

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O (IN) DEVIDO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: ENTRE A ACUSATORIEDADE CONSTITUCIONAL E
O INQUISITORIAL MODELO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL****THE DUE LEGAL PROCESS AND THE (IN) DUE BRAZILIAN
CRIMINAL PROCESS: BETWEEN THE CONSTITUTIONAL
ACCOUNTABILITY AND THE INQUISITORIAL MODEL OF THE
CODE OF PENAL PROCESS****EL DEBIDO PROCEDIMIENTO LEGAL Y EL (IN) DEBIDO
PROCEDIMIENTO PENAL BRASILEÑO: ENTRE LA ACUSATORIA
CONSTITUCIONAL Y EL INQUISITORIAL MODELO DEL CÓDIGO
DE PROCEDIMIENTO PENAL**

José de Assis Santiago Neto¹

Resumo: O Direito Processual Penal brasileiro passa por um momento de importante de atrasada, reforma. A Constituição de 1988, democrática e com estrutura acusatória, de um lado, e, de outro, um código bolorento, feito sob a ditadura Vargas e que serviu, não só ao Estado Novo, como ao regime da ditadura militar (1964-1984), forjado sob o autoritarismo não serve à democracia. Assim, buscamos estabelecer as exigências do *due process of law*, para tentar quebrar a inquisitorialidade presente no sistema processual penal brasileiro. Após estabelecer o conteúdo normativo do devido processo penal, estabelecemos o devido processo acusatório, através da fixação de papéis claros para cada um dos atores processuais penais e da limitação de sua atuação, sem que um possa ocupar o lugar do outro, sob pena de desvirtuar o modelo constitucional de processo e, conseqüentemente o próprio devido processo legal. Por fim, estabelecemos o panorama do atual processo penal brasileiro através de sua origem inquisitória e demonstramos que as inúmeras alterações pontuais não foram suficientes para alterar sua estrutura inquisitorial. Aliado a isso, analisamos alguns dispositivos do Projeto de Novo Código de Processo Penal (NCP), para demonstrar que apesar de seu texto trazer uma aproximação com a estrutura acusatória, há ainda sérios resquícios de um modelo inquisitivo que ainda insiste em assombrar o processo penal brasileiro e que somente será afastado por uma mudança de mentalidade de todos aqueles que vivenciam o processo penal pátrio.

¹ Doutorando em Direito Processual (PUCMinas), professor da PUCMinas, Advogado Criminalista.

Palavras-chave: Processo Penal democrático. Devido Processo Legal. modelos acusatório e inquisitório.

Abstract: The Brazilian Criminal Procedure Law goes through an important moment of delayed, reform. The Constitution of 1988, democratic and with an accusatory structure, on the one hand, and on the other, a moldy code, made under the Vargas dictatorship, which served not only the Estado Novo, but also the regime of the military dictatorship (1964-1984), Forged under authoritarianism does not serve democracy. Thus, we seek to establish the requirements of the due process of law, in order to try to break the inquest present in the Brazilian criminal procedural system. After establishing the normative content of due process, we establish due process of accusation, by establishing clear roles for each of the criminal procedural actors and limiting their performance, without one being able to take the place of the other, otherwise the constitutional model of process and, consequently, the due process itself. Finally, we set out the panorama of the current Brazilian criminal procedure through its inquisitorial origin and we showed that the numerous specific changes were not enough to alter its inquisitorial structure. In addition, we analyze some of the provisions of the New Criminal Procedure Code Project (NCP), to demonstrate that although its text brings an approximation to the accusatory structure, there are still serious remnants of an investigative model that still insists on haunting the criminal process Brazilian and that will only be removed by a change of mentality of all those who experience the Brazilian penal process.

Keywords: Democratic criminal procedure. Due Process Legal. Accusatory and inquisitorial models.

1. Introdução

O Direito Processual Penal brasileiro passa por um momento de importante, porém atrasada, reforma. Convivemos com uma Constituição promulgada em 1988 democrática e com estrutura acusatória e com o código bolorento que foi feito sob a ditadura Vargas e serviu não só ao Estado Novo como ao regime da ditadura militar (1964-1984) e que por ser forjado sob o autoritarismo não serve à democracia.

