



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

**GARANTISMO E SISTEMA ACUSATÓRIO: UMA VISÃO GERAL SOBRE O
ORDENAMENTO PROCESSUAL BRASILEIRO**

EMMANUEL ALVES DA COSTA JUNIOR

Juiz de Fora
2014

EMMANUEL ALVES DA COSTA JUNIOR

**GARANTISMO E SISTEMA ACUSATÓRIO: UMA VISÃO GERAL SOBRE O
ORDENAMENTO PROCESSUAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia)
apresentado à Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito para a conclusão do curso
de Graduação em Direito, habilitação
Bacharelado.

Orientador: DR. CRISTIANO ÁLVARES
VALLADARES DO LAGO

Juiz de Fora
2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

COSTA JUNIOR, Emmanuel Alves da.
Garantismo e Sistema Acusatório: Uma Visão
Geral sobre o Ordenamento Processual Brasileiro.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia),
apresentado como requisito à conclusão do Curso
de Graduação em Direito, habilitação
Bacharelado, da Universidade Federal de Juiz de
Fora.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago

Prof. Dr. Cléverson Raymundo Sbarzi Guedes

Membro convidado 1

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues

Membro convidado 2

Examinado em: 06/02/2014

Dedico este trabalho ao meu pai, minha maior fonte de inspiração, Emmanuel.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo apoio e compreensão nesta reta final e aos meus amigos pelo companheirismo e disponibilidade.

Agradeço ainda, ao meu professor Cristiano, exemplo de pessoa, que não apenas me orientou para este trabalho, mas para a vida.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma visão garantista sobre todo o ordenamento processual brasileiro, em consonância com o sistema processual acusatório adotado pela Constituição. Observados os principais fatores históricos concernentes ao desenvolvimento dos sistemas processuais penais e realizada breve leitura sobre o garantismo penal elaborado por Luigi Ferrajoli, caberá analisar a conformidade do ordenamento jurídico aos princípios e normas instituídos pelo Estado Democrático de Direito, sem deixar de mencionar as recentes alterações legislativas e o Projeto de Novo Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Garantismo. Sistemas Processuais Penais. Sistemas de Execução Penal. Imparcialidade do juiz. Gestão da Prova. Projeto de Novo Código de Processo Penal. Juiz das Garantias.

ABSTRACT

This paper aims to present a “garantistic” vision over the entire Brazilian procedural law, in line with the adversarial system adopted by the Constitution. Having the main historic factors concerning to the development of the criminal procedural systems observed and a brief reading over the criminal “garantism” elaborated by Luigi Ferrajoli performed, it will be worth analyzing the conformity of the law to the principles and rules established by the Democratic State of Law, not to mention the recent legislative changes and the New Criminal Procedure Code Bill.

Keywords: Garantism. Criminal Procedural Systems. Criminal Enforcement Systems. Judge’s Impartiality. Proof Management. New Criminal Procedure Code Bill. Judge of Guarantees.

Folha de Abreviaturas e Siglas

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
LEP	Lei de Execução Penal
Art.	Artigo
Inc.	Inciso
Constituição	Constituição Federal
Execução	Execução Penal
Dec. Lei	Decreto-Lei
Sistemas Processuais	Sistemas Processuais Penais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
1.1. Dos Sistemas Processuais Penais	10
1.2. Dos Sistemas de Execução Penal	15
2. LINHAS GERAIS SOBRE O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI	18
3. CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO	22
3.1. A Gestão da Prova e a Busca da Verdade Real	24
4. A TENDÊNCIA ACUSATÓRIA DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	26
5. O SISTEMA DE EXECUÇÃO INSTITUÍDO PELA LEI DE EXECUÇÃO PENAL	28
6. O SISTEMA ACUSATÓRIO E A CONFORMIDADE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	30
6.1. DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	30
6.2. DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL	33
7. QUESTÕES CONTROVERSAS QUANTO À CONFORMIDADE DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL	36
8. O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	39
CONCLUSÃO	41
BIBLIOGRAFIA	44

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto a análise do ordenamento processual brasileiro sob a lente do garantismo e de sua conformação ao sistema acusatório. Pretende-se para isso, abordar os sistemas processuais e os sistemas de execução penal, de forma a possibilitar melhor identificação daquele que foi consagrado por nossa carta constitucional e instituído pela Lei de Execução Penal, respectivamente, extinguindo-se as dúvidas sobre este assunto, para então contrapor o resultado à sistemática da legislação processual.

Primeiramente, estudaremos os principais fatores históricos que contribuíram para a evolução dos sistemas processuais penais desde os primórdios da civilização humana. Realizando breves incursões sobre a história processual dos Estados Modernos, iremos perceber que a análise detida de cada um dos sistemas apresentados se tornará menos necessária, pelo que poderemos nos ater ao sistema retro mencionado.

Com o intuito de preparar o ambiente para um olhar garantista sobre o ordenamento jurídico, traremos, em linhas gerais, a proposta garantista de Luigi Ferrajoli. Partindo de um postulado teórico bastante objetivo, entenderemos a lógica da tentativa de resolução do paradoxo entre o modelo constitucional e seu efetivo funcionamento nos sistemas inferiores.

Diante de tais análises, conforme será visto, procederemos aos relatos pertinentes à tendência acusatória da Carta Constitucional, em meio a opiniões divergentes sobre a relevância de resquícios do sistema inquisitorial presentes em nossa legislação processual, incluindo uma apresentação historicamente detalhada sobre o sistema de execução instituído pela LEP e sua conformidade constitucional.

Por fim, sopesaremos a observância e a inobservância dos requisitos basilares do sistema eleito constitucionalmente em nosso Código de Processo Penal, para que possamos apresentar uma conclusão acerca de sua conformidade àquele sistema. Destaca-se aqui, que não se pretende avaliar todo e qualquer dispositivo que potencialmente viole tais requisitos, mas tão-somente confirmar ou não a existência de possíveis violações. Desse modo, apresentaremos uma visão geral sobre o Decreto-lei 3689/41 à partir das características e valores do sistema averiguado,

sendo possível realizar apontamentos sobre alguns dispositivos e alterações legislativas, à título exemplificativo.

Registre-se, Geraldo Prado averba que o sistema constitucional “subordina pela via de normas constitucionais uma estrutura processual específica”, que terá a natureza de sistema ou subsistema, “como conjunto harmônico de normas e princípios constitucionais aplicáveis ao processo”. Sendo assim, possível é a análise de todo o aspecto processual brasileiro sob os ditames constitucionais atuais, de forma que se verifique a conformidade ou não de certos aspectos aos preceitos garantistas.

O estudo monográfico versará, portanto, sobre uma abordagem dos sistemas processuais penais e suas nuances, para, em seguida, compreender a adoção pela ordem constitucional do sistema acusatório e a instituição de determinado sistema de execução penal, para, por fim, examinar a conformidade constitucional do ordenamento processual brasileiro, compreendendo, inclusive, as recentes e futuras alterações legislativas.

1. HISTÓRICO

Uma abordagem apropriada sobre o tema faz imprescindível a análise dos primeiros fatores históricos que permearam a evolução dos sistemas processuais penais e dos sistemas de execução penal. Assim, sem que se adiante sobremaneira o debate sobre os elementos que de fato venham a caracterizar o sistema acusatório como instrumento garantista, importante dissertar sobre as estruturas processuais utilizadas pela humanidade no decorrer do tempo e realizar um breve delineamento histórico dos sistemas de execução penal.

1.1. Dos Sistemas Processuais Penais

Nos primórdios da civilização humana, os métodos sistematizados de solução dos conflitos de interesses penais eram desconhecidos; de modo que, nos primeiros grupos humanos, tais conflitos eram resolvidos levando-se em conta os costumes, hábitos, crenças e magias. Nesse período, a reação punitiva era expressa conforme o comportamento agressivo derivasse de um integrante do grupo ou de alguém pertencente a outro clã ou tribo.

Desse modo, se a infração cometida por um membro da tribo fosse capaz de afetar a paz ou integridade do grupo social, a garantia de tranquilidade da sociedade se traduzia na punição ao agente. Caso não provocasse um dano irreparável nem atingisse as condições de existência da sociedade, cumpria a este restabelecer o “status quo ante”. Todavia, o ato de hostilidade praticado por integrante de outra tribo era tido como violência perpetrada contra todo o grupo social, distribuindo-se neste o dever de vingar (BRANDÃO, 1991). Evidentemente, com o aperfeiçoamento das sociedades, foram paulatinamente erguidos os procedimentos de resolução de conflitos, fundados no conceito de dano, mas ainda sem diferenciar os ilícitos civis e penais que serviriam de base para a organização das civilizações mais desenvolvidas.

Atenas era a ilustração clássica da forma de expressão do direito processual na Grécia Antiga. Os chamados por sua legislação de crimes privados eram reprimidos por particulares,

cabendo à sociedade a repressão aos crimes públicos, enquanto os crimes políticos eram apreciados pela Assembleia do Povo (LIMA, 2006). Assim, quando houvesse interesse público à repressão da infração, facultava-se a qualquer do povo promover a acusação, competindo ao tribunal tão-somente a apreciação das alegações e das provas produzidas pelas partes. Ao final, a sentença era ditada na presença do povo (SANCHEZ, 1979).

