

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Bruno Augusto Psendziuk Rodriguez

O DIREITO DE DEFESA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITIVO

PORTO ALEGRE

2017

BRUNO AUGUSTO PSENDZIUK RODRIGUEZ

O DIREITO DE DEFESA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITIVO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Política Criminal pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Dr. Mauro Fonseca Andrade

PORTO ALEGRE

2017

*A Rita levou meu sorriso
No sorriso dela
Meu assunto
Levou junto com ela
E o que me é de direito
Arrancou-me do peito
E tem mais
Levou seu retrato, seu trapo, seu prato
Que papel!
Uma imagem de São Francisco
E um bom disco de Noel*

Chico Buarque de Holanda

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao senhor Chico Buarque de Holanda por ter me feito a melhor e mais agradável companhia durante os dias e noites que passei escrevendo esta monografia. É impressionante como suas músicas, que foram gravadas nos anos 60 e 70, permanecem atuais! Agradeço, também, ao meu amigo, ou melhor, a meu irmão Guilherme, que deu a força necessária para que eu conseguisse, enfim, terminar o trabalho. A minha família, por sempre estar comigo, nas horas boas e ruins. A minha namorada e melhor amiga, pelo amor dado dioturnamente e por não me deixar desistir. A meu orientador, Prof. Mauro, por me ajudar a quebrar alguns paradigmas e fazer perceber que as coisas podem ser diferentes daquilo que comumente se ensina e se replica. A meu avô, *in memoriam*, por ter sido a pessoa mais simples e gentil que já existiu nesse planeta.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão visa compreender se havia ou não o direito de defesa no sistema processual penal inquisitivo. Para tal, aborda separadamente todos os sistemas, sendo eles o acusatório, o misto e o próprio inquisitivo, destacando seus conceitos, aspectos históricos e elementos fixos. Discorre também sobre o instituto do direito de defesa, com sua matriz histórica e evolutiva, de sorte a identificar o que vem a ser o instituto. Além disso, promove a classificação de acordo com a amplitude do direito e a presença do contraditório, podendo ser uma garantia natural, uma garantia fundamental, a ampla defesa contida, ou, ainda, a ampla defesa plena. Finaliza, concluindo que, no processo inquisitivo, não existiu uma única regra sobre o direito de defesa, ela variou de acordo com os diversos ordenamentos jurídicos existentes, razão pela qual a pesquisa apresenta, de forma individualizada, o resultado obtido por meio do estudo de documentos históricos, diferenciando o sistema inquisitivo no que diz respeito ao direito comum e ao direito canônico.

Palavras-chave: Sistema inquisitivo. Direito de defesa. Contraditório. Processo inquisitivo. Inquisição Católica.

ABSTRACT

The present conclusion work aims at understanding whether or not there have been the right of defense in inquisitorial criminal procedural system. For such work, it handles all systems separately, such as adversary system, mixed and inquisitorial, highlighting its concepts, historical aspects and fixed elements. It also addresses to the institute of right of defense with its historical and evolutionary source, in order to identify what the institute is. Moreover, it rates in accordance with the right amplitude and with the presence of contradictory, as such being able to be a natural assurance, essential assurance, the broad defense contained or yet the plenum broad defense. It ends concluding that within the inquisitorial system there was not an only rule about the right of defense, it had varied according to the several existing legal order. Therefore, the research brings in a separate form the results obtained through historical documents research, differentiating the inquisitorial system in respect to common and canonic rights.

Key words: Inquisitorial system. Right of defense. Contradictory. Inquisitorial process. Catholic inquisition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAI	10
1.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE SISTEMA ACUSATÓRIO	13
1.1.1 Aspectos históricos do sistema acusatório	13
1.1.2 Definição doutrinária do sistema acusatório	16
1.2 SISTEMA INQUISITIVO.....	18
1.2.1 Aspectos históricos do sistema inquisitivo.....	19
1.2.2 Elementos encontrados no sistema inquisitivo e sua definição	20
1.3 SISTEMA MISTO.....	22
2 O DIREITO DE DEFESA	26
2.1 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE DEFESA.....	27
2.1.1 O princípio do contraditório e da ampla defesa	29
2.1.2 A amplitude e temporalidade do direito de defesa.....	33
2.1.3 A classificação do direito de defesa	34
2.2 A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ COMO LIMITE AO DIREITO DE DEFESA	36
3 O DIREITO DE DEFESA NO SISTEMA INQUISITIVO	39
3.1 O DIREITO DE DEFESA NOS TRIBUNAIS ECLESIASTICOS	39
3.1.1 Inquisição Medieval – <i>Directorium Inquisitorium</i> e <i>Malleus Maleficarum</i>	41
3.1.2 Inquisição Espanhola – Instruções de Torquemada e de Valdés	45
3.1.3 Inquisição Romana – O fim do sistema inquisitivo eclesiástico	48
3.2 O DIREITO DE DEFESA NOS TRIBUNAIS SECULARES.....	49
3.2.1 Espanha – As Sete Partidas.....	49
3.2.2 Portugal – Ordenações Afonsinas.....	52
3.2.3 França – <i>Code Louis</i> 1670	54
3.2.4 Alemanha – Carolina.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho está, em um primeiro momento, no estudo do sistema processual penal inquisitivo, demonstrando as diferenças conceituais para com as vertentes acusatória e mista, de sorte a serem evidenciadas suas principais diferenças.

Após a elucidação de cada sistema processual, iremos propor a identificação dos seus elementos fixos, para que, ao fim e ao cabo, possamos, já no terceiro capítulo do trabalho, realizar um apanhado histórico dos textos legais atinentes ao sistema inquisitivo.

Em um segundo momento, o trabalho dirige-se à problemática da conceituação do direito de defesa como um todo, com a importante contextualização de sua natureza jurídica. Nesta seara, o importante será classificá-lo de acordo com a amplitude do direito, para tal buscamos esclarecer os argumentos dos diversos doutrinadores acerca deste tema, e delimitar os tipos de direito de defesa existentes.

No terceiro e mais importante momento, a pesquisa objetiva estabelecer uma relação franca e direta entre o sistema penal inquisitivo, o direito à defesa do acusado, e o contexto histórico no qual a sociedade estava inserida à época da utilização deste sistema.

Nota-se que muitos doutrinadores caracterizam o sistema inquisitivo como um modelo no qual há absoluta ausência do contraditório e, em razão disso, uma completa carência em matéria de defesa do acusado. Por outro lado, muitos defendem que o sistema só é inquisitivo quando presentes certas características comuns, e que nenhuma delas diz respeito ao direito de defesa do acusado, mas sim fala sobre a prescindibilidade do acusador ser diferente do juiz, e pelo fato do processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício.

Importante salientar que o enfoque dado é no sentido de esclarecer que, para se ter noção completa do sistema inquisitivo, é necessária uma incursão na realidade histórica, política e religiosa à época em que este modelo foi utilizado. Este é justamente o ponto crucial deste trabalho, pois espera-se que, amparados em dados historicamente comprovados, haja uma nova percepção sobre os direitos e as garantias do acusado neste sistema processual penal.

Outrossim, para uma conclusão mais precisa, a pesquisa lançou mão dos próprios textos originais das normas existentes no sistema inquisitivo, socorrendo-se

na doutrina para identificar quais seriam as leis e obras mais representativas da época. Neste aspecto, apresentaremos e classificaremos o direito de defesa em cada uma das insurgências da Inquisição Católica, em se tratando de direito canônico, e em diversos países da Europa medieval, tais como Espanha, Portugal, França e Alemanha, como forma de apresentar o sistema inquisitivo no direito comum.

O método dedutivo foi o processo escolhido para a consecução da pesquisa, razão pela qual o trabalho foi organizado em três capítulos, partindo-se do geral para o específico, de modo que cada capítulo traga premissas que permitam chegar à conclusão acerca da existência ou não do direito de defesa no sistema processual penal inquisitivo.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A definição dos sistemas processuais penais é debatida pela doutrina há muitos anos, sendo que os mais importantes sistemas utilizados ao longo da história são, sem sobra de dúvidas, os sistemas acusatório, inquisitivo e misto.

Antes, porém, faz-se mister definir o significado da palavra sistema, que, dentre suas possíveis acepções, nos interessa a que define como um “conjunto de elementos, concretos ou abstratos, intelectualmente organizado”¹, ou, ainda, uma:

Estrutura que se organiza com base em conjuntos de unidades interrelacionáveis por dois eixos básicos: o eixo das que podem ser agrupadas e classificadas pelas características semelhantes que possuem, e o eixo das que se distribuem em dependência hierárquica ou arranjo funcional.²

Ao abordar os pressupostos necessários ao estudo dos sistemas processuais penais, Mauro Fonseca Andrade apresenta o real significado da palavra sistema, cuja origem etimológica nos remete ao grego *systema*, que, por sua vez, tem origem na palavra *synístemi*, ou seja, “estar junto de”, ou, ainda, do Latim *systema, sistematis*, que significa “reunião”, “junção”.³

Identifica-se, portanto, que um sistema surge a partir de elementos comuns, que, agrupados e relacionados, formam uma unidade maior.

O professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho considera que:

Os diversos ramos do Direito podem ser organizados a partir de uma ideia básica de sistema: conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade. Assim, para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente, pelos referidos princípios inquisitivo e dispositivo.⁴

Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo, posteriormente, substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final século XVIII (em alguns

¹ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2585.

² *Ibidem*, p. 2585.

³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 36.

⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.

países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos.

Voltando à seara teórica dos sistemas aplicado ao processo penal, este pode ser definido como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas na aplicação do direito penal a cada caso concreto”⁵.

Destaca-se do conceito acima a feliz relação entre sistemas processuais e o momento político de cada Estado, pois observa-se, ao longo da história, que, em grosso modo, nos Estados ditos democráticos, o limite a atuação do Estado-juiz é delimitado pelos direitos e pelas garantias individuais, ao passo que, nos Estados totalitários, há uma maior amplitude do poder discricionário, o que, supostamente, acarreta em minoração ou supressão de tais garantias.

Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. A contrario sensu, no Estado totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida.⁶

Como visto, para a identificação de um sistema coeso, é necessária a classificação dos elementos indispensáveis e obrigatórios para a determinação de um sistema jurídico, neste sentido, a doutrina apresenta duas categorias de elementos, com funções completamente distintas.

Considerada a base axiológica para formação de um sistema, a primeira categoria, também denominada de *elementos fixos do sistema*⁷, é formada por uma gama de elementos obrigatórios que são responsáveis pela real distinção entre um sistema ou outro. Tais elementos são tão importantes e inflexíveis que, quando modificados, acabam por extinguir o sistema jurídico original, e fundando um sistema jurídico diferente do anterior.

A segunda categoria, doutrinariamente chamada de *elementos variáveis*⁸, opera-se a garantir a flexibilidade e a maleabilidade dos sistemas jurídicos, de sorte a permitir que tais elementos estejam presentes em vários sistemas jurídicos ou mesmo

⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

⁶ *Ibidem*, p. 49.

⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 39.

⁸ *Ibidem*, p. 40.

em nenhum deles, sem que esses sistemas percam sua identidade. Mauro Fonseca Andrade resume a participação dos elementos fixos e variáveis da seguinte forma:

Os elementos fixos são aqueles que sempre devem estar presentes em um determinado sistema jurídico, pois sua finalidade é permitir sua criação e diferenciação entre os sistemas já existentes. Eles podem ser considerados como o núcleo duro do sistema jurídico, fazendo com que não exista um sistema jurídico exatamente igual ao outro. Já os elementos variáveis são aqueles cuja presença não é obrigatória nos sistemas jurídicos, pois se destinam simplesmente a permitir sua mobilidade ou funcionamento. Isso implica dizer que esses elementos não determinam a existência ou natureza jurídica de um denominado sistema jurídico, pois poderão estar presentes ou ausentes ao longo de toda sua existência.⁹

A maior parte dos doutrinadores tende a tentar identificar a presença de todos, ou, pelo menos, dos principais elementos para definir qual é o sistema processual penal utilizado em cada Estado. De modo geral, e, por vezes, errôneo, definem como acusatório o sistema em que o juiz está impossibilitado de atuar ativamente no processo, existe a figura do acusador público, e há uma suposta igualdade absoluta entre as partes, ao passo que, no sistema inquisitivo, o juiz é encarregado da investigação, acusação e decisão final, em que a tortura é meio legítimo de prova. Por fim, muitos limitam-se a definir o sistema misto como uma mistura dos dois sistemas anteriormente citados¹⁰.

Sob este prisma, Mauro Fonseca Andrade enfatiza a importância da análise dos sistemas como uma construção histórica do processo penal, eis que: “os sistemas processuais nada mais são do que manifestações históricas de como o processo penal de um determinado período da história foi regulamentado”¹¹.

Segundo José Frederico Marques e Luigi Ferrajoli¹², o principal motivo para a pluralidade de posições sobre a correta configuração dos sistemas se dá pelo fato de ser mister o estudo da sua gênese, portanto, imperioso que o doutrinador se debruce sob uma fonte primária histórica e cientificamente comprovada, para, então, a partir daí, tecer conclusões que se aproximem da realidade.

⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 41.

¹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 52; CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82; e LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

¹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *op. cit.*, p. 45.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal**. 5 ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillo Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2001, p. 563.

Contrario sensu, identifica-se, na robusta doutrina processual penal Brasileira, uma certa despreocupação dos doutrinadores em buscar a sustentação de suas afirmações em fontes históricas, levando a seus manuais de direito conceitos simplistas e genéricos, sem a devida preocupação com a fonte histórica de sua sustentação. Tal leviandade é definida por Mauro Fonseca Andrade como “viajar às cegas. O resultado final é a proposição de um conceito sobre algo que não conhecem, a partir de um estudo que não foi feito sobre documentos que nunca foram lidos”.¹³

Portanto, alguns juristas rechaçam por completo a ideia de rotular o sistema unicamente pelas características simplórias apresentadas, o que nos leva ao rótulo no qual esta pesquisa se pretende afastar, de que não há respeito aos direitos do acusado no sistema processual penal inquisitivo.

1.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema processual penal acusatório tem origem no direito ateniense. Porém, sabe-se muito bem que este não foi o primeiro sistema a vigorar no berço da democracia.

1.1.1 Aspectos históricos do sistema acusatório

Conforme leciona Aristóteles, a sociedade ateniense estava organizada em um regime oligárquico¹⁴, em que as castas nobres detinham as terras, e os pobres, para cultivá-las, se submetiam a determinadas condições que, quando desrespeitadas, eram levadas aos magistrados para decidir sobre a aplicação da lei no caso concreto.

Obviamente, o aparato judicial servia para a manutenção da estrutura social vigente, ou seja, para a manutenção das garantias dos ricos em explorar e tornar escravos os pobres, sendo que o processo estava organizado sob um modelo inquisitivo, no qual, aos magistrados, era incumbida as tarefas de iniciar, instruir e julgar o processo¹⁵.

¹³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p.45.

¹⁴ ARISTOTELES. **La Constitución de Atenas**. 3 ed. Tradução de Antonio Tovar. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 47.

¹⁵ PAOLI, Ugo Enrico. **Studi sul Processo Atico**. Padova: Cedam, 1993. apud ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 59.

Esta situação opressiva operou até o final do século VI a.C., quando o povo, por fim, se rebelou contra a oligarquia instalada. Uma nova constituição foi formulada para Atenas, encontrando nela elementos importantes, tais como a abolição da escravidão em relação às pessoas que contraíram dívidas.

Por outro lado, houve profundas mudanças na forma de entender a justiça, uma vez que se tornou possível o povo fazer parte dos tribunais, concedendo o direito de apelar a um tribunal popular as decisões dos magistrados, além do livre acesso à justiça, bem como, o acesso à justiça por meio das ações populares, nascia aí os contornos daquilo que viria a ser conhecido como sistema acusatório¹⁶.

Nasceu, então, o modelo processual ateniense, cujo rito se dava da seguinte forma:

1) o autor realizava a citação verbal do acusado da presença de testemunhas que, em geral, eram duas; 2) antes de apresentar a acusação, o autor deveria prestar juramento de que não exerceria seu direito com má fé; 3) posteriormente à citação do acusado, mas antes de seu comparecimento ante o magistrado, este último deveria receber do autor seus escritos de acusação constando os fatos e fundamentos jurídicos, assim como um depósito em dinheiro; 4) o período de investigação pelas partes, que, em alguns casos era de trinta dias, começava com o comparecimento do acusado; 5) estando suficientemente instruído com elementos colhidos durante a investigação, o magistrado fixava o dia dos debates e a composição do tribunal; 6) o primeiro a falar era o acusador, e depois o acusado, ambos com igual tempo; 7) terminados os debates, os juízes proferiam a decisão sobre o mérito, relativa à condenação ou absolvição do acusado; 8) se o acusado era condenado, se realizava uma segunda sessão de debates, destinada a discutir a pena a ser aplicada; 9) os juízes estavam vinculados às penas requeridas, não podendo aplicar outras; e 10) se fosse condenado à morte, o acusado era imediatamente preso para execução da sentença.¹⁷

Importante para a contextualização histórica do sistema acusatório, o processo penal romano apresentou, por meio da *lex Actilia repetundarum*, o primeiro tribunal criminal criado para repressão de todos os tipos de crimes, políticos ou comuns.

Suas características, datadas do período republicano, apontam para o que a doutrina classifica como a mais perfeita organização do sistema acusatório no mundo antigo, pode-se destacar, entre elas: a) havia um tribunal para cada assunto, presidido por um Pretor; b) os juízes deveriam prestar juramento de aplicarem a lei e o processo, devendo ficar em silêncio durante os debates; c) os cidadãos romanos eram eleitos e,

¹⁶ ARISTOTELES. **Política**. Livro II. 1273b. Coleção Los Clássicos de Grecia y Roma. Tradução de Manuela García Valdés. Madri: Gredos, 2000, v. 30, p. 102.