Assim, buscamos estabelecer as exigências do due process of law, para tentar quebrar a inquisitorialidade presente no sistema processual penal brasileiro que, de tão antiga, já faz parte da cultura e da prática diária dos operadores do direito que não mais percebem seu antagonismo com o regime democrático.

Assim, após estabelecer o conteúdo normativo do devido processo penal, estabelecemos o devido processo acusatório, através da fixação de papéis claros para cada um dos atores processuais penais e da limitação de sua atuação, sem que um possa ocupar o lugar do outro, sob pena de desvirtuar o modelo constitucional de processo e, conseqüentemente o próprio devido processo legal.

Por fim, estabelecemos o panorama do atual processo penal brasileiro através de sua origem inquisitória e demonstramos que as inúmeras alterações pontuais não foram suficientes para alterar sua estrutura inquisitorial. Após, analisamos alguns dispositivos do Projeto de Novo Código de Processo Penal (N CPP), para demonstrar que apesar de seu texto trazer uma aproximação com a estrutura acusatória, há ainda sérios resquícios de um modelo inquisitivo que ainda insiste em assombrar o processo penal brasileiro e que somente será afastado por uma mudança de mentalidade de todos aqueles que vivenciam o processo penal pátrio.

2. O conteúdo normativo do devido processo legal

O princípio do devido processo legal tem sua origem na Inglaterra através da Carta Magna de João Sem Terra, no ano de 1215. Segundo tal princípio ninguém poderia ser preso ou perder seus bens para o Estado sem o devido processo legal, entendido, na época como o direito a um julgamento segundo as leis vigentes e por um julgador imparcial. Contudo, é bom se ressaltar que o princípio do devido processo legal não surge para o povo inglês, mas em decorrência de uma revolta da nobreza inglesa contra seu Rei que, acuado pelos nobres acabou abrindo mão de uma parcela de seu poder através da edição da carta de 1215. (ORTH, 2003, p. 7)

Contudo, mesmo após quase oito séculos passados da carta de 1215, a Constituição Brasileira de 1988 ainda trouxe a mesma redação da carta magna de João Sem Terra, prevendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Vê-se, pois que o texto constitucional pátrio, promulgado 733 anos após a Carta Magna inglesa, manteve praticamente a mesma redação daquela datada de 1215, mantendo-se um princípio carente de conteúdo jurídico e que deve ser complementado pelo

intérprete para estabelecer seu significado atual. Entretanto, é bom lembrar que o devido processo legal, assim como os direitos humanos sofreram significativas transformações, principalmente na segunda metade do século XX, ainda que parte bolorenta e rançosa da doutrina e jurisprudência ainda continuem a entender o devido processo legal como o simples direito a um julgamento desenvolvido na forma da lei.

Com o desenvolvimento dos direitos fundamentais, o devido processo legal passou a adquirir contornos muito maiores que o simples condicionamento da perda de bens ou da privação da liberdade a um julgamento na forma da lei. Dessa forma, o conteúdo do princípio em tela adquiriu novos contornos através da promulgação dos tratados de direitos humanos e que, se aprovados em dois turnos com quorum de dois terços de cada uma das casas legislativas brasileiras adquiririam status de emenda constitucional (art. 5º, §3º, CR/88, inserido pela EC 45/2004) e, aqueles que integraram o ordenamento jurídico brasileiro antes da emenda constitucional 45/2004, ou que não teriam sido aprovados pelo quorum qualificado exigido pelo novo §3º do art. 5º, possuiriam, segundo o Supremo Tribunal Federal (RE 466.343-SP e HC 87.585-TO) posição hierárquica de norma infraconstitucional e supralegal, estando hierarquicamente abaixo da Constituição e acima das Leis infraconstitucionais, exigindo do intérprete que seja o ordenamento jurídico interpretado em conformidade constitucional e convencional (OMMATI, 2016, p. 87-88). Valendo destacar a crítica feita por José Emilio Medauar Ommati, segundo quem, em razão do §2º do art. 5º da CR/88 os tratados de direitos humanos teriam hierarquia constitucional, sendo, portanto, inconstitucional o §3º do art. 5º na forma inserido pela EC 45/2004, eis que restringiu a aplicabilidade do §2º do mesmo art. 5º cuja redação é original do texto de 1988. De toda forma, o que nos importa no presente trabalho é que o conteúdo do devido processo legal deverá ser buscado na integração dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico pátrio.