Em linhas gerais, o sistema processual penal na Grécia Antiga era caracterizado pelo estabelecimento de um verdadeiro conflito de partes, com participação direta de cidadãos no exercício tanto da atividade acusatória quanto jurisdicional, prezando-se pela igualdade entre acusador e acusado, publicidade e oralidade. Tais características somadas à absoluta imparcialidade dos juízes, que não se manifestavam nos debates, acabam por configurar um sistema mais consonante com o Sistema Acusatório.

No período em que o sistema procedimental foi denominado “cognitio”, o processo penal era realizado em nome do Estado Romano, deixando ao magistrado amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação, que mediante mera notícia do crime, se colocava a investigar de ofício a provável infração. Como medida de contenção aos arbítrios dos juízes, facultou-se a apelação do acusado ao povo, possibilitando o julgamento por um comício popular.

Em seguida o processo passou a ser iniciado com a “accusatio” (ação privada) do ofendido ou de seus familiares. Após a “accusatio”, havia o momento de investigação sobre a autoria e materialidade pelo acusador na presença do acusado. Através da delegação de poderes pelo magistrado ao acusador para que procedesse à busca das provas, inquirição de testemunhas e outros procedimentos, dava-se legitimidade ao processo, que corria sob a fiscalização do acusado. Tal procedimento era dominado pelo contraditório, publicidade e oralidade, tendo as partes, via de regra, disponibilidade sobre o conteúdo do processo, no qual o juiz não tomava a iniciativa de apurar o que quer que fosse (CARVALHO, 2001).

Contudo, vários inconvenientes decorrentes da fragilidade ínsita ao ser humano foram tornando inoperante o sistema de acusação popular, predispondo acusador e acusados a intentarem vingança, além de possibilitar situação na qual ninguém se dispusesse a acusar o criminoso. Assim, ao tempo do Império, alguns agentes públicos passaram a desenvolver verdadeira atividade de polícia judiciária, sempre que alguém deixava de apresentar acusação, e

os magistrados foram ampliando sua esfera de atribuições, até chegar ao extremo de se reunirem em um mesmo órgão do Estado as funções que modernamente competem ao Ministério Público e ao juiz (MANZINI). Segundo Salo de Carvalho, foi na Roma Imperial que surgiram as primeiras manifestações do processo inquisitorial, após a introdução dos delitos de “laesa maiestatis”, na qual a parte prejudicada na relação se confundia com o Estado, uma vez que o ofendido era o próprio Príncipe.

Com a invasão bárbara iniciou-se uma nova era de transição, quando em grande parte da Europa Ocidental o procedimento influenciado pelo Império Romano foi cedendo lugar ao Direito Processual Germânico, resultando em um novo equilíbrio de recíprocas influências dos ordenamentos respectivamente adotados. O antigo direito germânico era marcado pela iniciativa privativa da vítima ou de seus familiares com o objetivo de reparação de danos, sem distinguir ilícitos civis dos criminais. Todavia, mais tarde as infrações passaram a ser consideradas como uma quebra da paz, e o ofensor e sua família perderiam, então, a proteção da comunidade.

De todo modo, certo é que predominou o entendimento privado como método de solução de conflitos de natureza penal, mas sem que se impedisse o ofendido de se socorrer dos Conselhos (Placita). Ou seja, é perante o fracasso de composição direta entre as partes, que se formalizou um processo judicial de cunho acusatório, com a proposição de reclamação do ofendido ou de sua família perante os tribunais (Hundertschaft), em sessões públicas, orais e contraditórias, nas quais o juiz dirigia o debate, propunha a sentença, mas não decidia (MAIER, 1978).

No espaço de tempo entre o direito romano e germânico e o direito canônico, conforme relata Mirabete:

“(...) estendeu-se o Direito Canônico ou Direito Penal da Igreja, com a influência decisiva do cristianismo na legislação penal. Embora contribuísse para essa humanização, politicamente a Igreja lutava para obter o predomínio do Papado sobre o poder temporal a fim de proteger os interesses religiosos de dominação. Assim, até o século XII, o processo somente podia ser iniciado com a acusação, apresentada aos Bispos, Arcebispos ou oficiais encarregados de

exercerem a função jurisdicional. No século seguinte, entretanto, estabeleceu-se o procedimento inquisitivo, com denúncias anônimas, e foram abolidas a acusação e a publicidade do processo. Tentava-se abolir as Ordálias e os duelos judiciários, mas se estabelecia a tortura, a ausência de garantia para os acusados, o segredo. Instalou-se o temido Santo Ofício (Tribunal de Inquisição) para reprimir a heresia, o sortilégio, a bruxaria, etc.”

Salo de Carvalho ressalta que a aparição do processo inquisitório foi subsidiária ao acusatório, “coexistindo durante muitos séculos com este e tomando gradualmente as feições atualmente conhecidas”. Foi assim que se deu o nascimento de um processo realizado e decidido “ex officio”, que adotava forma secreta e escrita e que se baseava na utilização do acusado detido como fonte de prova, excluindo o contraditório, limitando a ampla defesa e, muitas vezes, inviabilizando o princípio da presunção de inocência, postulado básico do garantismo processual (CARVALHO, 2001).

Destarte, até o século XII, conforme ressalta Tourinho Filho, tinha-se verdadeiro processo acusatório. Entretanto, do século XIII em diante, o sistema acusatório passou a ser desconsiderado pelo Direito Canônico, estabelecendo-se o sistema inquisitivo, que aos poucos foi inserido, em especial, nas legislações laicas da Europa Ocidental.

Após a Revolução Francesa de 1789 e a transição política e cultural da monarquia para a República, a tortura foi abolida dos procedimentos penais e um sistema inspirado nos aplicados pela Roma Republicana e pela Inglaterra foi adotado. Atualmente, persiste na França a tendência de se excluir a defesa da fase de investigação, ainda dirigida por um juiz-instrutor com ampla liberdade e independência. A deflagração da ação penal é levada a cabo pelo Ministério Público, com fundamento em investigação preliminar realizada pela polícia, instaurando-se a fase de instrução. Por fim, é realizado o juízo propriamente dito, agora sim, oral, público e contraditório, aproximando o Processo Penal Francês do sistema acusatório.

Diferentemente, em Portugal, após a Revolução dos Cravos e o estabelecimento da democracia, consolidou-se um modelo processual alicerçado na assimilação da acusação, como condição para submeter alguém a julgamento (PRADO, 2003). Hoje em dia, um estágio similar

ao inquérito policial foi inserido com o objetivo de buscar provas que sirvam à fase de instrução, a qual surge como preparatória para o exercício da ação penal, nos casos exigidos por lei. Todavia, não obstante a prerrogativa de o tribunal possuir ampla liberdade para adquirir os meios de prova que julgar necessários, a maioria da doutrina portuguesa conclui pela adoção de um Sistema Acusatório Mitigado.

De forma muito semelhante, na Alemanha, com a introdução da declaração dos direitos fundamentais do povo alemão, em 1848, optou-se pela publicidade e oralidade do processo, além da descentralização das funções de acusar, defender e julgar (MAIER, 1978). Oferecida a acusação, iniciava-se uma fase intermediária destinada à apuração de base fática para a demanda, que, quando admitida pelo tribunal, dava ensejo à uma terceira fase, incumbida do procedimento principal, na qual se acentuava a característica primordial dos sistemas acusatórios, qual seja, a divisão de funções.

Já no século XX, na Itália, o Código Rocco, de 1930, predominantemente inquisitório, realizou em seu sistema processual inserções incentivadoras de um movimento garantista. Visando adquirir maior adequação aos princípios do sistema acusatório, passou a dividir o seu processo em duas fases, da audiência preliminar e do julgamento, conferindo a iniciativa de provas às partes e ao juiz o papel de mero expectador da disputa processual. Destarte, uma vez que persiste na legislação italiana dispositivos que deixam de observar os direitos fundamentais, a doutrina indica ter o seu ordenamento processual adotado o que se denominaria “Accusatorio non Garantito” (PERCHINUNNO, 1996).

Afastando a Inglaterra do modelo romano-germânico, adotava-se a partir do século XII o conhecido sistema jurídico denominado “Common Law”, tomando os costumes como fonte única do direito e a conseqüente introdução de um mecanismo de precedentes. Destaca-se ainda, na história do direito inglês, a fusão do citado sistema às jurisdições de equidade (*equity*), no século XV, e a maior relevância da figura do Júri, a partir do século XII, quando tornou-se efetivamente uma instituição de julgamento, confiando a acusação a qualquer membro da sociedade.

Em linhas gerais, a verdade é que um sistema que preze pela acusação privada, lançada à conveniência de qualquer do povo e julgada quase sempre por um Júri imparcial e inerte, com clara divisão das funções de acusação, defesa e julgamento, e que não despreza os aspectos

referentes à disponibilidade da ação penal, se trata daquele que mais se aproxima do Sistema Acusatório Puro, construído pelos ideais do mundo jurídico romano.

1.2. Dos Sistemas de Execução Penal

A ideologia da defesa social resultante da escola liberal clássica e da escola positivista foi o fundamento do modelo jurídico burguês, e conseqüentemente, do sistema penal. Com base nesses ideais, acreditava-se que excluir da sociedade os infratores da lei através dos institutos de detenção, solucionaria o problema da marginalização criminal. Há quem diga que o capitalismo por si só, sendo dependente de uma massa de desempregados e uma população carcerária formada por aqueles que não participam da distribuição de renda, os colocaria como reféns do sistema carcerário, em posição de vulnerabilidade semelhante à uma epidemia que afeta aqueles de baixa defesa (ZAFFARONI, 2006).

