

**SÉRGIO
REBOUÇAS**

**CURSO de
DIREITO
PROCESSUAL
PENAL**

CONFORME
NOVO
CPC

2017

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO I

Fundamentos do Direito Processual Penal

SEÇÃO I

Compreensão Sistêmica do Direito Processual Penal

1. CONCEITO E OBJETO

A expressão *direito processual penal* encerra duas acepções distintas: (i) *ordenamento jurídico processual penal*; (ii) *ciência do direito processual penal*.

A primeira diz respeito ao *conjunto de normas processuais penais* – princípios e regras – que integram a ordem jurídica de determinado Estado, o que se pode designar também, embora com abrangência mais restrita, por “legislação processual penal”. É com este sentido que se fala em direito (ordenamento) processual penal brasileiro, direito processual penal norte-americano, direito processual penal espanhol etc. Nessa perspectiva, José FREDERICO MARQUES definia o direito processual penal como o “conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”¹.

Já o outro significado traduz a *atividade científica* empreendida na construção de um *sistema* processual penal, a partir do estudo dos princípios e das regras inerentes a esse ramo do saber jurídico. Trata-se de atividade de compreensão e de interpretação que tem por base o ordenamento processual penal. Conforme essa vertente é o conceito de José ROBERTO BARAÚNA, que aponta como objeto do direito processual penal “a *exegese* das normas processuais penais, a sua construção *dogmática*, isto é, a formação dos institutos jurídicos dessa disciplina, e a *crítica* do direito vigente”². Na mesma linha, tem-se a formulação do jurista espanhol MIGUEL FENECH: “O Direito processual penal, como ciência, tem por objeto de estudo e investigação desta atividade jurisdicional imparcial [atividade imparcial destinada a julgar e decidir em cada caso sobre a existência de responsabilidade criminal do imputado e a impor e executar a sanção criminal que legalmente corresponda], sem prejuízo de que entrem em seu âmbito as atividades dos demais funcionários públicos, a das partes e inclusive a de

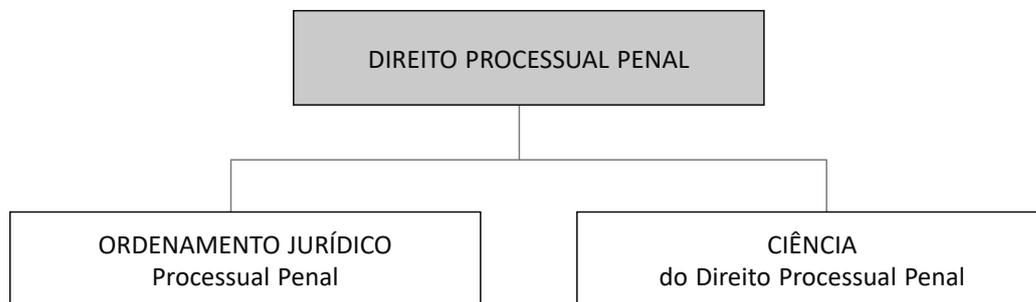
1. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. I, p. 20.

2. BARAÚNA, José Roberto. *Lições de Processo Penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1978, p. 19.

terceiros, enquanto cooperam com esta atividade fundamental realizada pelo órgão jurisdicional penal”³.

A expressão, portanto, pode significar tanto o conjunto de normas processuais penais quanto a atividade científica que as tem por objeto de estudo⁴.

Por outro lado, a respeito de sua classificação sistemática, o direito processual penal pode ser situado nos seguintes âmbitos: (i) como parte do sistema jurídico-penal; (ii) como ramo do direito processual.



2. O DIREITO PROCESSUAL PENAL COMO PARTE DO SISTEMA PENAL

2.1. O Sistema e a Relação Jurídica Processual Penal

O conjunto uno e coerente de normas jurídicas processuais penais forma um subsistema vinculado ao sistema jurídico-penal, este integrado pelo direito penal e pelo direito processual penal.