Assim sendo, o conteúdo do devido processo legal deve ser buscado nos tratados internacionais de direitos humanos como aquele que respeita às normas constitucionais, aos tratados internacionais de direitos humanos e à

² Por todos, v.g. CAPEZ, 2013, p. 82

legislação infraconstitucional, o que, no Brasil é de difícil adequação face à constituição ser fundada nos preceitos Estado Democrático de Direito assim como os tratados internacionais de Direitos Humanos, enquanto, em total descompasso com os dois instrumentos citados, o Código de Processo Penal possui suas bases no regime ditatorial de Vargas (Estado Novo) e com inspiração no código fascista italiano de 1930, portanto, bases flagrantemente autoritárias e inquisitórias.

Assim, para que o processo possa ser chamado de devido, devem ser assegurados à seus sujeitos divisão clara de funções, um acusa, outro defende e um terceiro (imparcial) julga, constituindo-se, dessa forma, em um modelo processual acusatório. Deve-se assegurar aos sujeitos o espaço e tempo necessários para a participação conjunta na construção da decisão, sem dilações indevidas (evitando as etapas mortas do processo), bem como que todo acusado tenha o direito a defesa técnica, de sua livre escolha e que tal defesa seja efetiva.

Deve-se ter sempre no horizonte do intérprete a presunção de inocência, vista como regra de tratamento, de julgamento, norma probatória e de norma de juízo. Devendo, com isso, dar aos sujeitos iguais condições de participação na construção do provimento (SANTIAGO NETO, 2015, p. 179; MORAES, 2010).

O espaço processual deve ser adequado e oportunizar aos sujeitos iguais condições de participação (contraditório) e amplo exercício do direito de defesa. Para tanto se deve dar ao acusado ciência e compreensão de todos os termos da acusação contra ele formulados e oportunidade de se defender plena.

Por fim deve-se assegurar o direito de impugnação (recurso) às decisões judiciais e o direito de não ser processado duas vezes pelo mesmo fato.

Em síntese, um devido processo legal é aquele que se desenvolve segundo o modelo constitucional de processo, obedecendo estritamente sua base principiológica uníssona integrada pelo contraditório, ampla argumentação, existência do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões (BARROS, 2009, p. 16).

Dessa forma, entendemos que a base para o devido processo não está na lei, mas na Constituição e nos tratados de direitos humanos, sendo importante, que somente haverá um julgamento justo se houver a separação das funções de acusar, defender e julgar, que se misturadas em um só sujeito processual fará com que o devido processo seja completamente esfacelado. Daí a importância de se estudar os sistemas processuais penais e estabelecer as bases de um processo penal que se possa chamar de devido.

3. O devido processo acusatório

A análise do conteúdo do devido processo legal como fizemos acima, denota que um processo legítimo, que se possa ter como devido, somente se obterá se for adotado o sistema acusatório, segundo o qual as funções de acusar, julgar e defender encontram-se bem demarcadas e estabelecidas. Contudo, em contraponto ao processo acusatório temos o procedimento inquisitório³, segundo o qual se concentram no mesmo sujeito a função de acusar e julgar, nesse modelo, o acusado é tido como uma fera que deve ser explorado à fundo na busca da confissão (CORDERO, 2000, p. 23), contra a força inquisitória o acusado perde a condição de sujeito de direitos e passa a ser tratado como mero objeto da apuração, que é respaldado pela presunção de sua culpa (MARQUES, 2011, p. 481). Franco Cordero (1986, p. 44-45) aponta que a lógica acusatória encontra-se no processo como *actus trium personarum*, exigindo que o processo acusatório seja desenvolvido entre três sujeitos, um acusador, um julgador e um defensor. Sendo que a grande diferença entre um sistema e outro consiste na gestão da prova, sendo que se a prova encontra-se nas mãos do acusador, cabendo-lhe toda a prova do crime e autoria em razão da presunção de inocência, teremos um modelo acusatório, porém, se é permitido ao juiz a produção probatória, teremos em um sistema inquisitorial e restará esfacelada a presunção de inocência.

