, mas de proporcionar e fomentar a operacionalização desses suportes, os quais estão lastreados na interdisciplinaridade entre as regras constitucionais e as processuais penais ordinárias e extravagantes.

Mas conceber essa massa crítica, que inegavelmente tocará na qualidade operacional dos Juízes criminais, antes deverá passar, já que se aposta no ensino jurídico, pela natureza do corpo docente dessas instituições. Assim, inobstante a

condição daqueles que o compõe (juizes, advogados, promotores, delegados, professores), o que se torna cogente é o fomento intelectual de seus membros por intermédio de um aperfeiçoamento acadêmico, bem como de profissionais cujo interesse esteja voltado a esse propósito, a fim de não se gerar, conforme mencionado, um círculo vicioso e acrítico, não só acadêmico, mas também dos membros que compõem as carreiras jurídicas, a justificar o continuísmo prático e inquisitorial que se quer ver rechaçado.

Por intermédio desse devido contorno é que se propiciaria o início à derribada quanto à inefetividade do Sistema Acusatório. Isso se daria num momento subsequente, de assunção por *alguém* da função judicial, e só pelo fato de conhecer adequadamente a estrutura do ordenamento jurídico, e de que o Processo Penal além de ser informado por esse, deve ser operado de forma sistêmica.

A partir dessa visão contextualizada é que passa o Juiz a assumir a postura de Garantidor, estando apto a realizar a filtragem necessária, já que, no âmbito do Direito Processual Penal, constantemente é posto diante de regras passíveis de serem identificadas por mais de um dos sistemas/modelos processuais. Para tanto, a garantir a aplicação dessa matriz acusatória, utilizar-se-á dos expedientes exegeticos e técnicos elucidados (cap.1-3).

Mas, não obstante a maior adstrição e ênfase desses aspectos, já em muito suficientes à real consagração desse modelo processual, a realidade brasileira ao Direito Processual Penal não está a depender para a efetivação do Sistema Acusatório, tão só daqueles recursos de interpretação e técnica. Muito mais complexa se apresenta a condição das partes. Isso sem dúvida põe o Juiz garantidor numa condição de reflexão ante a disparidade que se pôde constatar.

Isso, por sua vez, conforme posição doutrinária salientada, poderia mesmo no contexto de um processo penal acusatório despertar a ingerência do Juiz na atividade inerente as partes, em particular da defesa. Entretanto, não partilhando dessa concepção e até para garantir a plena observância dos caracteres do sistema acusatório, é que mesmo ciente das condições discrepantes das partes no processo penal brasileiro, em regra, a revelar a inferioridade do pólo passivo, é que o Juiz para permanecer na condição de garantidor, deve atuar no equilíbrio da relação processual, conduzindo essa de acordo com as regras previstas no ordenamento jurídico em que está inserido e pelo ideal norteador do sistema acusatório, ou seja,

afastando-se da produção probatória (princípio informador) em favor de quem quer que seja, sob pena de subverter o Sistema Processual Penal Acusatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEOTADO, João Maurício. Ensino Jurídico e Capacitação Docente. *In: OAB Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.

_____. Formação Jurídica Docente: Conhecimento, Atitudes, Operacionalização. *In: OAB Ensino Jurídico: balanço de uma experiência*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2000.

ANJOS, J. Haroldo dos. A Decadência do Ensino Jurídico. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**.

ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **O Novo Juiz e a Administração da Justiça: Repensando a seleção, a Formação e Avaliação dos Magistrados no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Princípios Constitucionais Brasileiros ou de Como o Papel Aceita Tudo. **Revista da Faculdade de Direito**. Rio de Janeiro, n.1, p. 206-242, anual, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BELING, Ernst. **Derecho Procesal Penal**. Tradução de Miguel Fenech. Barcelona: Editorial Labor, 1943.

BITTAR, Eduardo C. B. **Direito e Ensino Jurídico**. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Unb, 1999.

_____. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal: Leituras Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do processo penal**. Trad. José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Parte Geral. Vol. II. Campinas: São Paulo, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Salo de (Coord.). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASARA, Rubens R. R.; KARAM, Maria Lúcia. Redefinição Cênica das Salas de Audiências e de Sessões nos Tribunais. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Nota Dez, ano 5, n. 19, p. 123-129, jul-set. 2005.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade**: Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A Ordem Constitucional e o Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 8, p. 57-68, out-dez. 1994.