Com o desenvolvimento dos países capitalistas, já restava instituído o sistema punitivo, perdendo o cárcere as funções de reeducação e de disciplina, que com a impraticável tarefa do Estado de suprir a demanda do sistema penitenciário, passaram a ser encaradas como mera demagogia. Para Zaffaroni, a execução penal não ressocializa nem cumpre nenhuma das funções que foram historicamente idealizadas, tratando-se de mentira a pretensão de ensinar um homem como se vive em sociedade mediante o cárcere.

Perante a crise carcerária que se desenvolveu, novos sistemas de cumprimento de pena foram criados com a expectativa de substituição ao cárcere que não seja estritamente necessário. A exemplo, pode-se citar o modelo da “probation” verificado nos institutos do “sursis” e do livramento condicional. O fato é que, para o fim de se reduzir o número de detentos e a indiscriminada imposição de penas de morte em determinados países, torna-se obrigatória a defesa da aplicação de penas alternativas ao cárcere.

É em decorrência desta tênue relação entre o processo de execução penal e o direito penitenciário que nasce a problemática sobre os sistemas de execução penal. Doutrinariamente,

três correntes se distinguem quanto à sua natureza jurídica: os sistemas administrativos, os sistemas jurisdicionais e os “sistemas mistos”.

No entendimento de Albuquerque Prado, a função administrativa é distinta da jurisdicional, pois naquela o administrador agiria de forma espontânea, conferindo medidas que evitassem a violação da lei, de forma que cria, com seus atos, situações jurídicas novas. Diversamente, ao juiz cumpre assegurar situações jurídicas preexistentes, uma vez que atua após a violação da lei.

Nessa linha de raciocínio, afirma o autor que o que caracteriza a atividade jurisdicional é a substituição da vontade das partes pela vontade estatal, sendo, portanto, secundária, enquanto a função administrativa seria assim, primária. Dessa feita, a execução penal se caracterizaria como atividade administrativa, posto que a vontade da lei anunciada na sentença apenas se tornaria definitiva através da atuação dos órgãos do poder público. Se jurisdicional fosse a execução penal, estaria o órgão executivo vinculado aos interesses de outros (PRADO, 1954).

Sendo assim, à Administração Pública competiria toda atividade posterior à condenação, dado que os atos administrativos são, no entendimento de Salo de Carvalho, por excelência, “atos de execução dos preceitos legislativos e judiciários”. Ademais, o conflito solucionado pela sentença transitada em julgado esgota a jurisdição, pelo que, evidentemente, teríamos atividade administrativa nos atos que se seguem (THORNAGHI, 1987).

No entanto, acontece que tal entendimento acabava por ir de encontro à necessidade de intervenção judicial nos denominados incidentes da execução, como a suspensão condicional da pena e o livramento condicional. O reconhecimento legal da inevitável interferência do juiz durante a atividade da administração penitenciária trouxe à tona uma concepção híbrida de execução penal, caracterizando-a administrativa e jurisdicional. De todo modo, Eduardo Espínola lembra que os incidentes meramente administrativos devem ser resolvidos sempre pela ingerência das disposições de direito penitenciário ou regulamentar das prisões, restando inadmissível a interferência da autoridade judiciária. Neste sentido, Nucci explica que:

“o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena que gozam os estabelecimentos penais no país, bem como os hospitais de custódia e tratamento.”

Certo é, que a concepção tradicional sobre a estrutura formal da execução penal fora rejeitada após a reforma legal de 1984. Não mais se admite o entendimento de que, sob a feição administrativa da execução, teríamos os direitos decorrentes do momento de execução como meros benefícios concedidos pelo Estado ao condenado, de modo que uma medida de cunho político-criminal restaria lançada à atuação do juiz.

Ainda que muitos enxerguem a Constituição Federal como um marco na transição para a democracia, vimos que uma ordem jurídica democrática não se faz através de meros contornos formais. Para uma ordem democrática real é preciso optar por um conceito substancial, do qual Lola Aniyar destaca três pilares básicos: a ascendência do poder, ou seja, que seja emanado das camadas inferiores da sociedade para as superiores; que seja considerado utilitário, na medida em que atenda a interesses generalizáveis; e que tenha as ferramentas necessárias à contenção do abuso de poder.

Vivido o processo de conhecimento, inicia-se a execução penal, quando se torna possível a visualização da marcante distorção entre os processos. A partir daí, o juiz, que até momentos anteriores atuava como árbitro no conflito entre as partes, toma para si a iniciativa da execução, em procedimento de evidente caráter inquisitorial. Tem-se que, subjetivamente, a responsabilidade pelos anseios da sociedade para que o condenado seja efetivamente castigado pelas infrações que houver cometido é transferida ao magistrado da execução (PRADO, 2003). De todo modo, o papel do juiz irá abranger todos os atos que sirvam à eliminação de abusos e controvérsias durante o processo, como questões relativas à execução do julgado, seus limites e possibilidades, e relativas à tutela de todos aqueles interesses jurídicos do condenado que lhe sejam individualmente garantidos pelo ordenamento.

2. LINHAS GERAIS SOBRE O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

Da construção do Estado de Direito, que teve por fundamento a tutela das liberdades dos indivíduos perante as arbitrariedades do poder estatal, nasceu o garantismo jurídico, teoria jusfilosófica cunhada por Luigi Ferrajoli em sua obra “Direito e Razão”. Entretanto, não é difícil perceber que os parâmetros de justiça, racionalidade e legitimidade são a todo momento negligenciados pelo Estado Moderno, resultando numa divergência entre normatividade e efetividade.

Resolver o paradoxo entre o modelo normativo afirmado constitucionalmente e a prática operativa dos sistemas inferiores é a proposta de Ferrajoli. De acordo com o autor, só será adequado o sistema constitucional que apresentar mecanismos de reparação aptos a assegurar a efetividade dos direitos individuais que sustenta. Daí se extrai três concepções acerca da Teoria Geral do Garantismo Jurídico.

A primeira acepção está relacionada à conotação funcional de “Estado de Direito” como aquele que se submete a uma legalidade em sentido estrito, exigindo-se da lei que condicione a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído a determinados limites substanciais. Desse modo, caracterizado estaria o garantismo no Estado que assegure, no plano formal, o princípio da legalidade, de forma a subordinar o próprio poder público às leis, e, no plano substancial, a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação de vedações legais aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação aos direitos sociais.

Conforme o entendimento de Cadermatori, o garantismo apresentado como modelo normativo de direito comporta a análise de determinado sistema constitucional de modo a se verificar eventuais antinomias entre as normas inferiores e seus princípios constitucionais, permitindo a conclusão quanto ao grau de garantismo do referido sistema, que mostrará a maior ou menor efetividade da norma constitucional.

A segunda acepção de garantismo é correspondente à diferença entre “ser” e “dever ser” na teoria jurídica da validade, efetividade e vigências das normas. Ao identificar tais diferenças, que se consubstanciam na discrepância entre os modelos normativos e as práticas operativas

vigentes, entende Ferrajoli pela possibilidade de validade sem efetividade, e até mesmo, efetividade sem validade, pelo que o ordenamento tomaria direção oposta ao garantismo, ao se tomar por base um sistema constitucional tendencialmente garantista.

Contudo, deve-se somar ao conceito de validade, apresentado por Kelsen, um novo elemento. Dessa feita, uma norma jurídica será válida não somente por sua adequação formal às normas do ordenamento jurídico que lhe são anteriores e estabelecem um pressuposto para sua verificação, mas sim a partir da incorporação de conteúdos materiais pautados nos direitos fundamentais a este critério de validade.

A terceira e última acepção de garantismo trata-se da que Ferrajoli denomina “ponto de vista externo”, sustentando que a teoria garantista comporta também uma filosofia do direito e uma crítica da política, permitindo a confusão e separação entre legitimação interna ou jurídica e legitimação externa ou moral. Cabe ressaltar, a separação entre validade e justiça inserida neste conceito, é equivalente às duas vertentes existentes nas doutrinas políticas: as doutrinas “autopoiéticas”, correspondentes às doutrinas que fundamentam os sistemas políticos sobre si mesmos; e as doutrinas “heteropoiéticas”, consistentes na legitimação externa ou moral fundada na finalidade social, como mecanismo garantidor dos direitos fundamentais. Destaca o jurista italiano que, o garantismo, num sentido filosófico-político, consiste essencialmente nesta fundação “heteropoiética” do direito, separado da moral.

Ferrajoli esclarece que o significado desse conceito de “ponto de vista externo” está relacionado ao ponto de vista das pessoas, o valor atribuído à pessoa, com base no princípio da igualdade jurídica, incluindo-se as diferenças pessoais e excluindo-se as diferenças sociais. Ou seja, o complexo princípio da igualdade jurídica, no seu entendimento, seria, num primeiro sentido, um valor que se pode associar sem distinção à todas as pessoas. E num segundo sentido, a igualdade determinaria a própria desigualdade, uma vez que estaria a resolução das diferenças dependente da agregação de privilégios e discriminações.