¹⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *op. cit.*, p. 63.

posteriormente, sorteados para compor o tribunal, sendo permitido às partes recusar um determinado número de julgadores; d) as sessões de julgamento eram, salvo exceções, abertas ao público, garantindo maior transparência; e) o processo somente poderia ser instaurado por iniciativa de um acusador distinto dos julgadores e do Pretor; f) qualquer cidadão romano possuía legitimidade ativa; g) para um processo ser levado a julgamento, o acusador deveria apresentar uma *postulatio* ante ao Pretor, a fim de examinar seus requisitos formais, para, só então, receber a autorização para acusar perante o tribunal; h) após a concessão desta autorização, ao acusador, era incumbida a tarefa de investigar e produzir provas; i) em regra, o acusado respondia o processo em liberdade; j) o acusado poderia constituir defesa técnica e assistência jurídica; k) eram permitidas as provas testemunhais, o direito ao silêncio do réu, e a tortura em relação a escravos; l) após a produção e apresentação das provas, passava-se aos debates orais; e m) finalizados os debates, os julgadores passavam a votar a decisão; não havia possibilidade de recurso¹⁸.

O sistema processual penal acusatório ganhou seus contornos clássicos no Direito Inglês, no reinado de Henrique II, quando foi instituído, em 1166, o chamado *trial by jury*, no qual o julgamento popular se dividia em duas etapas: a da admissão da acusação e a da aplicação do direito material ao caso. O representante do rei, equivalente ao juiz-presidente, “não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, e acusação e defesa”¹⁹.

A organização do Estado, então, para garantir a necessária separação de funções, cria um órgão próprio: o Ministério Público, com origem nos procuradores do rei da França do final do século XIV²⁰. Será o órgão ministerial, assim, o responsável pela propositura da ação penal quando pública; mantendo-se a iniciativa da ação penal privada, ou a dependente de representação, nas mãos do particular.

1.1.2 Definição doutrinária do sistema acusatório

¹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 84-99.

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 04.

²⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

Surgem, assim, três personagens: o juiz, órgão imparcial de aplicação da lei a ser provocado; o autor, responsável pela acusação; e o réu, que não é visto como um mero objeto do processo, exercendo seus direitos e suas garantias.

Com base nos ensinamentos de Goldschmidt, Aury Lopes Jr. explica que “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes”²¹.

Dessa forma, no sistema acusatório, o magistrado deixa de reunir em suas mãos as três funções, manifestando-se, apenas, quando devidamente provocado, garantindo-se, desse modo, a imparcialidade do julgador, última razão do processo acusatório.

Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois evitam-se eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do “juiz apaixonado” pelo resultado de sua labor investigadora e que, ao sentenciar, olvidam-se os princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação²².

Quanto à essência do sistema acusatório, para autores como Eugênio Pacelli, Paulo Rangel e Hélio Tornaghi, ela está na separação das funções de acusar, defender e julgar²³. Contudo, esta não é uma posição pacífica na doutrina. Para Joaquim Canuto, por exemplo, a decisão fundamentada com o que consta nos autos, em conjunto com outras características típicas, é o que define o sistema acusatório puro e o que afasta por completo o poder inquisitório do juiz.

O poder inquisitório do juiz é amplo ainda quando às partes é dado requerer a instauração do procedimento, definitivo ou preliminar. Permanece quando lhes é possível instruir o juízo por meio de alegações e produção de meios de prova. Restringe-se, quando o juiz é obrigado a atender a tais pedidos de produção de provas por outro motivo que não seja a demonstração da existência do crime e da autoria; ou quando o juiz é obrigado a instaurar procedimento sempre que requerido pelo autor. Diminui, ainda mais, quando o juiz não pode ter a iniciativa para proceder; e anula-se, definitivamente, se o juiz não pode senão julgar segundo o alegado e provado pelas partes. Este é o tipo processual acusatório puro²⁴.

²¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

²² *Ibidem*, p. 120.

²³ Também nesse sentido se posicionam Gimeno Sendra e Armenta Deu. *apud, Ibidem*, p. 129.

²⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: RT, 1975, p. 120. *apud* RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 52.

Já Jacinto Coutinho e Aury Lopes Jr. consideram que é a gestão da prova exclusivamente nas mãos das partes, figurando o juiz como mero espectador, que constitui o princípio dispositivo o qual fundamenta o sistema acusatório²⁵.

No sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de *judge made law*). Aliás, O processo penal inglês, assim, dentro do *common law*, nasce como um autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova. (...) É elementar que um processo calcado em tal base estruturasse uma cultura processual mais ardua a manipulações, mormente porque o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados²⁶.

Diferentemente das teorias acima defendidas, o professor Mauro Fonseca Andrade leciona que o sistema processual penal acusatório apresenta apenas dois elementos fixos, que são, portanto, inerentes e obrigatórios a este sistema. O primeiro deles é a clara separação entre as figuras do julgador e acusador, ao passo que o segundo diz respeito sobre o ajuizamento da acusação, que determina a abertura do processo. Este último elemento faz surgir a noção de que o inquérito, no sistema acusatório, constitui atividade de natureza administrativa²⁷. Todas as demais características apresentadas seriam elementos variáveis do sistema penal acusatório.

No aspecto negativo, a principal crítica a este sistema sempre foi, e segue sendo, em relação à inércia do juiz, que, ao deixar exclusivamente nas mãos dos litigantes a produção probatória, terá que se conformar com “as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado”²⁸.

Para alguns juristas, outra crítica reside na não aplicação deste sistema, pois, independentemente de sua característica fundante, fato é que, diante da atual estrutura democrática estatal, diferentemente do que ocorre na maioria dos ordenamentos que adotam o sistema misto, “o sistema acusatório é um imperativo do

²⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134-135.

²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

²⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 265.

²⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

moderno processo penal”, e deve ser aplicado de forma efetiva e não como mera promessa²⁹.

1.2 SISTEMA INQUISITIVO

O termo “inquisitivo”, nos dicionários³⁰, refere-se à inquisição, que designava, no início, o processo adotado desde o século XII pelos tribunais eclesiásticos para investigação criminal, tendo sido o papa Gregório IX quem, no século XIII, instituiu a Inquisição como justiça e tribunal eclesiásticos da Idade Média que julgava os delitos contra a fé, em sua forma definitiva e persecutória, com o objetivo de exterminar aqueles considerados hereges.

Entretanto, sua origem é, na verdade, muito anterior à inquisição medieval, sendo registrada ainda na Antiguidade clássica, que nos permitiu observar a variação entre a aplicação do sistema acusatório e inquisitivo inserido nos diversos períodos de estudo do direito romano.

Neste capítulo do trabalho, apresentaremos o sistema inquisitivo de forma sucinta, para que, no terceiro e derradeiro momento desta pesquisa, possamos aprofundar no sistema e contextualizar as principais inovações apresentadas em relação ao direito de defesa durante o seu período de vigência.

1.2.1 Aspectos históricos do sistema inquisitivo

O principal marco constitutivo do sistema inquisitivo data de 380 d.C., quando houve a assunção do Cristianismo como religião oficial do Império Romano. A partir daí o sistema inquisitivo, passa a ser adotado pelo direito canônico, fato que garantiu a sobrevivência deste modelo até a sua reinserção na Idade Média³¹.

Com o término do Império Romano, surgiu a figura do direito local, que possuía, ainda, características acusatórias, ainda que de forma simplificada e sem as garantias

²⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

³⁰ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1623.

³¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal**. 1 ed. 4 reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 11.

processuais romanas ou atenienses, e era exercido pelos senhores feudais de onde ocorria o litígio³².

Com o passar dos séculos, a existência do direito local passou a colidir diretamente com os interesses das monarquias instaladas, estas que, por sua vez, trabalhava no sentido de promover uma profunda mudança política na época, por meio da centralização do poder nas mãos dos reis.

Para a consolidação daquilo que futuramente viria a ser conhecido como monarquia absolutista, um dos expedientes utilizados foi a reforma do sistema jurídico, retirando dos senhores feudais a atribuição de julgar e concentrando todo o poder jurisdicional na figura do rei. Para tal, um novo sistema deveria surgir que viesse a substituir o anterior, sendo que o modelo que melhor se adaptava a estas necessidades era o proveniente do direito canônico, ou seja, o sistema inquisitivo³³.