3. FENECH, Miguel. *El Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1956, p. 03: “El Derecho procesal penal, como ciencia, tiene por objeto de estudio e investigación esta actividad jurisdiccional imparcial [actividad imparcial destinada a juzgar y decidir en cada caso sobre la existencia de responsabilidad criminal en el imputado y a imponer y ejecutar la sanción criminal que legalmente corresponda], sin perjuicio de que entren en su ámbito las actividades de los demás funcionarios públicos, la de las partes y privadas e incluso la de terceros, en cuanto cooperan a esta actividad fundamental realizada por el órgano jurisdiccional penal”.

4. Tome-se, para realçar a diferença entre as acepções, a definição de Alfredo DE MARSICO (DE MARSICO, Alfredo. *Lezioni di Diritto Processuale Penale Italiano*, 1952, p. 01), citada por MAGALHÃES NORONHA: “O direito processual penal estuda o conjunto das normas ditadas pela lei, para aplicação do direito penal na esfera judiciária, tendo por fim não só a apuração do delito e a atuação do direito estatal de punir em relação ao réu, mas também a aplicação das medidas de segurança adequadas às pessoas socialmente perigosas e a decisão sobre as ações conexas à penal...” Cfr. NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 04. O conceito é oportuno porque abrange o ordenamento (conjunto de normas) e a atividade de estudo que o tem por objeto, podendo a expressão direito processual penal designar uma ou outra coisa. Ressalve-se, no conceito, apenas a obsoleta referência à finalidade das medidas de segurança.

A natureza do direito penal, de um lado, consiste essencialmente na *definição do desvio penal* – isto é, do crime ou da contravenção, considerando o direito brasileiro. As normas jurídico-penais, assim, regulam o poder punitivo do Estado pela definição de tipos de injusto, que são modelos de comportamento penalmente sancionáveis. Os princípios e regras não incriminadoras de direito penal, nesse contexto, destinam-se a estabelecer os limites de interpretação e de aplicação de normas penais incriminadoras, a saber, aquelas que definem tipos de conduta incriminados (pela previsão normativa) e penalmente sancionáveis (pela potencialidade de atuação de uma pena, vinculada à realização concreta do tipo incriminado).

O processo penal, por seu turno, é o fenômeno – complexo de atos ou relação entre sujeitos – juridicamente disciplinado que tem por finalidade precípua resolver sobre a atuação do direito penal, o que pressupõe a prática, ainda que hipotética, do crime ou da contravenção. Como expõe GIUSEPPE SABATINI, “o objetivo do processo penal é a concreta atuação da ordem jurídico-penal, em correspondência com o interesse geral do Estado em que tal ordem seja respeitada e atuada”⁵.

Associa-se o processo à *função jurisdicional*, por ter como base uma situação de conflito: a prática do desvio faz surgir uma tensão concreta entre a pretensão estatal de atuar a pena cominada ao tipo penal (pretensão vinculada ao poder punitivo ou *jus puniendi*) e o indisponível direito de liberdade de quem supostamente seja autor ou partícipe da infração⁶. A potencial atuação da pena é que impõe previamente um processo no qual opere um poder decisório sobre a procedência ou a improcedência da pretensão estatal de punir⁷.

Jurisdição e processo são, desta sorte, realidades estreitamente interligadas. Conforme FREDERICO MARQUES: “Se há necessidade de decisão prévia para ser imposta a pena, constitui esse julgamento o resultado do exercício, pelo Estado, da jurisdição ou função jurisdicional. E esta somente atua por meio do processo, que é o seu instrumento operacional. Não há jurisdição sem processo, nem processo sem jurisdição, visto que

5. SABATINI, Giuseppe. *Trattato dei Procedimento Incidentali nel Processo Penale*. Torino: Editrice Torinese, 1953, p. 17: “Scopo del processo penale è la concreta attuazione dell’ordine giuridico-penale, corrispondentemente all’interesse generale dello Stato a che tale ordine sia rispettato ed attuato”.