Ora, deve-se deixar claro que tal sustentação está nos termos da conhecida distinção entre a normatização da igualdade formal, que determina o pressuposto de que os homens devem ser considerados iguais, e a afirmação da igualdade substancial, que sustenta a consideração das diferenças sociais, permitindo que se trate desigualmente os homens na medida de suas

desigualdades. De toda forma, Ferrajoli entende os direitos fundamentais como aqueles cuja garantia é necessária à satisfação do valor das pessoas e realização da igualdade, e que são, portanto, não negociáveis, um metadireito com influência na própria conceituação de igualdade jurídica, ao que se poderia definir “igualdade nos direitos fundamentais”.

Assim sendo, Cadermatori entende que são fins absolutamente externos que fundamentam o garantismo que leva à caracterização do Estado de Direito, geralmente declarados nas Constituições, mas dependentes do agir social na política. Dessa forma, a legitimidade dos poderes sob a ótica garantista seria medida em graus variáveis conforme a aplicabilidade das normas estatais vigentes sobre os direitos sociais. Ou seja, o modelo garantista de legitimidade leva à necessidade de se ultrapassar o plano normativo dos direitos, estendendo-se à luta social e ao engajamento político dos cidadãos, para o fim de se assegurar o cumprimento das garantias previstas pela Constituição.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a Teoria Geral do Garantismo Jurídico, formulada por Ferrajoli nasceu como resposta ao debate da imensa disparidade entre teoria e prática no que concerne aos direitos fundamentais do homem. Em meio à crise institucional vivenciada pelos Estados, o garantismo vem impor o emprego dos meios necessários à concretização dos direitos fundamentais já previstos pelos seus ordenamentos jurídicos. Tais meios consistiriam na incorporação de limitações e imposições normativas de atuação dos governos de modo que se aproximassem de um verdadeiro e legítimo Estado de Direito, fugindo da mera aparência de garantismo dos modelos normativos que submetem os cidadãos a sistemas desiguais.

É em observância aos ditames do garantismo penal que, contemporaneamente, não mais se admite a persecução penal fora dos estreitos limites estabelecidos pelas leis e pela Constituição. Trata-se de assegurar que a atuação estatal no seu exercício legítimo do poder punitivo esteja em consonância concreta aos direitos e garantias proclamados pelo legislador constituinte.

Nessa linha de raciocínio, o processo como instrumento da jurisdição, sem a qual não há pena – *nulla poena sine iudicio*, representa uma primeira garantia, sobre a qual outras devem incidir para que se construa uma base de igualdade entre as partes, especialmente a

imparcialidade e independência do juiz, o contraditório, a ampla defesa e a iniciativa da parte para a ação, de forma a respaldar o devido processo legal. O sistema penal será garantista quando tais princípios e garantias forem verdadeiramente observados por cada um dos poderes do Estado: o executivo, que deve criar penitenciárias adequadas à população carcerária, em atenção aos direitos dos presos; o legislativo, de onde devem surgir leis que regulem a execução penal com respeito ao garantismo; e o judiciário, que deve zelar, em última análise, pelas garantias e direitos individuais dos cidadãos.

É interessante destacar, sobre este assunto, a importância do fenômeno da constitucionalização para o fim da confirmação de valores sociais. Com efeito, cumpre aos aplicadores do direito a tarefa de efetivar uma Constituição que visa à tutela de direitos fundamentais. Conforme o entendimento de Calamandrei, prestigiado será o sistema processual que objetive preservar a separação das atividades processuais, que possibilita maior amparo aos direitos fundamentais e sua validade.

3. CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Conforme já visto, o sistema acusatório nasceu na Grécia e em Roma, dependendo o processo de acusação privada. Contudo, com o tempo a participação popular foi restringida à casos excepcionais, deixando a acusação à cargo do Estado. A mais marcante de suas características, portanto, é a circunstância de que ninguém pode ser levado a juízo sem uma acusação, pelo que se justifica o nome do sistema.

Inclusive, a respeito da oficialidade do exercício da ação penal, cabe ressaltar que, por si só, não desconstitui substancialmente a natureza acusatória do sistema processual, até porque o Estado foi levado a tomar a iniciativa da ação penal em defesa da sociedade, com o objetivo de estancar a impunidade que resultava da ausência de disposição para a causa e da fragilidade ínsita ao ser humano.

Ao mesmo passo, quando se trata da própria configuração do sistema acusatório, essencial se faz a separação das funções processuais, imprescindível à realização de justiça. Com efeito, a atribuição a cada sujeito processual de apenas uma das tarefas do processo é pressuposto para a isenção e manutenção da imparcialidade do julgador. No sistema acusatório puro ou genuíno, não haveria de se permitir que o juiz tome iniciativa de parte, seja em relação à própria ação penal, seja quanto à produção de provas, ainda que resultasse em desrespeito ao Princípio da Verdade Real.

De outro lado, Geraldo Prado lembra que deve ser permitido ao juiz, ainda que de forma supletiva, providenciar “ex officio” atos de investigação para assistir ao acusado, em consonância aos princípios constitucionais da justiça material. Em todo caso, ressalta-se que tal intervenção deverá acontecer somente em situações duvidosas que venham a ensejar maior realidade probatória, preservando-se a inércia do julgador frente ao debate travado entre as partes no processo.

Ademais, cabe lembrar que não basta a presença das características mencionadas para a completa configuração do sistema acusatório. Tal instrumento de solução de conflitos só será eficaz e legítimo quando envolver todo o ordenamento jurídico com outros princípios

democráticos. Estará presente a Oralidade, por exemplo, quando a forma procedimental incluir a predominância da palavra falada, a imediatidade, a identidade física do juiz e a concentração da causa no tempo (MORATO, 1940). Além disso, também a Publicidade se coloca como característica do sistema acusatório, podendo ser restringida tão-somente em caráter excepcionalíssimo, à evidência da ausência de democracia que o segredo sobre os atos processuais concebe, afastando-se da gestão e fiscalização do processo a participação popular. E por fim, o Princípio do Contraditório, de inegável importância para o sistema em tela, que se consubstancia no dever de dar ciência às partes dos atos processuais praticados (MENDES DE ALMEIDA, 1937), na obrigatoriedade de defesa técnica e na igualdade de condições (MARQUES, 1997).

Enfim, com a evolução do Sistema Acusatório, já não mais encontramos os inconvenientes destacados por Hélio Tornaghi, diante de um processo penal relegado à iniciativa privada. Atualmente, considera-se este como sendo o sistema que mais avançou em relação aos direitos e garantias do réu, e assim, como aquele que alcançou maior compatibilidade com os atuais moldes do Estado Democrático de Direito.

No outro extremo, encontra-se o Sistema Inquisitivo, surgido da necessidade de envolvimento do Estado na iniciativa do processo penal, em Roma, e que acabou por dominar quase toda a Europa Ocidental. Tratou-se não de um processo genuíno, mas de uma forma de defesa da administração da justiça. Ao contrário do que ocorre no sistema acusatório, o sistema inquisitivo, nos dizeres de Nucci:

“(...) é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.”

Por tais razões, torna-se clara a incompatibilidade do sistema inquisitivo com os fundamentos das garantias individuais. Interessante aqui, a observação de Afrânio Silva Jardim,

ao explicar que, ao se utilizar da prova para demonstrar o prévio acerto da acusação anteriormente formulada pelo juiz, anulou-se qualquer resquício de imparcialidade.

Também conhecido como “Sistema Acusatório Formal”, o Sistema Misto surgiu, como visto, após a Revolução Francesa, dividindo o processo em duas fases: a de instrução preparatória, sob a égide dos princípios e regras do sistema inquisitivo; e a de julgamento, com predomínio de um procedimento acusatório.

A diferença persiste aqui, pois no processo misto somente a investigação preliminar, de responsabilidade da polícia, e a instrução preparatória, continuaram secretas e não contraditórias. No julgamento, o processo se desenvolve oralmente e com observância à publicidade dos atos processuais, além de estabelecer a divisão de funções entre diferentes personagens (TOURINHO FILHO, 2004).

Por certo, resta dizer que a comemorada síntese que se pretendia com a união de ambos os sistemas não produziu os efeitos desejados, uma vez que a inobservância do contraditório, ampla defesa e publicidade durante fase integrante do próprio processo, resultam em graves violações aos direitos fundamentais.

Conclui-se, não há um conceito pré-determinado de estrutura acusatória ao qual os ordenamentos jurídicos tenham que se sujeitar. Ao contrário, é a partir do ordenamento processual penal que se poderá perceber a que sistema processual sua caracterização fundamental respeita, sendo acusatório aquele que se oriente pela filosofia (conceito mais amplo) da máxima acusatoriedade.

3.1. A Gestão da Prova e a Busca da Verdade Real

Como visto, a principal diferença entre os sistemas acusatório e inquisitivo recai sobre a separação das funções de julgar e acusar. No entanto, percebemos também que tal separação não é suficiente à identificação de um sistema como verdadeiramente acusatório. Parte da doutrina traz a gestão da prova exclusivamente pelas partes como outra característica fundamental ao

sistema acusatório, de cuja observância se extrai que ao juiz deve ser reservada a função de expectador inerte e equidistante. Contudo, a doutrina tradicional, encabeçada por Ada Grinover e Mirabete, defende que o caráter publicístico do processo impõe a permissão ao juiz para que determine a produção de provas de ofício, em absoluta compatibilidade ao sistema acusatório, para o fim de suprir a eventual inércia das partes, e assim, poder atingir um juízo o mais próximo possível da verdade, representativo do atingimento da paz social.