Sobre a origem do sistema inquisitivo, o professor Paulo Rangel leciona que:

Surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Surgiu com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal no acusatório privado anterior. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares.³⁴

1.2.2 Elementos encontrados no sistema inquisitivo e sua definição

As manifestações históricas do sistema inquisitivo levam a doutrina a constatar certos elementos comuns, muito bem exemplificadas pelo professor Mauro Fonseca Andrade em sua obra sobre Sistemas Processuais Penais, vejamos:

O exame das fontes formadores do sistema inquisitivo torna possível que outros elementos, além dos comumente citados, façam parte deste rol representativo dos elementos mais ligados a tal sistema. Na nossa visão, as manifestações do sistema inquisitivo permitem representa-lo como, via de regra, sendo constituídos pelos seguintes elementos: a) o acusado é prescindível ao processo, o que não implica sua completa exclusão do sistema inquisitivo; b) o processo pode ser instaurado com o ajuizamento de uma acusação, *notitia criminis* ou de ofício; c) o órgão encarregado de julgar está formado por funcionários públicos, abandonando o modelo que admitia

³² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 279.

³³ *Ibidem*, p. 280.

³⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

representantes do povo; d) a persecução criminal é regida pelo princípio da oficialidade; e) o procedimento é secreto, escrito e sem contraditório efetivo; f) há desigualdade entre as partes; g) a obtenção de provas é uma tarefa inicial do juiz, ao invés de ser confiada exclusivamente às partes; h) o juiz que investiga também julga; i) o sistema de provas é o legal, com sua divisão em prova plena e semiplena; j) para a obtenção da prova, admite-se a tortura do imputado e das testemunhas; l) possibilidade de defesa quase nula; m) possibilidade de recurso contra decisão de primeira instância; e n) nulidade como consequência das inobservância das leis e formas estabelecidas.³⁵

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação³⁶.

Ademais, a publicidade dos atos processuais, que predominava no começo, foi, aos poucos, substituída pelos processos sigilosos. “As sentenças, que, na época Republicana, eram lidas oralmente desde o alto do Tribunal, no Império assumem a forma escrita e passam a ser lidas na audiência”³⁷.

Mais uma vez, a não pacificação doutrinária quanto à característica fundante dos sistemas se reflete, também, no modelo inquisitivo. Apesar de grande parte dos autores enxergarem a concentração das funções em uma só mão seu caráter principal, Jacinto Coutinho defende a posição de que a gestão da prova é a responsável por estruturar o sistema por meio do princípio inquisitivo, cabendo ao julgador, como juiz inquisidor, gerir a prova, o que fundamentaria o sistema inquisitório.

Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor³⁸.

³⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 359.

³⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

³⁷ *Ibidem*, p. 119.

³⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 4.

Nos moldes do sistema inquisitivo, portanto, o juiz acaba não formando seu convencimento diante das provas dos autos que, anteriormente, teriam sido trazidas pelas partes, “mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação”³⁹.

Por outro lado, o processo tem o claro objetivo da obtenção da confissão do acusado, na medida em que se permite o uso de diversos expedientes que visam única e exclusivamente a obtenção da “rainha das provas”⁴⁰.

Juan Montero Aroca critica a expressão “processo inquisitivo”, afirmando que:

[...] o denominado processo inquisitivo não foi e, obviamente, não pode ser, um verdadeiro processo. Se este se identifica como *actum trium personarum*, em que ante um terceiro imparcial comparecem duas partes parciais, situadas em pé de igualdade e com plena contradição, e apresentam um conflito para que aquele o solucione aturando o direito objetivo, algumas das características que temos indicado próprias do sistema inquisitivo levam inevitavelmente à conclusão de que esse sistema não pode permitir a existência de um verdadeiro processo. Processo inquisitivo se resolve assim em uma contradição entre termo.⁴¹

Paulo Rangel, no entanto, discorda da posição de Aroca, considerando o processo inquisitivo sim um processo, que apenas teria certas marcas que o identificam com a inquisição, como o papel do autor e do julgador na mesma pessoa, que acaba por retirar algumas garantias constitucionais do acusado⁴².

³⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

⁴⁰ Coutinho, ao tratar do sistema da prova tarifada ou legal, ensina que “muitas legislações aceitaram a previsão da possibilidade do juiz incorrer em erro, no momento de valoração dos meios de prova utilizados, razão pela qual fixou-se, na lei, uma hierarquia de valores referentes a tais meios. Veja-se, neste sentido, o sistema processual inquisitório medieval, no qual a confissão, no topo da estrutura, era considerada prova plena, a rainha das provas (*regina probationum*), tudo como fruto do tarifamento previamente estabelecido. Transferia-se o valor do julgador à lei, para evitar-se manipulações; e isso funcionava, retoricamente, como mecanismo de garantia do arguido, que estaria protegido contra os abusos decorrentes da subjetividade. Sem embargo, a história demonstrou, ao revés, como foram os fatos retorcidos, por exemplo, pela adoção irrestrita da tortura.”

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5.

⁴¹ AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal**, p. 28-29. apud RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 50.

No mesmo sentido, Edilson Bonfim diz que “A rigor, a denominação ‘processo inquisitório’ somente tinha pertinência em um momento histórico – na época das monarquias absolutas – em que não havia uma bem demarcada distinção entre as funções administrativas e as jurisdicionais, confiando-se ambas as funções aos distintos órgãos a um só tempo, e os então impropriamente chamados ‘tribunais’ aplicavam penas sem a realização de um processo. Logo, eram ‘inquisitoriais’, mas não configuravam, obviamente, um sistema processual. Assim, a denominação ‘processo inquisitório’ parece-nos incorreta, pois ‘não foi e não pode ser, obviamente, um verdadeiro processo’”.

BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61-62.

⁴² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 50.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

Adequada ou não a expressão, a melhor definição sobre o sistema inquisitivo ainda pode ser observada na obra de Mauro Fonseca Andrade, que, após ampla pesquisa histórica e doutrinária, define que será considerado inquisitivo o sistema processual que possuir dois elementos fixos: o prescindibilidade do acusador ser diferente do juiz, e pelo fato do processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz⁴³.

1.2 SISTEMA MISTO

Com a Revolução Francesa, os movimentos filosóficos da época acabaram por repercutir, também, na esfera do processo penal, retirando, aos poucos, características do modelo inquisitivo, em prol da valorização que passou a ser dada ao homem. Esse momento coincidiu com a promulgação do código de instrução criminal francês de 1808, dando início à passagem para o sistema processual penal misto, predominante até hoje⁴⁴.

Entretanto, a origem do sistema misto acima invocado, que é defendido por uma grande gama de doutrinadores, tende a estar equivocada. Para melhor compreensão do tema, é fulcral que, em um primeiro momento, sejam definidos os elementos fixos do sistema misto, para que, então, possa ser comparado com os ordenamentos jurídicos existentes ao longo da história.

Neste sentido, Mauro Fonseca Andrade definiu que são elementos fixos do sistema misto: a presença do princípio acusatório e o fato de que o processo deve ser iniciado sem uma acusação, “em outras palavras, seu processo será necessariamente bifásico, já que a função da acusação – que é o resultado prático do princípio acusatório – é iniciar uma segunda etapa do processo”⁴⁵.

Considerando o importante levantamento histórico produzido nesta pesquisa, nos deparamos com as instruções de dezenove e vinte de Torquemada, cujo teor apresenta a criação da figura do fiscal, que detinha, entre outras funções, a

⁴³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 395.

⁴⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

⁴⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. *op. cit.*, p. 425.

exclusividade da atividade acusatória, ou seja, estava, portanto, dissociada a figura do acusador e do julgador, característica do princípio acusatório⁴⁶.

Em caráter complementar, as instruções publicadas em 1561, por Dom Fernando Valdés, deixavam claro que o processo começa pela denúncia⁴⁷, tornando a *inquisitio* uma atividade interpretada como pré-processual.

Pois bem, a partir da inteligência da norma, é possível concluir que a origem real do sistema misto é 1561, quando se deu a conjunção das instruções nº 19 de Torquemada e, coincidentemente, a nº 19 de Valdés.

Contudo, não se pode negar que, de fato, o código de instrução criminal francês de 1808, ou simplesmente *Code* de 1808, exerceu um importante papel civilizatório no processo penal. Isso se reforça quando consideramos o fato de que, após sua promulgação, diversos países europeus e americanos passaram a adotá-lo como modelo de codificação⁴⁸.

Uma importante característica do *Code* de 1808 foi a desvinculação do fundamentalismo religioso católico da lei processual penal, isto, sem dúvidas, serviu para afirmar a França como um Estado laico.

Sob o prisma processual, é inegável que o *Code* de 1808 promovia uma ruptura entre o sistema inquisitivo defendido pelas monarquias absolutas, acarretando em um enfrentamento entre um sistema duro estabelecido, e um recém-criado para combater seus excessos. Neste sentido, Mauro Fonseca Andrade conclui que:

Com a progressiva queda do sistema inquisitivo entre aquelas nações, e inserção do modelo de processo pretendido por Napoleão e seu corpo de juristas, fica fácil entender o CIC de 1808 como um verdadeiro divisor de águas na história do direito.⁴⁹

Nas palavras de Paulo Rangel, o *Code* de 1808:

Tem fortes influências do sistema acusatório privado de Roma e do posterior sistema inquisitivo desenvolvido a partir do Direito Canônico e da formação dos Estados nacionais sob o regime da monarquia absolutista. Procurou-se com ele temperar a impunidade que estava reinando no sistema acusatório, em que nem sempre o cidadão levava ao conhecimento do Estado a prática da infração penal, fosse por desinteresse ou por falta de estrutura mínima e necessária para suportar as despesas inerentes àquelas atividades; ou,

⁴⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal**. 1 ed. 4 reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 35-37.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 107.