6. Como pontua FROSALI: “Ammesso – come è necessario ammettere – che lo Stato abbia un ‘diritto soggettivo di difendersi contro la criminalità’ (così detto ‘diritto di punire’...), in questo diritto, se inteso in senso ampio, possono distinguersi vari elementi (...) nel periodo successivo alla emanazione delle norme penali, occorre (...) distinguere: *prima che l’imperativo di condotta sia disatteso*, lo Stato ha il diritto di esigere il rispetto ad esso (e nei consociati si ha il correlativo dovere di rispettare l’imperativo); *se e quando l’imperativo stesso è stato disatteso*, nasce per lo Stato il diritto pubblico soggettivo di punire il reo (...) *diritto soggettivo statale di punire inteso in senso specifico*; ed è il suo attuarsi che determina la ragione del *diritto processuale (...) penale*, perché lo Stato, volendo contemperare l’interesse alla punizione dei rei, con l’interesse a salvaguardare le libertà dei cittadini, *si è autolimitato, condizionando l’attuarsi della pretesa punitiva...*”. Cfr. FROSALI, Raul Alberto. *Sistema Penale Italiano – Diritto Processuale Penale*. Torino: Editrice Torinese, 1958, p. 04.

7. TOURINHO FILHO, baseado em Vincenzo MANZINI, aponta como finalidade do direito processual penal a “declaração de certeza, positiva ou negativa, do fundamento da pretensão punitiva derivada de um delito.” Cfr. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 29.

se trata de conceitos inseparáveis e incindíveis. A jurisdição é a força operativa, com que se exerce o *imperium* do Estado para compor um litígio”⁸.

O ordenamento processual penal regula a atuação do poder jurisdicional no domínio penal, mediante um complexo de atos que vão normalmente culminar na solução judicial do litígio. Forma-se, assim, uma *relação jurídica* entre as partes disputantes – de um lado, o titular do direito de reclamar em juízo (direito de ação) a atuação do poder de punir e, de outro, a pessoa apontada como responsável pela prática da infração (imputado) – e o órgão judiciário (Estado-juiz). Cuida-se de uma *relação triangular*, tendo o órgão judiciário como sujeito imparcial, em posição de equidistância relativamente às partes em conflito.

Em um paralelo, pode-se dizer que o direito penal regula o *poder de punir* do Estado, pela definição dos limites de sua atuação, correspondentes à abrangência dos tipos penais legalmente descritos (ou seja, o Estado pode punir uma vez praticada tal ou qual infração), ao passo que o direito processual penal regula o *exercício da pretensão punitiva do Estado* (originada da prática concreta de uma das condutas típicas), pela sua jurisdicionalização em um complexo de atos, legalmente disciplinados, a que se chama processo.

Com a prática da infração penal, surge para o Estado o concreto poder de punir, que lhe é privativo. Transmuda-se este poder, uma vez praticado o desvio penal, do plano abstrato (*jus punitiois*) para o plano concreto, o *jus puniendi*, como o tem tradicionalmente chamado a doutrina, a despeito de não se tratar de direito, e sim de um poder-dever.

Correlata ao poder de punir, ainda no plano substancial e pré-processual, é a pretensão punitiva. *Pretender*, na clássica concepção de FRANCESCO CARNELUTTI, significa exigir a subordinação de um interesse alheio (a liberdade individual, no caso) ao interesse próprio (punição). Como o poder e a pretensão de punir assim conformados entram em confronto com o direito de liberdade, que é indisponível – e, portanto, não afastável pela renúncia de seu titular –, efetiva-se uma *pretensão resistida*, que constitui a lide ou litígio penal⁹. Na precisa formulação de HÉLIO TORNAGHI, “o conflito de interesses passa a ser lide em virtude do comportamento das partes; uma que pretende, outra que resiste à pretensão”¹⁰. A composição do litígio forma o objeto do processo penal, instaurado pela jurisdicionalização da pretensão de punir, em confronto com o direito de liberdade e com as garantias que lhe são instrumentais.