Entretanto, segundo o entendimento de Jacinto Coutinho, Geraldo Prado e Ferrajoli, a retirada de poderes instrutórios das mãos do juiz apresenta-se como essencial à garantia da imparcialidade. Por óbvio, no momento no qual o juiz toma uma postura ativa à procura de uma prova, já tem seu convencimento maculado pela hipótese mentalmente criada sobre o fato.

Sabe-se que a verdade buscada pelo modelo garantista é a formal ou processual, alcançada pelo respeito aos direitos e garantias que regram o processo, que por vezes se afirmará de conteúdo informativo reduzido (FERRAJOLI, 2002). O problema é que, conforme destaca Lopes Junior, o caráter mitológico da verdade real se insere na perspectiva psicológica do julgador que deixará a inércia, com evidente prejuízo à imparcialidade. Portanto, a verdade que se produz no processo, mesmo no processo penal, é meramente formal, consubstanciando-se na busca da certeza, que nada mais é do que a tomada de crédito sobre uma concepção ideológica que se apresente conforme os fatos.

Portanto, a condenação produzida dentro dos limites da atividade jurisdicional consentâneos com o sistema acusatório, se afasta da ideologia da verdade real, sedimentando-se na verdade processual, formal e aproximativa (FERRAJOLI, 2002).

4. A TENDÊNCIA ACUSATÓRIA DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

No Brasil, não é fácil estabelecer com precisão que sistema processual penal fora adotado pela Constituição, diferentemente do que ocorre em Portugal, por exemplo, que explicitamente optou pelo sistema acusatório em sua redação constitucional. Entretanto, após relato histórico sobre o desenvolvimento da legislação processual brasileira, notaremos a conformação das normas constitucionais de forma predominante a um dos sistemas apresentados, embora verifiquemos algumas opiniões divergentes.

Pouco antes da descoberta do Brasil, foram instituídas em Portugal as Ordenações Afonsinas, com influência marcante do Direito Canônico. Já no século XVI, nova codificação regulava o direito processual penal, as Ordenações Manuelinas, permanecendo, contudo, um procedimento inquisitorial, repetido pelas Ordenações Filipinas de 1603. Com a Revolução Francesa e a Proclamação dos Direitos do Homem, as “devassas”, nas quais os próprios juízes colhiam as provas que fossem suficientes à propositura da ação, foram extintas, proibindo-se as torturas e outras arbitrariedades.

Em 1824, a Constituição Política do Império já estabelecia novos preceitos que buscavam assegurar aos acusados garantias fundamentais à sua condição humana, inspirando a edição do Código de Processo Criminal de 1832. Naquele momento, o procedimento penal podia ser instaurado mediante queixa do ofendido ou de seu representante legal, ou ainda, por denúncia do Ministério Público, ou de qualquer do povo, e também, mediante atuação “ex officio” do juiz (MIRABETE, 2005).

Após a Proclamação da República, sob a vigência de uma nova Constituição, foi facultado aos estados que promulgassem constituições próprias e, inclusive, legislassem sobre processo, mas poucos foram aqueles que assim procederam, preferindo a maioria continuar a respeitar as leis federais, entre as quais se incluía o Código de Processo Criminal. De todo modo, a Constituição Federal de 1934 veio a restaurar a unidade legislativa processual da União, estrutura que foi mantida na Constituição de 1937, e que incentivou a promulgação em 30 de outubro de 1941, do atual Código de Processo Penal, o Decreto-lei 3689.

O novo Código não se preocupou em eliminar o procedimento inquisitorial da fase pré-processual, mantendo, pois, o inquérito policial. No entanto, determinou maior respeito ao contraditório na instrução e reafirmou a repartição das funções do processo, eliminando quase a totalidade dos procedimentos “ex officio”.

Lembra Eugênio Pacelli, que o próprio Código de Processo Penal de 1941 foi inspirado na legislação italiana do regime fascista, marcada pelo autoritarismo e presunção de culpabilidade. Apesar das reformas da Lei 5.349/67, que trazia maior garantia ao direito de liberdade, somente com a Constituição de 1988 foram instituídas as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Assegurando constitucionalmente um verdadeiro sistema de garantias, nos moldes do que estudamos no capítulo anterior, deixou claro o constituinte de 1988, a meu ver, a opção, explícita e implícita, pelo Sistema Acusatório como regente do processo penal pátrio. Ainda assim, inquestionável a existência de fundadas divergências na doutrina. Frederico Marques, por exemplo, assinala a existência de uma estrutura acusatória, salientando que o sistema misto ou francês não pode informar nossas leis de processo. Por outro lado, Tornaghi acredita que o direito brasileiro segue um sistema misto na medida em que a apuração do fato e da autoria se dão, via de regra, no inquérito policial.

5. O SISTEMA DE EXECUÇÃO INSTITUÍDO PELA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Tradicionalmente, o denominado direito penitenciário é autônomo quanto ao direito penal e processual penal. Tem o intuito de estipular regras disciplinares que imponham ordem à vida do preso, sob o prisma da segurança e da disciplina. No entanto, quanto à natureza jurídica da execução penal pelo modelo adotado no Brasil, a doutrina diverge no intento de estabelecer qual seja o sistema escolhido dentre aqueles historicamente reconhecidos.

Para parte da doutrina, composta por Ada Pellegrini Grinover e Júlio Fabbrini Mirabete, trata-se de atividade de natureza administrativa e jurisdicional, caracterizando, portanto, como visto, um sistema de natureza mista. De outro lado, autores como Renato Marcão e Aury Lopes Jr. entendem que a execução penal é de natureza jurisdicional. Salo de Carvalho, por sua vez, ressalta que uma vez exercido pelos órgãos do Serviço Penitenciário, sua natureza é “essencialmente” administrativa.

A grande questão é que a ampla discricionariedade no tratamento decorrente da adoção de um modelo administrativista levou ao arbítrio da autoridade responsável, causando constante lesão aos direitos dos presos. Desta forma, com a finalidade de proporcionar ao apenado a garantia mínima de seus direitos, foi editada a Lei 7.210/84, que normatizou a jurisdicionalização da execução da pena. Cabe esclarecer, que o desenvolvimento de toda a sistemática processualista estava de acordo com a nova concepção garantista do processo, em estreita conexão com o constitucionalismo (CINTRA JR, 1995).

Entretanto, Aury Lopes Jr. ressalta que o processo de execução concebido pela Lei de Execução Penal é inquisitório, restando incompatível com a matriz democrática-garantista, e, portanto, acusatória, encenada pela Constituição. Como solução para tais inconvenientes, sugere o autor o total rompimento com o sistema jurídico misto e a completa jurisdicionalização da Execução Penal, inserindo-a na estrutura dialética do processo.

A perspectiva garantista de Roberto Lyra passa pela percepção da execução penal como “relação jurídica”, e, enquanto tal, determinante de direitos subjetivos, interesses e deveres para ambas as partes. De acordo com Lyra, deve-se impedir que o cumprimento da pena se dê inadvertidamente, sem observância da legislação, até porque, o princípio da legalidade abrange, também, a execução penal. Destaca ainda:

“Não se compreende que, na fase mais grave e mais importante da atuação da justiça, esta abandone os homens que mandou ao cárcere e degrade a função pública da pena.”

Contudo, a Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, conhecida Lei de Execução Penal, acabou por institucionalizar o modelo jurisdicional de execução via processo legislativo, tornando eficaz o princípio da legalidade e assegurando direitos fundamentais aos presos. Confirma-se tal intento através da disposição dos arts. 1º, que fixa o conteúdo jurídico da execução penal, 2º, que se refere à jurisdição e processo, 66, que minudencia a competência do juiz da execução penal, e 194, que estipula o procedimento judicial.

Muito embora não tenha servido à completa eliminação dos debates sobre a natureza jurídica da execução penal, o novo entendimento produziu algumas implicações de ordem garantista no sistema. Afastada a natureza administrativa, que abria espaço ao tratamento do apenado como mero objeto, o réu torna-se titular de direitos, faculdades e poderes, como verdadeiro sujeito da relação processual existente no processo de execução penal (GRINOVER, 1987).

6. O SISTEMA ACUSATÓRIO E A CONFORMIDADE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A despeito da constatação realizada nos capítulos anteriores, alguns aspectos de nossa legislação têm contribuído para imprimir maior dificuldade à adequação do sistema acusatório puro em nosso ordenamento. Para tanto, destacaremos alguns pontos do Código de Processo Penal em balanço aos requisitos basilares do sistema acusatório e faremos um diagnóstico da Lei de Execução Penal sob a lente do garantismo.

6.1. Do Código de Processo Penal

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ação penal pública é de iniciativa exclusiva do Ministério Público, conforme denota seu art. 129, I. No entanto, pode ser proposta, em hipóteses excepcionais, pelo ofendido ou por quem tenha qualidade para representá-lo, na hipótese do art. 5º, LIX, da CF, melhor delimitada no art. 29 do CPP. De outro lado, existem casos em que a iniciativa é privativa da vítima (art. 30 do CPP), quando o interesse jurisdicional está intimamente ligado ao interesse individual do ofendido, e ainda, outros nos quais a iniciativa do Ministério Público depende de manifestação da vítima, ou de quem tenha qualidade para representa-la, ou de requisição do Ministro da Justiça (art. 24 do CPP).