⁴⁸ *Idem*. **Código de Instrução Criminal Francês de 1908**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 15.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 21.

quando levava, em alguns casos, fazia-o movido por um espírito de mera vingança. Nesse caso continuava nas mãos do Estado a persecução penal, porém feita na fase anterior à ação penal e levada a cabo pelo Estado-juiz. As investigações criminais eram feitas pelo magistrado com sérios comprometimentos de sua imparcialidade, porém a acusação passava a ser feita, agora, pelo Estado-administração: o Ministério Público.⁵⁰

Por fim, a mais importante inovação é a formação de um Ministério Público muito aproximado com a instituição em seu formato atual, porquanto o *Code* de 1808 é considerado por muitos como o texto estruturante do Ministério Público contemporâneo⁵¹.

Não obstante o todo já demonstrado sobre o sistema processual misto, sofre ele com algumas críticas. Percebe-se, com o estudo, que o sistema misto não se elege como o melhor sistema processual penal, pois sofre com a influência de dois sistemas muito mais difundidos e claros.

Paulo Rangel critica esse sistema em poucas palavras: “Entendemos que o sistema misto (juizado de instrução), não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação”⁵².

Mauro Fonseca de Andrade refere que a “dificuldade em indicar os principais elementos do sistema misto bem demonstra uma dura realidade: ela é intrínseca à própria existência do misto como um sistema diverso de seus antecessores”⁵³.

Na opinião de Mauro, “a configuração do sistema misto seria a soma de um elemento fixo do sistema inquisitivo e outro elemento fixo do sistema acusatório”, quais sejam: a abertura do processo pode ocorrer de ofício ou por meio de *notitia criminis*; e a necessidade de um acusador distinto do juiz⁵⁴. Acerca dos demais elementos, assim assevera o autor:

Quanto aos demais princípios que se fazem presentes nos sistemas acusatório e inquisitivo, por certo que eles se incorporariam ao sistema misto. E assim o é porque, na atualidade, não se admite um processo sem a presença dos princípios da oralidade, publicidade, segredo, possibilidade de recurso, entre outros.

⁵⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 51.

⁵¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Código de Instrução Criminal Francês de 1908**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 23.

⁵² RANGEL, Paulo. *op. cit.*, p. 52.

⁵³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 423.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 425.

E conclui:

Entretanto, a presença deles não se dá de forma obrigatória, conforme deixou clara a própria história dos sistemas acusatório, inquisitivo e misto, razão pela qual foram erigidos à categoria de seus elementos variáveis.⁵⁵

Conclusivamente, temos que o sistema misto surgiu para dar fim as arbitrariedades do sistema inquisitivo, em que pese residir em seu núcleo algumas características deste, pode-se, portanto, ser considerado como um mal necessário, uma vez que a plena aplicação do sistema acusatório na sociedade contemporânea é uma realidade utópica e distante.

No próximo capítulo, será tratado o direito à defesa, com o fito de melhor compreender o instituto, para, após, ser feita a relação com o sistema inquisitivo, que é o foco central do presente trabalho de conclusão.

⁵⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 425.

2. O DIREITO DE DEFESA

O direito de defesa tem sido encarado ao longo da história como algo em que se deve crer, mas nem sempre se deve praticar. A reação das pessoas ante os mais bárbaros crimes flexibiliza a ideia de que o direito de defesa é um privilégio de uma sociedade justa, isso porque atrelada ao direito de defesa está a equação vingança-castigo⁵⁶, que é um forte sentimento de justiça que, em seu íntimo, trespassa a garantia à defesa do criminoso.

A ideia da vingança como um ideal de justiça foi bem analisada por Hans Kelsen, chamando-a de princípio retributivo. Segundo o autor,

O princípio de justiça retributiva historicamente mais importante é o da retribuição. Ele exige uma pena para a falta ou ilícito e tem, sob este aspecto, psicologicamente, sua raiz no instinto vingativo do homem. Na medida em que o direito é uma ordem estatuidora de sanções, e as sanções consistem na aplicação coativa de um mal como reação contra um ilícito, o direito – todo o direito – corresponde ao princípio da retribuição.⁵⁷

Segundo Kelsen, o princípio da retribuição estipula que cada ação boa ou má deve seguir seu prêmio ou castigo⁵⁸. Obviamente que não há espaço em uma sociedade moderna para fundamentos tão próximos à lei de Talião, surge, portanto, o direito de defesa como um importante e poderoso instrumento como forma de prover a rigorosa e necessária proporcionalidade ao direito de vingança.

O direito de vingança sempre manifesta-se atrelado à manutenção da ordem. Nas sociedades primitivas, era encarado como uma compensação ao prejuízo do crime, em culturas modernas, fundamentavam a atuação judicial⁵⁹. Na primeira, havia presença constante de elementos julgados por Posner como brutais e emocionais, com o rotineiro uso da autotutela para atingir uma reparação a um senso de honra que, muitas vezes, variava de indivíduo a indivíduo⁶⁰. Já na segunda, há grande atuação do Estado dentro de ritos e regras pré-estabelecidas que, ao fim e ao cabo,

⁵⁶ Paul Ricoeur ressalta que “o castigo do delito se manifesta na concretização da vingança” ao considerar o castigo como uma ideia de expiação, e a justiça como a vingança apropriada ao poder judiciário. RICOEUR, Paul. **Le juste**. Paris: Éditions Esprit, 1995, p. 190. apud FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007, p. 115.

⁵⁷ VARAUT, Jean-Marc. **Le procès de Nuremberg**. Paris: Perrin, 2002, p. 399. apud FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007, p. 119.

⁵⁸ KELSEN, Hans. **A justiça e o Direito Natural**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 66.

⁵⁹ FORSTER, Nestor José. *ob. cit.*, p. 120-121.

⁶⁰ POSNER, Richard A. **Droit em littérature**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 35-36. apud *Ibidem*, p. 119.

visam garantir por meio da atividade jurisdicional a vingança almejada, trata-se, portanto, de uma racionalização da vingança⁶¹.

O direito de defesa surge, portanto, a partir da necessária limitação ao *direito de vingança*, que, por vezes, também representa a ânsia social de uma determinada localidade, colocando em rota de colisão o direito de defesa e os interesses da sociedade, tornando-o, por vezes, de difícil aceitação.

Por outro lado, idealizar o direito de defesa quando nos colocamos no lugar do acusado, assumindo que todas as pessoas são sujeitos capazes de cometer delitos, portanto, o resguardo defensivo é necessário em uma sociedade que se detenha minimamente a conter a autotutela e o excesso de pena.

Para uma melhor compreensão do direito de defesa, partiremos para a construção doutrinária do que vem a ser seus principais elementos e princípios atrelados, para, então, em um segundo momento, verificarmos a incidência deste direito em célebres, e até míticos, julgados da história.

2.1 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE DEFESA

A expressão *defesa* está indissolavelmente unida ao fenômeno jurídico, seja solitariamente ou, ainda, acompanhada de outras, como *direito*, *exercício*, *ação*. Em seu significado originário, defesa, do Latim *defensa*, é a oposição a um perigo de dano, ou, ainda, a rechaço a uma agressão. A partir de uma perspectiva sociológica, na concepção de Alex Carocca Pérez, “*la defensa es um impulso vital que tende a procurar la permanência de lo que está creado, frente a las acciones contrarias que pretenden destruirlo*”⁶². Neste sentido, trata-se de um conceito que deriva do instinto de sobrevivência dos seres humanos, que leva a opor reações frente a qualquer ameaça contra sua própria integridade.

Esta constatação permite situar a origem do instituto como um fenômeno anterior e superior a qualquer configuração jurídica, demonstrando a ideia de que defesa é uma condição natural do homem, uma resposta a uma ofensa, que passa a ser um antecedente lógico e necessário ao exercício de defesa.

⁶¹ VARAUT, Jean-Marc. **Le procès de Nuremberg**. Paris: Perrin, 2002, p. 399. *apud* FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007, p. 119.

⁶² A defesa é um impulso vital que tende a procurar a permanência do que está criado, frente as ações contrárias de quem pretende destruí-lo. PEREZ, Alex Carocca. **Garantía Constitucional de La Defensa Procesal**. Barcelona: JMB, 1998, p. 13.

O direito de defesa figura nas mais diversas constituições como “um direito inerente ao homem, dos quais não se pode o privar e que todo o Estado de Direito se obriga a proteger”⁶³. Esta classificação é de suma importância para a compreensão do direito de defesa como um princípio geral do direito positivado na forma de direito fundamental⁶⁴.