_____. As Reformas Pontuais do Código de Processo Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Nota Dez, ano 2, n. 5, p. 84-96, 2002.

CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano; ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CONSULTOR JURÍDICO. **Proibido Entrar**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 17/08/2008.

COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Nota Dez, ano 1, n. 1, p. 27-52, 2001.

_____; CARVALHO, Edward. Teoria das Janelas Quebradas: E se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Nota Dez, ano 3, n. 11, p. 23-39, 2003.

_____; LIMA, Martonio M. Barreto (Orgs.) **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**. ano 16, n. 188, p. 11-13, jul., 2008.

CURI, Ivan Guérios (Coord.). **Estudos de Teoria Geral do Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O Direito como Garantia: Pressupostos de uma Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo**: Uma Investigação Crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

EDITORIAL: a crise no ensino jurídico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 186, p. 1-2, maio, 2008.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores – Directorium Inquisitorum**. Trad. Maria José Lopes da Silva. 2 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FACHIN, Luiz Edson. Idéias e Questões Sobre o Método no Ensino Jurídico. *In*: **I Seminário Nacional de Ensino Jurídico, Cidadania e Mercado de Trabalho**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

_____. O Ensino Jurídico. *In*: **Encontros da UnB: Ensino Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978-1979.

_____. **A Ciência do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GALVES, Carlos Nicolau. **Manual de Filosofia do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GERACI, Denise de Mattos Martinez; TOVIL, Joel. Poderes Instrutórios do Juiz. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, ano 5, n. 26, p. 31-39, jun-jul. 2004.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **A crise (tríplice) do ensino jurídico**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 17/08/2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Editora Brasiliense S/A, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOTUFO, Renan (Coord.) **Cadernos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá, 2007.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2005.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol I, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2007.

_____. Bom para quê(m)? **Boletim IBCCRIM**, ano 16, n. 188, p. 9-11, jul., 2008.

MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A Correlação entre Acusação e Sentença nas Ações Penais Condenatórias: A Conformidade entre a Lei Processual Penal e a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1989.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Reflexões sobre o ensino jurídico. *In: I Seminário Nacional de Ensino Jurídico, Cidadania e Mercado de Trabalho*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I, 2 ed., Campinas: Millennium, 2003.

MEIRELLES, Delton R. S. Formação do Magistrado e Legitimidade Judicial: O Caso das Escolas da Magistratura.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NALINI, José Renato (Coord.). **Uma Nova Ética para o Juiz**. São Paulo: RT, 1994.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A liberdade e o ensino jurídico. **Revista Jurídica "Themis"**, n. 3, p. 7-40, dez., 1980.

PESSANHA, Yvan Senra. Constituição e Processo Penal. *In: Revista da Faculdade de Direito*. Rio de Janeiro, n.2, p. 455-465, anual, 1994.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **O Interrogatório Criminal como Instrumento de Acesso à Justiça Criminal**. Rio de Janeiro: 2005,

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Editora Jalovi, 1983.

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

QUEIROZ, Paulo. Crítica da razão técnico-jurídica. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 186, p. 4-5, maio, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Para um Processo Penal Democrático**. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Danielle Souza de Andrade. **A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Incongruências no Sistema Brasileiro em Decorrência do Modelo Constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Octacílio Paula Silva. **Ética do Magistrado à Luz do Direito Comparado**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva Soares. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal**. Modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. **Processo Penal Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**.: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Tribunal do Júri. Símbolos e Rituais.** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal.** Tomo II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TRINDADE, André. **Os Direitos Fundamentais em uma Perspectiva Autopoiética.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais.** Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VAZ, Anderson Rosa. **Introdução ao Direito.** Curitiba: Juruá, 2007.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Perspectivas Históricas dos Cursos de Direito.** Anais I Seminário Nacional de Ensino Jurídico, Cidadania e Mercado de Trabalho. Curitiba, 1995.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Resquícios Inquisitórios na Lei 9.034/98. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 46, p. 174-195, jan-fev. 2004.

WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002