³ Juan Montero Aroca afirma que o modelo inquisitório sequer poderia ser chamado de processo, eis que para se ter processo seria necessário um ato de três pessoas, sendo uma delas um terceiro imparcial. (AROCA, 1997, p. 28-29). Em complemento, afirmamos que a fusão das funções de acusar com a de acusar ou de defender desnatura o contraditório, impossibilitando a própria existência de processo eis que segundo a concepção fazzalariana de processo, a qual adotamos, o processo é o procedimento desenvolvido em contraditório (GONÇALVES, 2012).

Historicamente os sistemas acusatório e inquisitório se alternaram, contudo sem que um excluísse o outro, sendo que em períodos de maior repressão e menor liberdade prevaleceu o inquisitório e em momentos de maior liberdade verifica-se a prevalência do acusatório (COUTINHO, 2009). Contudo após a revolução francesa, o Código de Processo Penal francês de 1808 é um marco na construção dos sistemas processuais penais. Napoleão, como ditador que foi, não queria abrir mão do controle do processo penal, porém, não podia manter o sistema inquisitorial na forma antiga, eis que era contrario à próprias ideias dos revolucionários franceses de 1789. Assim, o referido código cria um sistema de duas fases, onde na primeira a prova era produzida de forma secreta, inquisitória, para, em um segundo momento, a prova era (re)produzida em contraditório através de uma estrutura acusatória. Contudo, a lição de Cordero (2000, p. 58), da instrução ao debate se passa da completa escuridão à luz plena, sendo que se trata de mera aparência de acusatoriedade, eis que os autos inquisitórios ainda continuam pesado sobre a decisão.

Com o código de Napoleão surgiu o que parte da doutrina, que infelizmente continua a se repetir até os dias atuais em nosso País, costuma denominar de sistema misto, sem perceber, consoante ensinamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 107), que não mais existem sistemas puros, sendo que todos os sistemas processuais agregam características acusatórias e inquisitórias e, por isso somente podem ser diferenciados por seu princípio reitor que se encontra na gestão da prova processual. Caso a prova seja atribuída às partes tem-se um sistema acusatório, se colocada à disposição do julgador, um modelo inquisitório. Assim, todos os sistemas seriam mistos, e, ao mesmo tempo não haveria um sistema misto. Contudo, esse sistema que se convencionou a chamar de misto, bifásico, com uma primeira fase inquisitória e uma segunda fase acusatória nada mais é que uma forma travestida do próprio sistema inquisitorial (SANTIAGO NETO, 2015, p. 149), eis que a prova produzida na primeira fase acaba sendo ressuscitada na segunda, com uma perversa dose de desfaçatez que é capaz de enganar os menos atentos, mas não resiste a um olhar um pouco mais cauteloso e a uma leitura do processo penal segundo as exigências do devido processo legal em sua forma moderna.

4. O atual quadro do processo penal brasileiro

O processo penal brasileiro é um verdadeiro monstro de duas cabeças, sendo que a Constituição da República separa as funções de acusar (art. 129, I), defender (arts. 133 e 134) e julgar (art. 92 e seguintes), possuindo, ainda que de forma tácita, nítida estrutura acusatória, principalmente por assegurar o devido processo legal e a presunção de não culpabilidade, tratando o acusado como sujeito de direitos e não como objeto processual. A Constituição, forjada após o regime ditatorial militar (1964-1984), constituiu o Brasil sob a forma do Estado Democrático de Direito e, sob tal paradigma, o único sistema processual que poderia ser adotado é o modelo acusatório.

Contudo, o Código de Processo Penal, elaborado pela ditadura de Getúlio Vargas em pleno Estado Novo (1937-1945), datado de 1941, e com forte inspiração no *Codice di procedura penale*, da Itália de 1930 (Código de Processo Penal elaborado por Rocco em pleno regime fascista de Mussolini) (BARROS, 2009, p. 4), possui evidente face autoritária e, como produto autoritário optou pela adoção de um modelo inquisitorial. É importante ressaltar que todos os países latino-americanos que foram submetidos a regimes autoritários já passaram pela imprescindível reforma processual penal com o escopo de adequar o processo penal para as exigências da nova democracia que floresceu nas últimas décadas. Apenas o Brasil ainda mantém seu código, que, apesar das várias reformas pontuais, que o transformaram em verdadeira colcha de retalhos (BARROS, 2009, p. 6), não perdeu sua alma inquisitória, o que apenas uma reforma completa de legislação e, principalmente, da mentalidade e cultura de nossos operadores é que será capaz de mudar nosso processo penal inquisitorial. Pouco adiantará uma mudança legislativa, para não dizer nada, se não mudarmos a prática judiciária e a cultura daqueles que atuam no palco processual penal.