Não há dúvida de que tais noções foram desenvolvidas no âmbito da processualística civil, e sua inserção na teoria do direito processual penal encontra algumas dificuldades. Isso tem conduzido muitos doutrinadores a negar a existência de uma

8. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, p. 06.

9. CARNELUTTI definia *lide* como um *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*. Assim, pontuando que quando à pretensão se opõe uma resistência o conflito degenera-se em lide, confira-se: CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 54.

10. TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, p. 69.

lide penal¹¹, amparados especialmente no fato de que nem sempre há a resistência por parte do processado, além da difícil concepção de um *direito* estatal de punir, contraposto ao direito de liberdade.

Recorde-se, entretanto, que há um conjunto de garantias, além da indisponibilidade própria do direito de liberdade, que configuram efetivo obstáculo à pretensão estatal de punir. Valem menção, no particular, as garantias da ampla defesa e do contraditório, cuja ausência é causa de nulidade absoluta (abstraindo-se a possível renúncia por parte do seu titular), e que concretizam efetiva *resistência* (normativa) à pretensão estatal de impor a sanção penal.

Feito o esclarecimento, cumpre agora distinguir a relação jurídica penal da relação jurídica processual penal. A relação jurídica penal é composta: no polo ativo, pelo Estado, titular do *jus puniendi* ou poder de punir; no polo passivo, pelo agente do ilícito penal, titular do direito de liberdade. O conflito concreto entre um e outro interesse é que gera a necessidade de jurisdicionarizar a relação, para solucionar a controvérsia, fazendo prevalecer ou a pretensão de punir ou o direito de liberdade. O processo penal representa, no contexto, a jurisdicionarização da relação de direito penal, com o objetivo de verificar sua existência, abrangência e exequibilidade.

Instaura-se, dessa forma, a relação jurídica processual penal, entre: (i) no polo ativo, o Estado (pelo Ministério Público) ou o particular ofendido, titular do direito de ação (persecução penal, associado à pretensão punitiva), e (ii) no polo passivo, a pessoa apontada como responsável pela infração (imputado ou acusado), titular do direito de defesa (contraposto ao direito de ação), aos quais se superpõe (iii) o órgão judiciário (juízo ou tribunal), imparcial por natureza.

À diferença da relação de direito penal, que é bilateral, entre o Estado (sempre) e o agente do crime, a relação processual diz-se triangular, envolvendo o acusador, que pode ser o Estado (pelo Ministério Público) ou o particular (vítima), e o imputado, vale dizer, o acusado (réu), que corresponde ou não ao real agente do crime.

Pode-se concluir, de acordo com essa perspectiva, que o objeto do direito processual penal se traduz na *jurisdicionarização do desvio penal*, tendente a solucionar o conflito entre a pretensão de atuar a pena e o direito de liberdade de quem ao menos indiciariamente possa ser autor ou partícipe da infração. Este conflito deve ser composto por um agente de jurisdição, titular de poder jurisdicional (juízo ou tribunal).

Sob outro prisma, o direito processual penal representa a *jurisdicionarização da relação de direito penal*, para fins de verificação ou refutação de sua concreta existência. Orienta-se neste sentido ROGÉRIO TUCCI, para quem o objeto da jurisdição penal é a “verificação de uma *relação concreta de Direito Penal normativo* submetida à apreciação do juiz ou tribunal criminal, no âmbito de um processo penal”¹².

11. Assim, entre nós: TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 12-14; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 30-31; PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 101-103.