De todo modo, vale ressaltar o entendimento de Mirabete no sentido de que, mesmo na hipótese de ação penal privada, o “jus puniendi” continua a pertencer exclusivamente ao Estado, embora, vez ou outra, se transfira ao particular o “jus accusationis”, quando o interesse do ofendido se sobrepõe ao interesse público, que será então de menor relevância.

O Projeto de Lei 4.209/01, dispendo em idêntico sentido ao Anteprojeto de Novo Código de Processo Penal, pretende caminhar no sentido da expurgação de intervenções judiciais voltadas ao controle das investigações básicas para a deflagração da ação penal. A

exemplo, traz nova redação para o art. 28 do CPP, que consiste em afastar o juiz desta etapa pré-processual, de modo a lhe entregar apenas a função de decidir sobre medidas cautelares que incidam sobre direitos humanos. Nos termos da redação anterior, poderia o juiz, caso não concordasse com as razões do arquivamento do inquérito pelo Ministério Público, remetê-lo ao Procurador-Geral, em absoluta violação à Iniciativa de parte e à Imparcialidade.

Por outro lado, a Constituição Federal corroborou o sistema acusatório ao trazer o Princípio do Juiz Natural, em consonância com os Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório, da Ampla Defesa, da Prova Legal e do Estado de Inocência, tudo com o objetivo de se destacar a necessidade de imparcialidade do julgador. Destaca-se que a Carta Magna reafirmou normas de estruturação da legalidade e legitimidade do processo penal, recepcionando o Código de Processo Penal de 1941, no qual já eram visíveis, como em seu artigo 252, regras que buscavam a imparcialidade do magistrado.

É interessante salientar, no entanto, que a conversão do processo em diligência realizada pelo juiz, nos termos da redação anterior à Lei 11.719/08, apresentava intimidade à disciplina das provas. Desde a autorização prevista no art. 156 do CPP, até outros dispositivos, como, por exemplo, a disposição contida no art. 209 do mesmo diploma, ou seja, tudo aquilo que confere ao julgador poderes processuais de produção de provas, são marcas que representam violência flagrante à imparcialidade do magistrado. Isso porque, como ensina Geraldo Prado, “todo investigador parte de uma premissa, que aceita como verdadeira, a ela se vinculando psicologicamente”.

Dentre as últimas reformas legislativas em busca do acusatório constitucional destaco também a nova redação do art. 311 do CPP, trazida pela Lei 12.403/11, que retirou a possibilidade de o juiz decretar prisão preventiva de ofício no curso da investigação policial. Segundo Rodrigo Iennaco, o juiz não poderá nem mesmo converter a prisão em flagrante em prisão preventiva sem manifestação do Ministério Público ou representação da autoridade policial, em respeito à iniciativa da ação penal, característica do sistema acusatório. No mesmo sentido, foi acrescentado o §2º ao art. 282, completamente modificado quando da edição desta lei, culminando no impedimento de decretação de medida cautelar pelo juiz, de ofício, durante o inquérito.

Cumpra ressaltar ainda que, especialmente nas regras referentes ao inquérito policial percebe-se ampla inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. No entanto, devemos lembrar que o texto constitucional não o exclui da abrangência dos princípios mencionados, sendo certo que a eficácia de nenhuma intervenção penal pode ser dependente da diminuição das garantias individuais, pois estas, conforme entende Eugênio Pacelli, não são favores do Estado, mas, ao contrário, sua observância é “exigência indeclinável para o Estado”.

Ao contrário, a publicidade realmente não deve ser observada no inquérito (art. 20 do CPP), visto que não se depreende tal obrigatoriedade do diploma constitucional (art. 5º, LX, da CF). Apenas quanto aos atos processuais propriamente ditos impera a regra da publicidade ampla e popular (art. 792 do CPP), lembrando Frederico Marques quanto à exceção da publicidade restrita (art. 792, §1º, do CPP), quando se tem a presença tão-somente das partes e de seus representantes legais. Ademais, alguns atos, à vista de se garantir a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF), devem ser secretos, a exemplo do disposto nos artigos 709, §2º, e 748, ambos do CPP.

Deve-se ressaltar ainda, que a modificação na redação do art. 93, IX, da CF, não alterou a escolha da publicidade como regra, exigindo apenas a ponderação dos interesses em jogo. Somente quando o predomínio do interesse público se consubstanciar em dano a direito inerente à intimidade da pessoa afetada, caberá ao juiz restringir o sigilo, de forma fundamentada. A exemplo, embora tenha-se a observância da publicidade plena no procedimento do júri, a Constituição estabelece o sigilo das votações em seu artigo 5º, XXXVIII, em conformidade com o artigo 487 do CPP, além de realizar-se tal votação a portas fechadas e em sala especial (art. 485 do CPP).

Resta dizer, não adotamos a oralidade como regra, mas como exceção trazida ao Tribunal do Júri e aos denominados Juizados Especiais (art. 98 da CF). De todo modo, demonstrou o legislador constituinte a vontade de efetiva adoção da oralidade, em consonância ao sistema acusatório idealizado, ao adotar um sistema oral no processo penal ao menos para os crimes de menor potencial ofensivo, e de preocupação com a importância

da concentração dos atos processuais, ao editar a Lei 11.719/08, que alterou os arts. 400, acrescentando seu parágrafo primeiro, e 531, do CPP.

Diante de todo o exposto, vê-se que em muito o Código de Processo Penal atinge o princípio acusatório. Todavia, encontrando-se na Constituição e nas recentes reformas legislativas a intenção de destinação a pessoas distintas das funções essenciais do processo, caracteriza-se um sistema de verdadeira aparência acusatória, embora ainda dependente de alterações em seu ordenamento jurídico para o completo envolvimento numa sistemática processual mais garantista.

6.2. Da Execução Penal

O constante conflito histórico entre os sistemas processuais penais e sua conformação histórica em relação a determinados modelos de Estado e de direito permanece, em outra análise, no interior da execução penal brasileira, que se divide entre o sistema jurisdicional e o administrativo. A princípio, nosso sistema de execução penal apresenta uma perspectiva garantista, que se consubstancia nos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição. Contudo, vários dos dispositivos da Lei 7210/84, como o art. 3º, no que diz respeito à manutenção de todos os direitos do réu desde que não atingidos pela sentença, e o art. 40, que trata do respeito à sua integridade física e moral, carecem de efetividade.

Sabe-se que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso XLIX, estabelece, entre outras garantias, que é “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Vemos então que o legislador claramente optou pela introdução do princípio da humanidade e sua aplicação garantista à lei em questão, sendo de fácil percepção a harmonia de suas normas aos preceitos constitucionais, que trazem, por exemplo, vedação à pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e à penas cruéis, nos termos do art. 5º, XLVII, da CF.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o sistema de execução penal brasileiro tem sua base no modelo da teoria garantista de Ferrajoli, mas que, infelizmente, na prática, enfrenta um grande preconceito social em relação aos condenados. De todo modo, Salo de Carvalho adverte que não se deve entender que há um princípio misto e, conseqüentemente, um sistema jurídico misto. Temos sim, no interior de um modelo normativo garantista (acusatório) práticas e regras antigarantistas (inquisitoriais), mas que não descaracterizam a matriz original.

Nesse sentido, a jurisdicionalização da execução penal representou avanço no que se refere a garantias, influenciando no corolário da inafastabilidade da jurisdição penal. Ocorre que a mera jurisdicionalização não é suficiente se tal não for moldada a um sistema garantista e democrático (acusatório) instrumentalizado. O fato é que ainda que a LEP fosse cumprida em seu inteiro teor, o processo de execução continuaria inviabilizando os direitos dos presos em decorrência da opção inquisitiva de sua jurisdicionalização.

Sobre um sistema arquitetado através de premissas inquisitoriais deita o cerne do problema. A verdade é que o alcance de determinados graus de garantias está sujeito a um processo de execução penal com feição acusatória, otimizado pelo respeito à ampla defesa, ao contraditório, à oralidade e à imparcialidade do julgador (CARVALHO, 2001).

Ao contrário, à semelhança do modelo inquisitivo, o processo executivo é iniciado por meio da expedição da carta de guia por iniciativa “ex officio” do juiz, independentemente de provocação das partes. A oficialidade do órgão jurisdicional em iniciar o processo deixa clara a violação ao princípio da iniciativa, essencial à identificação do sistema acusatório.

Não obstante a mutabilidade das decisões no âmbito da execução penal seja constatação que leva ao distanciamento da estrutura acusatória, na medida em que se permite a alteração do título executivo em decorrência de condições futuras, até mesmo em prejuízo do condenado, recaem sobre o procedimento as maiores influências do sistema inquisitorial. Conforme se denota dos quatro artigos que tratam do processo judicial na Lei de Execução Penal, a regra do procedimento é a forma escrita, havendo audiência e oitiva das partes apenas em casos excepcionais, e ainda assim, sem obrigatoriedade da presença

do defensor. Ora, sabemos que a oralidade está intimamente ligada à maior efetividade do contraditório e da publicidade dos atos, além do que, a não exigência do defensor e a iniciativa deixada a cargo do magistrado, são disposições que maculam a ampla defesa e o livre convencimento.