O processo penal brasileiro vigente mantém a gestão probatória nas mãos do juiz (art. 156, reformado pela Lei 11.690/2008); o juiz ainda pode julgar com base na prova do inquérito (art. 155, reformado pela Lei 11.690/2008), contudo com a reforma processual realizada em 2008 o juiz poderá usar da prova do inquérito, desde que não seja seu único fundamento, o que gera verdadeiras fraudes processuais através da recorrente prática de se

requer a marmitta inquisitorial através da simples confirmação em contraditório de depoimentos prestados na fase inquisitiva; na possibilidade do juiz, de ofício, recorrer ao Procurador Geral de Justiça ao discordar do pedido de arquivamento (art. 28); poderá decretar prisões de ofício (art. 311, com redação da Lei 12.403/2011); poderá condenar o acusado sem pedido da acusação para tal, e, o que é pior, mesmo quando o acusador houver pedido a absolvição, ou reconhecer agravantes não alegadas pelas partes (art. 385), etc.

O processo penal brasileiro foi forjado sob um sistema autoritário, que buscou a prevalência dos interesses do Estado, travestidos sob o discurso do interesse público, sobre os direitos individuais, gerando uma falsa dicotomia entre direitos individuais e coletivos, ou um falso conflito entre a segurança pública x liberdade individual (PACELLI DE OLIVEIRA, 2004, p. 157-158). E, um sistema político autoritário não se preocupa com a prevalência dos direitos individuais, prevalecendo os interesses do Estado sobre os interesses dos indivíduos, já em um sistema democrático, o ordenamento jurídico é voltado para a reafirmação contínua dos direitos humanos e cujo processo penal é consignado no respeito aos direitos daqueles que são expostos ao processo penal (DALIA e FERRAIOLI, 1997, p. 5-6). O código de processo penal brasileiro foi elaborado visando a tutela dos interesses do Estado, por sua vez a Constituição, ao fundar um Estado Democrático de Direito constitui um sistema no qual os direitos fundamentais possuem eficácia máxima.

Vê-se, pois que o processo penal brasileiro possui, mesmo após a promulgação da Constituição da República, fortíssima inspiração autoritária e pouquíssima afeição com o devido processo legal. Isso se deve à suas origens autoritárias que, mesmo após inúmeras reformas pontuais não foram, e nem serão, capazes de mudar sua estrutura básica. Mas também se deve aos mais de setenta anos de vigência de um diploma autoritário, vigente na maior parte do tempo em regimes autoritários, que foi responsável pela formação de uma cultura inquisitória entre os próprios operadores do direito processual penal, que se habituaram com a prática de atos de ofício pelo juiz e com seu protagonismo processual, tornando-se incapazes de criticar o sistema e de lutar contra ele, uma mudança dessa mentalidade é fundamental para a implementação do sistema acusatório no Brasil.

5. A reforma do código de processo penal no brasileiro

Com o fim das ditaduras que dominaram a América Latina desde os anos 1960, os países latino-americanos passaram por uma obrigatória reforma constitucional e infraconstitucional. Como o processo penal costuma ser o braço do estado autoritário para se garantir no poder, o processo penal desses países passou (ou deveria ter passado) por uma obrigatória reforma. Foi assim na Argentina (1991), Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1996), Venezuela (1998), Paraguai (1998), Bolívia (1999) e Honduras (1999) (POSTIGO, 2015).

Nesse contexto, o Brasil encontra-se como verdadeiro retardatário em matéria de reforma de seu sistema processual penal, o que, por óbvio deve se iniciar por uma ampla reforma legislativa iniciada pela total reforma do código vigente visando uma legislação em conformidade com a Constituição. Nesse contexto, foi constituída pelo Senado Federal uma comissão de juristas coordenada pelo Min. Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, visando a elaboração de um projeto de novo Código. Após a conclusão dos trabalhos da comissão o projeto apresentado foi submetido à análise do Congresso Nacional, iniciando sua tramitação pelo Senado Federal e seguindo o devido processo legislativo.