Na discussão acerca da natureza dos direitos fundamentais, Dominique Rousseau salienta que:

A fundamentalidade do direito é primária, um direito não é fundamental porque ele é constitucional, ele é constitucional por que ele é fundamental, e pode ser fundamental sem ser constitucional.

E conclui:

Um direito é fundamental, porque ele enuncia um valor no qual o constituinte, o legislador, os Estados-Partes num tratado, os juízes, quiseram conceder-lhe uma posição saliente. A liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão, são antes de tudo palavras que expressam valores, isto é, aos quais os homens, num momento dado, acham-se ligados por um sentimento durável, e, para fazer tais valores produzir efeitos jurídicos, eles os inscrevem nos direitos que se tornam fundamentais porque deles expressam, exatamente, o sentido fundamental do valor assim acolhido pelo direito.⁶⁵

Extrai-se daí da ideia de separação entre condição de fundamentalidade e direito fundamental. Segundo Rousseau, a condição de fundamentalidade, essencialmente vinculada ao direito natural, está acima e fora do direito positivo, pois exprime valores inerentes ao Estado de Direito, tais como a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão, que não necessariamente será abarcada pela norma.

Já os direitos fundamentais seriam a positivação de quais valores que, por sua relevante importância, permeiam os ordenamentos jurídicos da maioria dos países do mundo. Em última análise, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como um trabalho de objetivação do direito, como forma de garantir a sua aplicabilidade.

⁶³ FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007, p. 129.

⁶⁴ GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 15.

⁶⁵ ROUSSEAU, Dominique. **Droits fondamentaux, expression du principe de dondamentalité. Dictionnaire de la justice** Paris: Presses Universaires de France, 2004, p. 374. *apud* FORSTER, Nestor José. *op. cit.*, p. 130.

Nesta esteira, as concepções doutrinárias atribuem ao direito natural a condição de critério ético para aferir o grau de legitimidade do direito fundamental⁶⁶, em que pese a prevalência do entendimento de que a norma jurídica positiva não pode revogar os mandatos e as proibições naturais, especialmente porque as normas naturais se fundam em critérios de justiça e dignidade da pessoa humana. Deverá existir, portanto, parcimônia entre os preceitos dogmáticos do direito natural, e a norma posteriormente positivada como direito fundamental.

No regime democrático adotado expressamente entre nós, o direito de defesa se insurge como uma clara proteção do cidadão contra o poder do Estado-juiz, e, ao mesmo tempo, delimita e norteia as fronteiras do seu poder. É considerado por Forster como “a emanção do próprio Estado Democrático de Direito”, que tem como função básica “assegurar a efetividade plena dos direitos fundamentais, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a dignidade e a justiça”⁶⁷.

Sendo assim, embora desnecessária a positivação no sentido de criação do direito, é importante ressaltar o benefício da positivação quando se tem em conta a questão sobre o controle jurisdicional dos princípios jurídicos, pois os caminhos e meandros processuais garantem uma aplicação mais célere e efetiva dos institutos constitucionalmente reconhecidos.

Acerca de sua natureza jurídica, conclui-se que o direito à defesa é um direito natural que tem sua eficácia confirmada pela positivação na forma de direito fundamental.

2.1.1 O princípio do contraditório e da ampla defesa

O direito de defesa reside, eminentemente, no princípio do contraditório e da ampla defesa, que, por sua vez, são considerados pela dogmática como a própria razão do processo⁶⁸. Tal conotação surge pois seu núcleo jurídico radica na possibilidade de haver uma pretensão resistida, característica intrínseca da própria natureza do direito, já que, onde não há liberdade, não há direito.

⁶⁶ GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 17.

⁶⁷ FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007, p. 132.

⁶⁸ GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. *op. cit.*, p. 14.

Ainda que apresentem significados diferentes, o contraditório e a ampla defesa são aspectos do mesmo direito subjetivo, pois necessitam coexistir para que o direito de defesa tenha efetividade. O primeiro decorre do segundo, e, para a compreensão do direito de defesa como um todo, é mister que abordemos com necessária profundidade cada um destes princípios.

Acerca da distinção, é importante o conceito abordado pela professora Helena de Toledo Coelho Gonçalves:

A distinção é semântica, pois ampla defesa tem por referencial o direito de alguém se defender por todos os meios permitidos na lei e em igualdade de condições, e o contraditório significa o direito de apresentar razões e contrarrazões, prova e contra prova.⁶⁹

No conceito de ampla defesa prevalece uma conotação material, ou seja, trata-se do direito subjetivo inerente ao indivíduo, exercer ou não a defesa contra acusações as quais devem ser provadas.

No contraditório, a conotação é formal, igualmente subjetivo, pois depende do interesse do agente, mas que se resolve com a oportunidade do interessado em manifestar-se no processo. É a oportunidade que as partes, seja acusador seja acusado, em expressarem suas considerações sobre todos os atos e todas as provas produzidas ao longo da instrução.

No contraditório, prevalecem os aspectos jurídico-formais manifestos na processualística, enquanto que na ampla defesa prevalecem os aspectos jurídico-materiais advindos de valores éticos e morais respectivamente consagrados.⁷⁰

Ou seja, a ampla defesa se caracteriza mais por um sentimento que leva o titular a procurar os meios de fazê-la valer, o que exigem o exercício dos atos jurídicos característicos do contraditório. Pautado nessas premissas, Artur Souza questiona a natureza principiológica do contraditório:

Considerando que a noção de princípio é bastante ampla, aplicando-se indistintamente a diversas hipóteses, a noção de contraditório contrapõem-se a tal entendimento, pois se trata de conceito específico, aplicando-se a hipóteses definidas. O contraditório é, na verdade, a realização mesmo do,

⁶⁹ GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 43.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 44.

este sim, princípio da ampla defesa, eis que*, como visto, não se tem ampla defesa em a participação das partes em contraditório.⁷¹

Advém destes conceitos a ideia de que o contraditório é um instrumento jurídico-formal utilizado igualmente por acusador e acusado para que todas as partes tenham acesso a todos os termos e atos do processo. Já a ampla defesa é o direito exclusivo do acusado em trazer ao processo todos os elementos necessários para o esclarecimento da verdade⁷².

Na opinião de Ada Pellegrini Grinover:

Num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – a informação e a possibilidade de reação – não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa. Mas, de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. Isto porque a defesa representa, na realidade, um aspecto integrante do próprio direito de ação, quais face e verso da mesma medalha, até porque não se pode falar em ação senão com relação à defesa, baseando-se a atuação de ambas as garantias sobre componentes idênticas.⁷³

Para Alexandre de Moraes:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igualmente direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.⁷⁴

Por sua vez, Portavona aponta diferenças no que tange a disponibilidade do direito de ampla defesa e do contraditório:

O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – tal como o direito de ação – tem o direito de não se defender. Optando pela defesa, o faz com plena liberdade.

⁷¹ SOUZA, Artur César de. **Contraditório e revelia**. São Paulo: RT, 2003, p. 136. *apud* GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 44.

⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 287.

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio:Forense Universitária, 1990. p. 4 -5.

⁷⁴ PORTANOVA, Ruy. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 125.

Seguindo a mesma linha doutrinária, Mesquita registra que “entendemos que o contraditório é que possibilita a ampla defesa. O réu somente poderá apresentar uma contestação, por exemplo, após sua citação”. E conclui salientando que “pode ser afirmado que o contraditório proporcionou a ampla defesa, mas esta é faculdade do réu. Em outras palavras, a informação é obrigatória, mas a reação, esta é facultativa”⁷⁵.

Pelo aporte doutrinário realizado, verifica-se que nenhum dos autores está equivocados, todos têm uma certa dose de razão. Contudo, Portanova e Mesquita diferenciam com mais precisão a ampla defesa do contraditório. E o fazem de uma maneira muito simples, porque dizem que o contraditório é obrigatório, significando o direito de informação, enquanto a ampla defesa é facultativa, significando a possibilidade de reação. Os dois conceitos são estanques, mas, ao mesmo tempo, conexos, porque não adianta permitir a defesa se a parte não tem conhecimento dos atos processuais; de outro, de nada vale dar conhecimento dos atos processuais e não se possibilitar a defesa.

Outra importante manifestação vem do jurista Gilmar Ferreira Mendes, quando afirma:

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado "Anspruch auf rechtliches Gehör" (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar. Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas.⁷⁶

Apesar de não possuir natureza principiológica, em nome do direito de informação, do direito de manifestação, e do direito de ver seus argumentos

⁷⁵ MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípio do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 186-187.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 289.

considerados, o contraditório foi inserido pela doutrina no campo dos princípios devido à necessidade de afirmação dos direitos processuais para a efetivação do processo legal. Dinamarco sustenta que a amplitude do significado do contraditório pode ser traduzida pelo binômio informação e reação, eis que “o contraditório significa, de um lado, a necessária informação dos atos do processo às partes e, de outro, a possível reação destas aos atos desfavoráveis. Reação possível”⁷⁷.