Assim, após estruturarmos uma visão geral sobre a Lei de Execução Penal e o modelo de execução eleito pela legislação constitucional e infraconstitucional, concluimos que permanecemos dependentes, assim como acontece com o sistema processual, de futuras alterações legislativas que tenham maior empenho na concretização prática dos direitos fundamentais, visto que o atual sistema, apesar de jurisdicional, é marcado pela inquisitorialidade.

7. QUESTÕES CONTROVERSAS QUANTO À CONFORMIDADE DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL

Conferida pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal, a repartição das funções processuais resta bem definida através das regras sobre a iniciativa da ação penal e das garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, além do direito de ser processado perante autoridade competente (art. 5º, LIII, LIV e LV da CF). No entanto, em várias hipóteses mencionadas pelo ordenamento jurídico, o julgador se afasta de seu papel genuíno, avançando sobre o “jus accusationis” e causando dúvidas quanto à efetiva legitimidade dos titulares da ação penal. Dentre estas hipóteses, destacaremos a promoção da “emendatio libelli” e da “mutatio libelli” (arts. 383 e 384 do CPP), a condenação nos termos do art. 385 do CPP e o denominado recurso de ofício (art. 574 do CPP), sem, contudo, exprimir intenção de esgotar todas as vertentes sobre tais questões, pelo que fugiríamos ao proposto neste trabalho.

Em relação à “emendatio libelli”, uma vez que a denúncia ou queixa já contém toda a descrição fática do crime, havendo simples equívoco na indicação do tipo penal pelo Parquet ou pelo querelante, não há óbice a que o juiz realize a correção e sentencie de plano, sem necessidade de oitiva das partes e ainda que tenha de aplicar pena mais grave. Conforme explica Nestor Távora, “como o réu se defende dos fatos e não da mera tipificação legal, não há que se falar em prejuízo”.

Com efeito, sabemos que, pelo princípio acusatório, é função do acusador determinar o objeto do processo, sustentando o pedido de aplicação de sanção. Contudo, isso não significa que o juiz deverá ficar vinculado à qualificação jurídica atribuída ao fato pelo acusador, pois ao juiz cumpre conhecer o direito – “jura novit curia”. Geraldo Prado destaca ainda que o sistema acusatório demanda plenitude de defesa e contraditório, em face da pretensão de processo justo, pelo que assegura, em última análise, a “emendatio libelli”.

Por todo o exposto, não foram necessárias grandes alterações na redação do art. 383 do CPP pela Lei 11.719/2008 na essência do instituto. Além de se expressar melhor quanto à impossibilidade de alteração da descrição do fato contida na denúncia ou queixa, introduziu novo parágrafo ao dispositivo para por fim ao debate doutrinário sobre a possibilidade de suspensão

condicional do processo. Injustiça era feita quando se acreditava que mera incorreção na tipificação do delito na peça acusatória teria capacidade de obstar o proveito de benefício a que teria direito o acusado.

De outro lado, se é viável, conforme a máxima acusatoriedade, a aplicação do disposto no art. 383 do CPP, apesar da aparência de violação ao Princípio da Iniciativa de Partes e à Imparcialidade, o mesmo não acontece com a previsão contida no dispositivo seguinte, art. 384, CPP, que até a edição da Lei 11.719/08, autorizava a modificação substancial da acusação, com base nas provas produzidas, de modo que poderia ultrapassar, até mesmo, o limite demarcado pela imputação contida no pedido acusatório.

Na doutrina, a atuação positiva do juiz tomando lugar do Ministério Público, tal como denotava a redação anterior, era bastante criticada por se aproximar de uma postura inquisitiva. A dispensa do aditamento à denúncia correspondia a uma autorização dada ao juiz para que modificasse a acusação de forma independente da vontade do acusador e sem qualquer preocupação quanto à possível modificação da pena a ser aplicada. Tratava-se, portanto, de verdadeiro julgamento permeado pela inquisitoriedade, sob a roupagem da economia processual e obrigatoriedade da ação penal.

Logo, o novo texto do art. 384 trouxe solução mais harmônica ao sistema acusatório, fazendo agora alusão a “elemento” ou “circunstância”, de forma mais técnica que a redação anterior e restringindo as hipóteses de aditamento provocado, expressando, assim, que a atribuição para o aditamento é do Ministério Público. No entanto, incluiu a possibilidade de aplicação do art. 28 do CPP, já bastante atacado pela sua clara inconstitucionalidade em razão da violação ao Princípio Acusatório e da Iniciativa de Partes.

Já o art. 385 do CPP trata da possibilidade de o juiz condenar o réu ainda que o “Parquet” tenha se manifestado pela absolvição. Equivocadamente, muitos invocam lesão ao sistema acusatório sob o argumento de que haveria violação à separação das funções no processo. Entretanto, mais acertada é a visão de que o magistrado estaria, nesta situação, acobertado pelos Princípios do Livre Convencimento Motivado e da Persuasão Racional das Provas. Ora, se o pedido absolutório vinculasse a decisão do julgador, aí sim teríamos afronta ao sistema

acusatório, uma vez que o Ministério Público estaria se incumbindo da função de acusar e também da função de decidir.

A propósito, o julgador não pode se manter inerte no processo se o que se busca é a verdade real. Assim, respeitados estarão os princípios norteadores do processo impostos por um Estado Democrático de Direito, garantindo-se ao juiz a autonomia necessária para a formação de seu livre convencimento. Conclui-se, daí, pela perfeita aplicação do dispositivo em tela em conformidade ao sistema processual moderno, restando ao Ministério Público o recurso em favor do réu.

Para finalizar, destaco de forma bastante objetiva o art. 574 do CPP, no qual se encontra prevista a submissão da decisão proferida ao exame obrigatório pelo Tribunal, como condição de eficácia da sentença. Assim, deve o juiz, independentemente de provocação, “recorrer de ofício”, em relação à absolvição sumária do procedimento do Júri, da decisão que concede “habeas corpus”, como também, daquela que concede a reabilitação (art. 746 do CPP), ou ainda, quando arquiva inquérito ou absolve acusado, em crime contra a saúde pública ou economia popular (art. 7º da Lei 1521/51).

Acontece que, qualquer recurso depende da iniciativa da parte, sendo sempre meio voluntário de impugnação. Daí que o recurso de ofício se apresenta como condição de eficácia da sentença, tratando-se tão-somente de exigência do Estado para maior tutela dos interesses em jogo. Ou seja, não se trata verdadeiramente de recurso o “duplo grau obrigatório”, estando, por isso, recusada a alegação de sua inconstitucionalidade por “aparente” contrariedade à norma do art. 129, I, da CF, não havendo que se discutir desconformidade ao sistema eleito constitucionalmente.

Para concluir, vimos que muito embora existam claras violações aos princípios e normas instituídos pela adoção do sistema acusatório, muitas vezes, disposições que a princípio ensejam dúvidas quanto à conformidade ao sistema adotado, não são capazes de desnaturar seu perfil acusatório, e, portanto, não são hábeis a ferir a legitimidade do processo penal.

8. O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Atualmente, são incontestáveis as polêmicas existentes em torno da tomada de posição pelos juízes frente aos inquiridos policiais. Muitos magistrados acabam por adotar ativismo excessivo na investigação criminal, através da adoção de práticas policiais em desconformidade com a ordem jurídico-constitucional. A iniciativa probatória do juiz justificada pela busca da verdade real resultou no abandono de seu papel de garantidor de direitos constitucionais, incentivando dedicação especial pela doutrina à imparcialidade do julgador.

Com o objetivo de se evitar que tais experiências continuem se perpetuando em nosso país, o Projeto do Novo CPP, elaborado por comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal, e de relatoria de Eugênio Pacelli, tem o mérito de valorizar a moderna doutrina do processo acusatório, ao prever o chamado “juiz das garantias”, ao qual seria reservada a função de zelar pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado. Nestes termos, reprimidas estariam as consequências negativas geradas pelo relacionamento entre o juiz, que tiver de ser acionado durante a fase de investigação, e o delegado de polícia, uma vez que aquele estaria focado tão-somente na manutenção de garantias enfrentadas por medidas cautelares. Para tanto, sua atuação estaria encerrada com o término da fase de investigação, quando então, outro juiz, com melhores condições de formar seu próprio convencimento, tomaria as rédeas do processo, rompendo com a lógica da prevenção.

A pretensão do PLS 156/09 é a de dividir a função proveniente da exigência constitucional de que determinadas medidas venham a ser apreciadas pelo juiz. Ora, é indiscutível que ao deferir uma busca e apreensão, autorizar uma interceptação telefônica ou decretar prisão preventiva, por exemplo, o julgador envolve-se na reconstrução histórica do fato delituoso baseada apenas em provas acusatórias, sendo certo que na fase judicial já terá seu convencimento formulado.

Cabe ressaltar, que o “juiz das garantias” não tem nada a ver com o juiz das varas de inquirido policial, hoje instituídas em algumas capitais, ou com o juiz ou juizado de instrução encontrado em países como Espanha e França. O “juiz das garantias” não será o gestor do

inquérito policial, uma vez que não lhe será dado requisitar abertura de investigação ou mesmo solicitar diligências à autoridade policial, funções inerentes ao titular das varas de inquérito. Muito menos irá usurpar a presidência do inquérito da polícia, que permanecerá incumbido da função de presidir as investigações.