12. TUCCI, Rogério Lauria. *Jurisdição, Ação e Processo – subsídios para uma teoria geral do direito processual penal*. Belém: CEJUP, 1984, p. 33.

e através da qual se realiza a atividade jurisdicional, mediante o exercício pelo órgão jurisdicional penal de seus diversos poderes e a realização pelas partes e terceiros da atividade cooperadora que aquela requer”¹⁴. NORONHA, por fim, anota que o processo “como procedimento é o conjunto de atos ordenados para a apuração do fato, da autoria e da exata aplicação da lei”¹⁵.

Em um conceito unificado, pode-se dizer que *o processo penal é a jurisdicionalização, em um complexo de atos, da hipotética relação jurídica de direito penal, constituindo uma relação processual (triangular) cientificamente autônoma entre acusador, acusado e órgão jurisdicional, destinada à verificação do aperfeiçoamento concreto da responsabilidade penal do acusado.*

Mas o objeto do direito processual penal abrange também as formas preliminares ou preparatórias da ação e do processo penal. As normas processuais, portanto, disciplinam igualmente o inquérito policial, como forma investigatória normal (mas não essencial) de preparação da persecução penal em juízo, assim como outros procedimentos de cunho investigativo.

Assim, o direito processual penal, compreendido como parte do ordenamento jurídico, é instrumental ao direito penal. O processo instrumental, com efeito, a potencial atuação do direito penal. Essa circunstância, todavia, não lhe subtrai autonomia científica¹⁶. Tomado como ramo do saber jurídico, o direito processual penal reveste-se de natureza e de princípios próprios, vinculados, mas não subordinados, à construção científica própria do direito penal¹⁷. Com esta perspectiva, assinala Maria FERNANDA PALMA que “no quadro do sistema jurídico de um Estado de Direito, o Processo Penal é um instrumento de aplicação do Direito Penal que, no entanto, tem necessariamente de desempenhar finalidades autônomas do Direito Penal, relacionadas com as garantias de defesa e com a disciplina do Estado na prossecução punitiva”¹⁸.

Como será oportunamente abordado, tanto a definição do desvio penal quanto a sua jurisdicionalização envolvem um conjunto de garantias, chamadas de garantias penais e de garantias processuais, respectivamente, umas instrumentárias às outras, mas inconfundíveis entre si. As garantias processuais, conformadas por princípios, é que essencialmente traduzem os fundamentos do direito processual penal em um sistema que se pretenda racional.

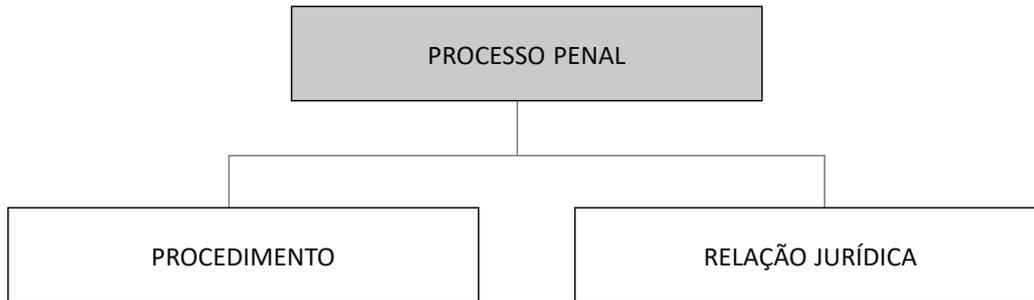
14. FENECH, Miguel. *El Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1956, p. 16.

15. NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 04.

16. Por essa razão, tem-se rejeitado a designação de *direito adjetivo* para os ramos do direito processual.

17. Assim, MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN: “La forma en que el Derecho procesal penal tiene que llevar a cabo esa tarea investigadora y decisoria es, sin embargo, autónoma y no viene prejuzgada por el Derecho penal. Por eso, a pesar de su interrelación, cada uno conserva su autonomía científica y académica”. Cfr. CONDE, Francisco Muñoz / ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 32.