No Senado o projeto sofreu sensíveis alterações, que desvirtuaram bastante a estrutura acusatória (art. 4º, NCPP) traçada pela comissão de juristas. Porém, em vista do texto ditatorial do vigente código, o novo código ainda nos parece uma excelente opção, apesar de precisar sofrer vários ajustes para a efetiva adoção de um modelo acusatório. Buscaremos aqui ressaltar apenas alguns pontos da reforma, que julgamos mais importantes, visando exclusivamente sua efetiva adoção do sistema acusatório.

O novo sistema manteve a estrutura bifásica do processo penal vigente, com a manutenção da estrutura do inquérito policial (art. 18 e seguintes NCPP) que, ganhará a atuação do juízo das garantias com papel de assegurar os direitos e garantias fundamentais que configuram cláusula de reserva de jurisdição e, portanto, somente poderiam ser violados com ordem jurisdicional (art. 14 e seguintes NCPP).

Segundo o sistema do NCPP o juiz das garantias, ao discordar do pedido de arquivamento do inquérito policial, deverá remeter os autos de ofício ao Procurador Geral de Justiça para que este analise o pedido de arquivamento (art. 38, NCPP). Ainda que exercido pelo juízo das garantias, esta função não poderia jamais ser exercida pelo judiciário. À guisa de sugestão legislativa entendemos que o pedido de arquivamento deveria ser sucedido da intimação da vítima, ou na sua falta de seu cônjuge (ou companheiro), ascendente, descendente ou irmão para que pudessem interpor recurso a ser decidido pelo Procurador Geral ou por outro órgão do próprio Ministério Público.

Em que pese notório avanço em questão da gestão probatória, atribuída expressamente às partes (art. 165, NCPP), o novo sistema abre uma perigosa porta ao permitir que o juiz realize diligências, o intuito expresso do parágrafo único do citado artigo é possibilitar a realização de diligências estritamente necessárias e cujo escopo seja exclusivamente o esclarecimento de eventuais dúvidas que tenham origem na prova produzida pelas partes, entendemos que eventuais diligências para esclarecimentos deveriam ser requeridas pelas partes na forma que é prevista no art. 277 do NCPP. Contudo tal dispositivo abre a possibilidade que, sob o pretexto de esclarecer dúvidas o juiz passe a produzir provas e acabe por resgatar um modelo inquisitório e violando a presunção de inocência, jogando por terra toda estrutura processual estabelecida pela nova legislação.

O NCPP mantém a estrutura da *mutatio libelli* (art. 419), que agora passa a ser obrigatório que o aditamento ocorra através de requerimento do órgão de acusação e não mais por provocação jurisdicional e da *emendatio libelli* (art. 418) que mantém a mesma estrutura e que poderá ser aplicada independentemente de pedido, em nítida postura inquisitorial. Entendemos que em qualquer das hipóteses, seja de nova capitulação jurídica do crime ou de fato novo não narrado na acusação inicial, a modificação somente poderia ocorrer caso o juízo fosse provocado pelo acusador e a alteração fosse previamente debatida pelos sujeitos processuais, inclusive sendo ouvido o próprio acusado (autodefesa) e a defesa técnica, jamais podendo o juiz proceder de ofício.

O juiz poderá ignorar pedido de absolvição formulado pelo órgão acusador e proferir sentença condenatória, agora restrito apenas aos termos da denúncia (art. 420, NCPP). Se o Ministério Público pediu a absolvição, não há mais acusação contra o acusado, tendo o próprio autor da denúncia a julgado improcedente. Assim, possibilitar a condenação quando o Ministério Público houver pedido a absolvição é rasgar a estrutura acusatória prevista no NCPP, e manter viva a chama da fogueira inquisitória. Nota-se sensível avanço em relação ao atual art. 385, porém, tímido e insuficiente para espantar o espírito inquisitorial.

Por fim, há de ser ressaltado que no novo sistema a denúncia, após oferecida, determina a remessa dos autos ao juiz que realizará a instrução, devendo o magistrado notificar o acusado para oferecer defesa e receber ou não a denúncia, sem a exclusão dos autos do inquérito. A manutenção do inquérito e do contato do juiz da instrução processual com seu conteúdo é capaz de desnaturar todo o sistema e estrutura acusatória do código, eis que possibilita a formação prévia do convencimento do magistrado no que Cordero (1986, p. 51) denominou de formação do quadro mental paranoico, onde há a primazia da hipótese (formada pela análise dos elementos do inquérito) sobre os fatos (prova produzida em audiência de forma oral e em contraditório).