É interessante perceber que a viabilidade prática de criação desse novo personagem é negada por muitos doutrinadores, em razão das dimensões territoriais e das necessidades sociais que assolam o país. Ressalta o próprio Conselho Nacional de Justiça, que tais medidas são incompatíveis com a atual estrutura do Judiciário Brasileiro, inclusive orçamentária, e que firmariam a necessidade de constantes deslocamentos dos magistrados para atendimento em comarcas diversas, em desacordo à razoável duração do processo.

Data vênua, seguindo ilustres juristas como Luiz Flávio Gomes e Lopes Jr., acredito que se trata de uma visão reducionista. O “juiz das garantias” não serve apenas à manutenção dos direitos dos cidadãos no curso da investigação, mas principalmente à sua própria isenção perante o julgamento da causa. Além disso, muito embora o art. 701 do PLS 156/09 não mais preveja prazos de “vacatio legis” para a sua implementação, o seu art. 17 determina que o juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária, e seu art. 748, I, prevê que a regra de impedimento quanto ao processo contida no art. 16 para o juiz que venha a atuar na fase de investigação, não entrará em vigor na comarca onde houver um único juiz, de modo que seria dado tempo à necessária alteração da legislação organizacional. Deve-se atentar para o possível descumprimento das disposições do Novo Código justificado a todo tempo pela imprevisão de prazo para sua efetivação prática, no que teríamos mais uma lei garantista apenas no seu aspecto normativo.

CONCLUSÃO

Após incursão histórica sobre o processo penal das civilizações ocidentais e os sistemas de execução penal, realizamos um estudo superficial da base ideológica do garantismo de Luigi Ferrajoli. Em seguida, discorremos, em especial, sobre o sistema acusatório, e a importância da gestão da prova como fundamento do mesmo, além de tratar do mito da verdade real. Após definirmos a tendência processual acusatória da Constituição e garantista do processo de execução, chegamos à conclusão de que no atual patamar normativo constitucional as máximas inquisitivas não mais podem prevalecer. Não há dúvidas, portanto, de que a Constituição Federal de 1988 representou um marco para a sociedade brasileira, ao instituir uma nova ordem jurídica e demandar adequação interpretativa, integrativa e aplicativa das normas processuais penais à sistemática processual penal moderna, de cunho mais garantista.

Sob a ótica do garantismo, concluímos que o resgate da legitimidade do Estado de Direito é um trabalho permanente e que não se limita ao plano normativo. No intento de fugir de um sistema desigual resultante de tal falácia normativista, o cumprimento das garantias constitucionais deve ser exigido através da luta social cotidiana.

Diante de tudo o que foi visto é possível confirmar a dificuldade de se determinar com precisão qual sistema processual vigora no Brasil. Através da análise mais detalhada de cada um dos três sistemas processuais surgidos no decorrer da história, verificamos que a característica básica que distingue o sistema acusatório do inquisitivo é a separação das funções de acusar, defender e julgar. Assim, ao aceitarmos que o diploma constitucional que declara a ação penal pública de iniciativa privativa do Ministério Público, que garante o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o julgamento por juiz competente e imparcial, e mesmo a oralidade e a publicidade, na forma que relatamos, são os mesmos requisitos basilares do sistema acusatório, chegamos à conclusão de que, embora não o tenha feito expressamente, a Constituição da República Brasileira o adotou.

Com relação ao sistema de execução penal instituído pela Lei de Execução Penal, vimos que a complexidade da relação processual na execução penal recai sobre a complicada relação entre o administrativismo do direito penitenciário e a natureza jurisdicional do processo de

execução (CARVALHO, 2001). De todo modo, sabemos que o conteúdo material relativo ao direito do preso à jurisdição carece de eficácia na vida carcerária, pelo que só nos resta a alternativa de permitir que o juízo de execução interfira diretamente nas relações entre a administração dos estabelecimentos penais e os detentos.

Ainda assim, muitos dos princípios do sistema inquisitivo ainda permanecem na estrutura de nosso ordenamento processual, e têm servido para mitigar a perfeita conformação ao sistema acusatório. O “jus accusationis”, por exemplo, embora tenha permanecido nas mãos de pessoa diversa do julgador, o Ministério Público, e por conseguinte, sem que fosse suficiente à desnaturar o sistema acusatório, afasta-se daquele idealizado originalmente. A separação de funções no processo, também é por vezes mitigada quando é dado ao juiz interferir, por exemplo, na produção de provas necessárias à instrução da persecução penal, tarefa que é essencialmente das partes. O fato é que entre os poderes do juiz não se deve encontrar o que se poderia dizer investigação judicial, embora Geraldo Prado aceite que se permita ao juiz que, moderada e supletivamente, na instrução, pesquise provas de inocência em assistência ao acusado, prezando-se uma visão garantista.

Deve-se ainda, registrar que nem tudo o que aparenta estar em desconformidade com o sistema acusatório, viola efetivamente seus balizamentos teóricos. O atual sistema processual penal brasileiro promove um ambiente de mútua convivência de dispositivos absolutamente acusatórios e outros que embora permitam ao juiz interferir no “jus accusationis”, não são capazes de desnaturar o sistema eleito constitucionalmente, além daqueles que apenas confundem os aplicadores do direito sem que interfiram de qualquer forma na “máxima acusatoriedade”. Ou seja, vivemos a realidade de possuir um sistema acusatório com iniciativa da ação penal apenas preponderantemente pública, com repartição de funções e imparcialidade do julgador apenas formalmente acusatória, de observância tão-somente parcial dos princípios da ampla defesa, do contraditório, e diante de uma imperfeita observância à publicidade e oralidade.

Quanto ao “juiz das garantias” previsto pelo Projeto do Novo CPP, é uma tendência satisfatória de atendimento aos pressupostos de um sistema que se quer acusatório em um Estado Democrático de Direito. No entanto, a atual realidade econômica, jurídica e política do Brasil, demanda, mais do que uma mudança legislativa, uma mudança cultural, ensejando uma postura mais humanística quanto aos problemas enfrentados pela sociedade.

Enfim, percebemos a intenção de adoção do sistema acusatório, embora em concreto, nossa legislação infraconstitucional permaneça distante da sistemática processual idealizada em Roma e na Grécia Antiga, e a opção jurisdicionalizada da execução penal, permaneça fora do ideal garantista em razão de sua essência inquisitorial. Assim doutrina Eugênio Pacelli, na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Novo Código de Processo Penal:

“A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo.”

Penso, portanto, que nos resta a esperança de que sobrevenham novas e maiores alterações legislativas e culturais, fugindo do contexto político da década de 1940, em busca de se coadunar com as pretensões garantistas de um processo penal realmente democrático, e que corresponda aos anseios da sociedade à realização de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Petrópolis: Vozes, 1991.

BRASIL. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto**. Brasília: Senado, 2009.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**: Processo e Democrazia. Napoli: Morano, 1965.
Apud: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**: Uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CINTRA JR., Dirceu Aguiar Dias. **A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal**: O Contraditório e a Ampla Defesa. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Apud: CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**: Uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

COUTINHO, Jacinto. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz das garantias projetado pelo novo CPP**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18508/o-juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp>>. Acessado em: 20/01/2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa probatória do juiz no processo penal**. Revista Nacional do Conselho de Política Criminal. v. 1. Brasília, 2005.

_____. **Natureza Jurídica da Execução Penal.** In: Execução Penal: Mesas de Processo Penal. São Paulo: Max Limonad, 1987. Apud: CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias:** Uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

IENNACO, Rodrigo. **Reforma do CPP:** cautelares, prisão e liberdade provisória. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/582012.pdf>. Acesso em: 27/12/2013.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LAGO, Cristiano. **Sistemas Processuais Penais.** Revista dos Tribunais, v.774, p. 441-473, abr. 2000.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal.** 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

LYRA, Roberto. **Criminologia.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. Apud: CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias:** Uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MAIER, Julio B. J. **La Ordenanza Procesal Penal Alemana:** Su comentario y Comparación com los Sistemas de Enjuiciamiento Argentinos. Buenos Aires: Depalma, 1978. Apud: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório:** A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal.** tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, pp. 3-4. Apud: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório:** A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 74.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **A contrariedade da instrução criminal**. 1937, p. 110. Apud: LAGO, Cristiano. **Sistemas Processuais Penais**. Revista dos Tribunais, v.774, p. 441-473, abr. 2000, p. 457.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORATO, Francisco. **A oralidade**, in: Processo Oral. Rio de Janeiro: Forense, 1940, pp. 1-24. Apud: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 153.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PERCHINUNNO, Vincenzo (coord.). **Percorsi de Procedura Penale: dal garantismo inquisitório a um accusatorio non garantito**. Milano: Giuffrè, 1996. Apud: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 97.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PRADO, Fernando de Albuquerque. **Estudos e Questões de Processo Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1954. Apud: CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: Uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SANCHEZ, Guilhermino Colin. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**. México: Porrúa, 1979, p. 17. Apud: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 73.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **A Relação Processual Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. Apud: CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: Uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 26. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **El sistema penal em los países de América Latina**. 2006. In: ARAÚJO JR., João Marcello de. (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.