18. PALMA, Maria Fernanda. *O Problema Penal do Processo Penal*. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 41-53.



3. O DIREITO PROCESSUAL PENAL COMO RAMO DO DIREITO PROCESSUAL

Na segunda dimensão ao início apontada, o direito processual penal insere-se no ramo mais amplo do direito processual. Aqui é que se estabelecem as suas relações com o direito processual civil, havendo vários princípios e regras coincidentes.

Apesar disso, pela natureza do direito material a que se vincula o processo penal (direito fundamental de liberdade), sobressai no direito processual penal uma feição diferenciada, que se pode identificar no seu *caráter reforçadamente garantista*.

Por outro lado, a jurisdição penal e os princípios do processo penal têm contornos próprios, inconfundíveis com os fundamentos do direito processual civil. Daí que avultem as dificuldades de se efetivar uma proposta de unificação do direito processual¹⁹.

Abstraindo essa questão, sobejamente debatida na doutrina de outro tempo, cumpre realçar uma vez mais a autonomia científica do direito processual penal, o que impõe estudo apartado de seus fundamentos. Sobre o tema, assinala LUSO SOARES que, “no que toca ao processo, os resultados de uma teoria geral em nada conseguiram esbater ou minorar as extensas divergências entre cada um dos principais tipos processuais, respeitantes ou à sua estrutura, ou, sobretudo, aos seus fundamentos e princípios e às suas formas concretas de realização”²⁰. Mais adequada, assim, parece ser uma sistematização *própria* do direito processual penal, envolvendo os fundamentos e os princípios que o singularizam frente ao direito processual civil.

19. Confrontaram-se tradicionalmente, no ponto, as concepções de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, de um lado, e VICENZO MANZINI, de outro. Para o primeiro, que defendia a unificação, “existiendo, sin duda, hondas diferencias entre el proceso civil y el penal, no bastan a destruir la unidad esencial de todo el Derecho Procesal, porque al proclamarla, nadie pretende sostener que el Derecho Procesal Penal sea, se confunda o se reabsorba en el Derecho Procesal Civil, sino ‘sencillamente’ (un ‘sencillamente’ que, sin embargo, ha pasado inadvertido a los partidarios del dualismo) que el Derecho Procesal Penal, como el civil, es, ante todo y sobre todo, Derecho Procesal”. Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, v. 1, p. 41. MANZINI, por sua vez, defendia a tese dualista, pela separação entre direito processual penal e direito processual civil. Vários juristas da maior envergadura sustentaram a unificação, como FRANCESCO CARNELUTTI e, entre nós, FREDERICO MARQUES. CARNELUTTI, porém, segundo referência de ROGÉRIO TUCCI, “redimiou-se do chiste, proclamando, há décadas, ter chegado ‘o tempo em que tive que abrir os olhos’”. Cfr. TUCCI, Rogério Lauria. *Jurisdição, Ação e Processo Penal – subsídios para uma teoria geral do direito processual penal*. Belém: CEJUP, 1984, p. 34.

20. SOARES, Fernando Luso. *O Processo Penal como Jurisdição Voluntária*. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 67.

SEÇÃO II

Sistemas do Processo Penal

Dos pontos de vista *histórico e teórico*, distinguem-se dois modelos de processo penal: o *sistema acusatório* e o *sistema inquisitório (ou inquisitivo)*. Explicitam-se a seguir as características tradicionais e teóricas de cada um dos modelos, inclusive daquele que se convencionou chamar “sistema misto”. No Capítulo II, analisa-se em que categoria se insere o sistema processual penal brasileiro.

1. O SISTEMA ACUSATÓRIO E O SISTEMA INQUISITÓRIO

1.1. Características teóricas e características tradicionais

O modelo acusatório, segundo LUIGI FERRAJOLI, tem como mais importante característica, porque estrutural e pressuposta de todas as outras, a *separação entre juiz e acusação*²¹. A esta característica essencial vinculam-se os princípios da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*) e do contraditório.