Porém, a maior mudança que precisamos passar não é apenas do Código de Processo Penal, necessitamos de mudar a mentalidade dos operadores do Direito, juízes, advogados, membros do Ministério Público, policiais, etc. Somente a alteração legislativa será insuficiente para a adoção de um sistema processual penal acusatório e em conformidade com a constituição e os tratados de direitos humanos. Um devido processo penal somente será atingido com a mudança de seus personagens, não podemos esquecer que as leis são diretrizes de comportamento que valerão à medida em que seus aplicadores efetivamente se comportarem em conformidade com o que se espera deles. Somente se interiorizarmos as exigências democráticas é que poderemos construir um processo penal efetivamente acusatório e democrático.

6. Considerações finais

Em sede de conclusões provisórias, podemos destacar que o devido processo penal, ao longo de seus oito séculos de existência, passou por sérias transformações que alteraram significativamente seu conteúdo. Da simples impossibilidade de ser privado de bens ou da liberdade sem um julgamento, o devido processo legal ganhou contornos mais significativos pelos tratados de direitos humanos, realizados, principalmente após a barbárie da segunda guerra mundial. Atualmente não basta um julgamento, o juiz deve ser imparcial, deve haver presunção de inocência, ampla defesa, contraditório efetivo, participação na construção das decisões e, principalmente, cada ator processual deve atuar estritamente no papel que lhe foi designado pela Constituição, não podendo ocupar o papel de nenhum dos outros sujeitos processuais.

Dessa forma, o devido processo legal exige que sejam obedecidos os princípios do modelo constitucional de processo construído sob os pilares do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões.

Para que possamos construir um devido processo legal em conformidade com o modelo constitucional de processo é necessário definir claramente o papel de cada um dos sujeitos processuais, o juiz julga, o acusador acusa e a defesa defende, sem que nenhum dos sujeitos ocupe o lugar do outro.

A Constituição da República estabeleceu papéis claros para cada um dos sujeitos processuais, sendo certo que, ainda que de forma não expressa, adotou o modelo acusatório, porém, ainda temos uma legislação infraconstitucional inquisitória e, o que é mais grave, a mentalidade dos atores processuais, educados sob a vigência e a prática inquisitória, ainda formatados para um sistema autoritário e em desconformidade constitucional.

O Código de Processo Penal brasileiro já vige a mais de setenta anos e serviu a duas ditaduras, Estado Novo (1937-1945) e Ditadura Militar (1964-1984), sendo gestado pela primeira vigendo a maior parte de seu tempo servindo a governos ditatoriais. Sequer as várias alterações pontuais promovidas sob o atual regime constitucional democrático foram (e nem serão) capazes de mudar seu quadro autoritário e inquisitivo, pois o código tem o DNA do autoritarismo.

Apenas uma reforma integral, como a que está sendo proposta pelo NCPP é que será capaz de construir um modelo acusatório. Porém, a maior mudança é a de mentalidade dos operadores do processo penal, a iniciar por aqueles que são responsáveis pela elaboração do novo Código. Assim, apesar do novo texto ter significativos avanços, ainda deve ser criticado para que possa efetivamente constituir um modelo acusatório.

Por fim, resta salientar que a simples mudança legislativa não será capaz de alterar a realidade, é preciso a formação de operadores do Direito Processual Penal críticos e atentos às exigências constitucionais e de seu papel na construção do Estado Democrático de Direito, conscientes de seu papel e da importância do devido processo legal na forma constitucional e democrática.

Referências

AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal*. Valencia: Tirant ló Blanch, 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal – tomo 1*. Bogotá: Temis, 2000.

DALIA, Andrea Antonio. FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. Padova: Cedam, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson. *Processo Penal, Constituição e crítica (Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 475-485.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OMMATI, José Emilio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ORTH, John. V. *Due process of law: A brief history*. Kansas: University Press of Kansas, 2003.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

POSTIGO, Leonel Gonzáles. *La reforma procesal penal em latinoamérica. In Evaluación de la implementación del Sistema Penal Acusatorio em Panamá*. UNODC-CEJA, 2015, Disponível em: <www.cejaamericas.org>.

SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Data de Submissão: 29/07/2017

Data de Aprovação: 29/07/2017