Por outro lado, o contraditório não pode ser visto tão somente no seu aspecto de oposição ou resistência, mas também como possibilidade de agir ativamente sobre o desenvolvimento e o êxito do juízo. Nesse sentido, para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o contraditório tem de ser visto de uma nova maneira, pois “não significa apenas o debate das questões entre as partes, mas o concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição”⁷⁸.

Diante disso, tem-se que a ampla defesa tem natureza jurídica principiológica, sendo o contraditório o meio de sua efetividade, que, por sua imprescindibilidade para efetivação da democracia, ambos receberam igual guarida constitucional como direito fundamental.

2.1.2 A amplitude e temporalidade do direito de defesa

Estabelecidos os conceitos e fundamentos que demonstraram a dimensão e a importância do instituto do direito de defesa na sociedade, sem medo do engano, podemos concluir, até agora, que o direito de defesa é um valor ético e moral que, por sua importância, se insere como uma pedra fundamental no Estado de Direito, tendo sua eficácia plena após a positivação no ordenamento jurídico, resultando, portanto, em um direito fundamental.

Concluimos, também, que o direito de defesa é direito subjetivo do homem em defender-se de qualquer ameaça mediante uso de meios legítimos, compreendido pela soma da ampla defesa, de natureza material, com o contraditório, tido com a ferramenta processual necessária para a perfectibilização de tal direito.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3d. São Paulo: RT, 1986, p. 88. *apud* GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45.

⁷⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 273.

Para finalizar a compreensão do direito de defesa, passaremos a analisar a amplitude e a temporalidade do exercício deste direito. Assim, atingiremos o propósito desta pesquisa tão somente após dimensionarmos como a ampla defesa se torna verdadeiramente ampla, bem como, qual seria o tempo devido para o seu regular exercício.

Ao abordar a ampla defesa na processualidade democrática, Clenderson Cruz argumenta que a amplitude da defesa, considerada pelo autor como *ampla defesa plena*⁷⁹, se verifica a partir da conjunção duas premissas: a) estar diante de um juízo democrático; e b) a ordinariedade procedimental ser a regra processual⁸⁰.

Estar diante de um juízo democrático significa estar diante de um juiz que se encontra na órbita lógico-jurídica do juízo de direito, lançando mão de fundamentos decisórios marcados pela exauriência argumentativa. É estar diante de um juízo que interpreta a atividade jurisdicional como uma atividade-dever do Estado, e não como um poder discricionário, central e supremo⁸¹.

A ordinariedade procedimental significa estar diante de ritos processuais que garantam adequadas oportunidades de manifestação e defesa. Pode-se cogitar que somente há fruição plena da ampla defesa por meio de uma procedimentalidade que afaste estruturas genéricas ou sincréticas, que adotem a ordinariedade dos atos em detrimento da sumarização processual⁸².

Temos, portanto, que a ampla defesa tem ligação direta com seu exercício no processo, reclamando, para tanto, um juízo democrático e uma estrutura procedimental ordinária.

2.1.3 A classificação do direito de defesa

Como visto, o direito de defesa é uma condição natural de sobrevivência do homem, existindo muito antes de qualquer construção lógico-jurídica humana. Obviamente que o instituto sofreu alterações e aperfeiçoamentos, emergindo contemporaneamente para aquilo que compreendemos como ampla defesa plena.

⁷⁹ CRUZ, Clenderson. **A ampla defesa na processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 164.

⁸⁰ *Ibidem*, loc. cit.

⁸¹ E tem de dar cumprimento aos direitos fundamentais no processo[...] in *Ibidem*, p. 165.

⁸² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 283.

Neste ponto, é conveniente situarmos o direito de defesa de acordo com a amplitude de seu exercício, que será de fundamental importância para melhor classificarmos a incidência desta garantia nos mais célebres julgados sob a égide do sistema processual penal inquisitivo.

Em uma incursão minuciosa no referencial teórico já trazido na presente pesquisa, podemos classificar o direito de defesa em quatro fases distintas: a) a garantia natural de defesa; b) a garantia fundamental de defesa; c) a ampla defesa contida; e d) a ampla defesa plena.

A garantia natural de defesa é o conceito bruto e minimalista defendido por Alex Carocca Perez, que, de maneira franca e clara, justifica a defesa como um fenômeno anterior, e, portanto, não necessariamente vinculado ao direito positivo⁸³. É um valor ético e moral que demonstra o instinto natural do homem em responder a uma ofensa, razão pela qual é tratada como uma garantia, pois independe de positivação.

Apesar de inerente desde as épocas remotas, a garantia natural do homem em defender-se passou por milhares de regulamentações nos mais variados ordenamentos jurídicos por meio das eras. Ao receber cunho normativo, o direito passou a se tornar *garantia fundamental de defesa*⁸⁴. Aqui faz-se mister um cuidado especial, pois, como visto, é impossível dissociar o direito de defesa do princípio do contraditório⁸⁵, pois o último diz respeito à informação dos atos necessários para se tornar possível o exercício do primeiro.

Infere-se o prefixo *ampla* ao direito de defesa que, além de estar positivado e comungado com o princípio do contraditório, tem como característica o somatório das características pautadas no capítulo anterior, que são: estar diante de um juízo democrático e a ordinariedade procedimental ser a regra processual. Entretanto,

⁸³ PEREZ, Alex Carocca. **Garantía Constitucional de La Defensa Procesal**. Barcelona: JMB, 1998, p. 14.

⁸⁴ Segundo Domineque Rousseau, os direitos fundamentais, entre eles o direito de defesa, seriam a positivação de valores inerentes ao Estado de Direito, tais como a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão, entre outros. ROUSSEAU, Dominique. **Droits fondamentaux, expression du principe de dondamentalité. Dictionneire de la justice** Paris: Presses Universaires de France, 2004, p. 374. *apud* FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007, p. 130.

⁸⁵ Na linha defendida pelos juristas Gil Ferreira de Mesquita, Ada Pellegrini Grinover, Ruy Portanova, Helena de Toledo Coelho, demonstrado nas páginas 31-33.

quando não há presença de um juízo democrático, tem-se que estamos diante da ampla defesa contida⁸⁶.

A *garantia natural de defesa* é um valor jusnaturalista que existe antes de qualquer concepção jurídica, diz respeito ao direito do homem de repelir qualquer agressão. A *garantia fundamental de defesa* é a positivação da garantia nos ordenamentos jurídicos, que só existe na presença do contraditório.

Ampla defesa contida é, portanto, a garantia de defesa positivada, com a presença do contraditório, que possui um conjunto de normas procedimentais ordinárias, mas que não está diante de um juízo democrático. Por fim, a *ampla defesa plena* conta com todas as características da ampla defesa contida, com a exceção de que o juízo é pautado pelos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

2.2 A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ COMO LIMITE AO DIREITO DE DEFESA

Com tudo o que já foi exposto, poderia questionar-se se, em tese, seria possível abuso em direito tão fundamental quanto o direito de defesa. Segundo Forster, “para a defesa, tudo é válido, desde que observados os limites da lei”. O autor aborda o tema com certa cautela, pois admite que o abuso de direito deve ser repellido, sem que jamais deixe de se observar que a efetividade da defesa passa por tencioná-la ao seu limite para atingir sua eficácia plena⁸⁷.

Como salienta Patrícia Carla de Deus Lima, “a mais séria objeção contra a noção de abuso do processo tem por fundamento a impossibilidade de limitação das garantias do contraditório e da ampla defesa”, no entanto, considera que:

Consagrar sem limites a garantia da ampla defesa, afastando a possibilidade de abuso em seu exercício, implica indiscutivelmente legitimar o comportamento de quem impede o pleno exercício do direito de ação. Isto é, para proteger o direito à ampla defesa coloca-se em situação de fragilidade o direito de ação.⁸⁸

Sobre abuso de direito, Forster ressalta que:

⁸⁶ Clenderson Cruz criou esta dissociação quando abordou os elementos que constituem a amplitude a ampla defesa. CRUZ, Clenderson. **A ampla defesa na processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 174.

⁸⁷ FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007, p. 329.

⁸⁸ LIMA, Patrícia Carla de Deus. **O abuso do direito de defesa no processo civil**. Revista Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril 2005, ano 30, n. 122, pp 101-103 e 107-108.

A teoria do abuso de direito atende, exatamente, ao princípio da liberdade humana, porque o que realiza é conter, nos limites do justo e razoável, o desvio do direito, protegendo, em consequência, o direito individual daquele contra qual o abuso foi cometido.

E acrescenta que:

O devido processo legal tem como conteúdo não apenas os princípios do contraditório e da ampla defesa. Tal conceito também abrange a duração razoável do processo, como aliás preveem avançados estatutos internacionais em vigor.⁸⁹

Conclui-se que se configura abuso do direito de defesa quando a parte se utiliza dos mecanismos que a lei coloca à disposição para desviar dos fins sociais perseguidos pelo processo, em que há uma clara e dolosa atitude no sentido de prejudicar a parte contrária.