Com efeito, é a partir da separação entre julgamento e acusação, como funções processuais cometidas a sujeitos distintos, que se conforma, antes de tudo, a integridade da jurisdição, à qual está inerentemente associada a nota da imparcialidade. A função de acusar é de todo estranha à jurisdição. Para garantia da imparcialidade inerente à função jurisdicional, portanto, é que se exige a separação, em órgãos distintos, das funções de acusar e de julgar. Além disso, impõe-se, como corolário desse fundamento, que o órgão jurisdicional só atue quando provocado pelo acusador (*ne procedat iudex ex officio*).

Separação, a propósito, é uma nota constante em todas as características e garantias associadas à jurisdição (imparcialidade, independência e naturalidade): a *imparcialidade* se efetiva com a *equidistância* do órgão jurisdicional relativamente às partes disputantes; a *independência* representa uma separação institucional do juiz perante os outros poderes estatais; e a *naturalidade*, por fim, expressa a separação frente a qualquer autoridade delegante, já que a competência jurisdicional tem predeterminação exclusivamente legal²² (princípio do juízo natural).

21. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 579: “Di tutti gli elementi costitutivi del modello teorico accusatorio, quello più importante, perché strutturale e logicamente presupposto da tutti gli altri, è indubbiamente la separazione del giudice dall'accusa”. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, pp. 77-78.

22. Nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 593: “Chiamerò *terzietà* l'estraneità del giudice all'interesse delle parti in causa; *indipendenza* la sua esternità al sistema politico e più in generale ad ogni sistema di poteri; *naturalità* l'estraneità della sua designazione e l'estraneità delle sue competenze a scelte successive alla commissione del fatto sottoposto al suo giudizio. Tutti e tre questi profili dell'imparzialità del giudice richiedono *garanzie ordinamentali* consistenti in altrettante *separazioni*: la *terzietà* richiede la separazione istituzionale del giudice dalla pubblica accusa; l'*indipendenza* richiede la sua separazione istituzionale dagli altri poteri dello stato e per altro verso la diffusione della funzione giudiziaria in capo a soggetti non dipendenti

No processo penal de tipo acusatório, com a separação das funções processuais em sujeitos distintos, sobreleva a nota da imparcialidade do julgador, o que impõe que o órgão jurisdicional se encontre institucionalmente em posição de *equidistância* em relação às partes em conflito. A esse respeito, sustenta GUSTAVO BADARÓ que “sem um julgador equidistante das partes não há imparcialidade”, acrescentando que “o juiz que formula a acusação liga-se psicologicamente à causa, perdendo a objetividade no julgamento”²³. As funções próprias do processo (acusar, defender e julgar), portanto, não se podem achar enfeixadas em um único órgão.

Aqui desponta outro princípio basilar do modelo acusatório: o princípio do contraditório, conformando-se o processo como um *actum trium personarum*, no qual acusador e defesa se confrontam, e o juiz decide. É esta a perene concepção de ERNST BELING, que considerava o processo um *actus legitimus trium personarum: judicis, actoris et rei*.

Já séculos atrás, THOMAS HOBBS expressava a exigência de preservação da imparcialidade do julgador pela separação das funções, ao pontuar que, “para dirimir uma controvérsia, é preciso que uma e outra parte se remetam ao juízo de uma terceira pessoa”²⁴. Assim também sustentava CESARE BECCARIA: “É necessário que um terceiro julgue acerca da verdade do fato”²⁵.

Refletindo a mesma noção, merece referência, na doutrina contemporânea, o conceito de KAI AMBOS: “O processo acusatório (da raiz latina *accusare*) pode ser definido como um processo contraditório (ou *adversarial*), contando com um órgão que tem por missão levar a cabo a instrução criminal e a acusação (Ministério Público e/ou Juiz de Instrução, dependendo do sistema adotado no país respectivo) e no qual as partes se enfrentam perante um órgão que se incumbe de decidir (juiz ou tribunal)”²⁶. Em igual sentido, realçando o princípio do contraditório, assinala GUSTAVO BADARÓ: “O processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*. O contraditório deve informar todo o processo que, originariamente, se caracterizava como uma verdadeira luta de partes”²⁷. FREDERICO MARQUES também acentuava a separação entre as funções de acusar e de julgar, a isonomia entre as partes e a imparcialidade do órgão jurisdicional: “No sistema acusatório, autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, o juiz, – tal como o consagra o direito brasileiro. A titularidade da pretensão punitiva pertence ao

l'uno dall'altro; la naturalità richiede la sua separazione da autorità committenti o deleganti di qualunque tipo e la predeterminazione esclusivamente legale delle sue competenze”.

23. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 24.

24. HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. Trad. de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 20.

25. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. de Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 40.

26. AMBOS, Kai / LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória – perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 09.

27. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal incumbido tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu²⁸.

Dessa principal característica de separação das funções de acusar e de julgar em órgãos distintos derivam os seguintes elementos *teóricos* do modelo processual de tipo acusatório: paridade entre acusação e defesa (*par conditio*, associada ao princípio do contraditório) e *limitação* da iniciativa probatória do juiz (para preservação de sua imparcialidade), aos quais se agregam os elementos – mais propriamente históricos – da publicidade e da oralidade do juízo.

Cumpra asseverar, no ponto, que muitas das características em geral apontadas como próprias do sistema acusatório fazem parte de sua tradição histórica, mas não lhe são teoricamente essenciais. A advertência é encontrada, por igual, em FERRAJOLI: “A distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório pode ter um caráter teórico ou simplesmente histórico. É necessário precisar que as diferenças identificadas no plano teórico não necessariamente coincidem com aquelas encontradas no plano histórico, não sendo sempre este último logicamente conexo ao primeiro”²⁹.

Assim, elementos como a *discricionariedade da ação penal*, a *eletividade do juiz*, a *vinculação do órgão acusador ao Poder Executivo* e a *exclusão da motivação do juízo do júri*, conquanto integrem a tradição histórica do modelo acusatório, não lhe são notas teoricamente fundamentais. Outra característica importante ligada à tradição histórica do sistema acusatório puro é, no que tange à produção de prova, o *exame direto e cruzado das testemunhas e do acusado* (a *direct examination* e a *cross-examination* do direito norte-americano).

Em síntese, são características do sistema acusatório: (i) separação, em sujeitos distintos, das funções de acusação e de jurisdição; (ii) iniciativa do processo conferida à parte acusadora, e não ao próprio juiz; (iii) ônus da prova reservado ao órgão de acusação; (iv) tratamento do acusado como sujeito de direitos, e não como objeto do processo; (v) aplicação do princípio do contraditório, como garantia política do indivíduo; (vi) igualdade de direitos e deveres entre as partes (*par conditio*); (vii) publicidade do processo (a restrição à publicidade é excepcional); (viii) processo oral; (ix) eletividade e possibilidade de recusa dos juízes; (x) restrição à iniciativa probatória do juiz; (xi) livre sistema de produção e de valoração de provas; (xii) liberdade do acusado como regra. Os elementos teóricos referidos integram-se fundamentalmente no significado e no alcance da separação entre acusação e jurisdição (i), da inércia da jurisdição (ii) e do contraditório (v).

Por sua vez, os elementos do contraposto *processo penal de tipo inquisitivo ou inquisitório* podem ser assim enunciados: funções de acusar, defender e julgar reunidas

28. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. I, p. 65.

29. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 574: “La distinzione tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio può avere un carattere teorico o semplicemente storico. È necessario precisare che le differenze identificabili sul piano teorico non necessariamente coincidono con quelle riscontrabili sul piano storico, non essendo sempre quest’ultime connesse tra loro logicamente”.