A mais completa definição do abuso de direito de defesa é discorrida por Juan Carlos Molina, quando apresenta diversos entendimentos congruentes sobre o tema:

Para algunos autores, habrá abuso cuando el derecho subjetivo se ponga en ejercicio con el solo ánimo o intención de perjudicar. Para otros, cuando el titular obra con culpa o negligencia y causa un dano. Hay quienes opinan que se configura el abuso cuando se obra sin interés legítimo o cuando se violan los fines morales del derecho; o bien cuando se afectan o desconocen los fines sociales o económicos en miras a cuya consecución el legislador há concedido la facultade de que se trata. De esse modo se advierte que el concepto del abuso del derecho está intimamente vinculado con él critério que se acepte para determinar la existencia o inexistencia del acto abusivo.⁹⁰

No Brasil, e em praticamente qualquer lugar do mundo, reputa-se litigante de ma-fé aquele que provocar atos manifestamente infundados, interpor recursos com o intuito meramente protelatório, entre outros atos lesivos ao processo. Tratam-se de casos de ilicitude do ato processual em que há manipulação de instrumentos e incidentes processuais de modo a retardar o andamento do feito ou alterar o curso da instrução.

⁸⁹ FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007, p. 329.

⁹⁰ Para alguns autores, haverá abuso quando o direito subjetivo é exercido unicamente com o ânimo de prejudicar. Para outros, quando o titular causa um dano agindo com culpa ou negligência. Há quem opina que se configura abuso quando se opera sem intetesse legítimo ou quando se violam os fins morais do direito; ou quando eles afetam ou estão alheios à finalidade econômica e social dadas a ele pelo legislador. Deste modo vemos que o conceito de abuso de direito está intimamente ligado com o critério um critério aceitável para determinar a existência ou não de ato abusivo. MOLINA, Juan Carlos. **Abuso del derecho, lesión e imprevisión em la reforma del Código Civil**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1969, p. 13.

Segundo Nestor José Forsner, para condenação em litigância de má-fé, faz se necessário o preenchimento de três requisitos: 1) que à parte tenha sido oferecida a oportunidade de defesa; 2) que, diante desta oportunidade, a parte agiu dolosamente com o fito de obstruir a instrução ou protelar a ação; 3) e que desta ação tenha resultado prejuízo efetivo à outra parte ou ao processo⁹¹.

A apuração da litigância de má-fé não pode ser tão rígida que leve ao cerceamento do direito de defesa, nem tão liberal que desmoralize o instituto. Mas a prudência não pode levar à omissão do magistrado em punir a parte que age de má-fé em juízo. Importante ressaltar a posição de Pontes de Miranda sobre a matéria:

A liberdade de se defender em justiça é essencial à própria liberdade de pensamento e de ação, sem a qual a sociedade se envilece e regride. Onde a justiça falha, a infelicidade humana se insinua; onde se cerceia a defesa, estrangula-se a liberdade humana, antes mesmo que a justiça falhe. Assim, o abuso do direito processual só existe quando se compõem os seus pressupostos segundo o texto legal; e nunca se aprecia antes de ter produzido seus efeitos, porque então estaria a peneirar, liminarmente, a pretensão à tutela jurídica, a pretensão processual, a ação e a prática dos atos processuais.⁹²

Sem dúvida nenhuma, a condenação por litigância de má-fé é a limitação normativa do direito de defesa, isso se considerarmos a ampla defesa plena. Como visto, devemos, contudo, agir com ponderação para evitar que, em nome de uma celeridade exacerbada, sejam mitigados direitos fundamentais da humanidade.

A celeridade processual já era tema recorrente nos mais antigos ordenamentos jurídicos, desde o *Directorium Inquisitorium*, já havia expressa possibilidade de negar pedidos defensivos se fossem considerados protelatórios, confirmando a preocupação de Pontes de Miranda, que vê a celeridade processual e a ampla defesa uma rota por vezes colidente.

No terceiro e derradeiro capítulo deste trabalho, voltaremos a abordar o sistema penal inquisitivo, desta vez, fazendo uma clara divisão entre a Santa Inquisição e os tribunais seculares europeus, em que o enfoque será determinar se há presença do direito de defesa em seus ordenamentos, seja ele na forma de *garantia natural de defesa*, *garantia fundamental de defesa*, *ampla defesa contida* ou *ampla defesa plena*.

⁹¹ FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007, p. 331.

⁹² MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense: 1974, 1974, tomo I, p. 385.

3 O DIREITO DE DEFESA NO SISTEMA INQUISITIVO

Em uma incursão minuciosa na presente pesquisa, foram apresentados os três sistemas processuais penais difundidos na história, com a preocupação de serem definidos quais são os elementos fixos que determinam e delimitam a vigência de cada sistema. Em se tratando de sistema inquisitivo, conclui-se que seus elementos fixos são: a prescindibilidade do acusador ser diferente do juiz, e pelo fato do processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz.

De outra banda, é importante ressaltar que o direito de defesa pode ser classificado em: *garantia natural de defesa*, *garantia fundamental de defesa*, *ampla defesa contida*, e *ampla defesa plena*⁹³.

Com todas as premissas bem estabelecidas, resta agora adentrar na seara principal da presente monografia, que é discorrer sobre os principais textos históricos presentes no sistema inquisitivo, para que, ao fim e ao cabo, identifique-se se houve ou não respeito ao direito de defesa, bem como, a sua classificação.

3.1 O DIREITO DE DEFESA NOS TRIBUNAIS ECLESIAÍSTICOS

A Idade Média desenvolveu-se a partir do fim do Império Romano, culminada pela legalização do Catolicismo pelo Imperador Constantino, pelo *Edito de Tolerância de Milão*, tal decreto concedeu à Igreja Católica amplo domínio como autoridade religiosa e política⁹⁴.

Entretanto, uma lacuna normativa se gerou em razão da derrocada Romana e insurgência Católica, de sorte que a igreja passou, a partir do século V, a compilar um robusto conjunto de normas e regulamentos colhidos dos mais variados povos europeus, uma vez que tais civilizações possuíam suas próprias leis⁹⁵.

⁹³ A *garantia natural de defesa* é um valor jusnaturalista que existe antes de qualquer concepção jurídica, diz respeito ao direito do homem de repelir qualquer agressão. O *direito de defesa* é a posituação da garantia nos ordenamentos jurídicos, que só existe na presença do contraditório. *Ampla defesa contida* é a garantia de defesa positivada, com a presença do contraditório, que possui um conjunto de normas procedimentais ordinárias, mas que não está diante de um juízo democrático. A *ampla defesa plena* conta com todas as características da ampla defesa contida, em que o juízo é pautado pelos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

⁹⁴ AGUIAR, Renan; MACIEL, José Fábio Rodrigues, **História do Direito**, 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.110/111.

⁹⁵ SANTOS, Rogério Dutra dos, **A institucionalização da Dogmática Jurídico-Canônica Medieval**, apud WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.183.

Este processo de organização metodológica e normativa perdurou por séculos, e a Igreja, de forma infrutífera, chegou à conclusão de que era impossível organizar um código de leis objetivas e processuais comuns para todos os povos. Portanto, a alternativa era a descentralização da justiça, isto é, a resolução dos litígios pelos senhores feudais, investidos de jurisdição pela fé, e aconselhados pelo clero⁹⁶.

No entanto, à medida que o poder da igreja crescia e se disseminava pelo continente europeu, passou a ser transferida a autoridade judiciária dos senhores feudais para os tribunais eclesiásticos, em que o litígio era julgado de acordo com o Direito Canônico, conforme leciona Rogério Dutra dos Santos⁹⁷:

Os cânones são regras jurídico-sagradas que determinam de que modo devem ser interpretados e resolvidos os vários litígios. Mais que regras, são leis, isto é, são verdades reveladas por um ser superior, onipotente, e a desobediência, muito mais que uma infração, é um pecado.

E conclui:

Os cânones são os desígnios de Deus, transformados em regras a serem seguidas sem questionamento pelos homens. O “cerco” dogmático começava a se formar. A partir daqui, inicia-se a história da sacralização do direito na Idade Média.

Estabelecida a legitimidade jurisdicional, a Igreja Católica passou a lançar mão de diversos expedientes como método inquisitório, que variava de acordo com a necessidade de aplicação da norma canônica.

Foi, então, que passaram a surgir por toda a Europa novas religiões e seitas, cuja existência desafiava a ampla reserva de poder que a Igreja Católica detinha à época. Como forma de combater a heresia e garantir a manutenção do Cristianismo, iniciou-se uma perseguição religiosa a todos os indivíduos que negavam a fé cristã como sendo a única e verdadeira palavra de Deus⁹⁸.

A lacuna normativa anteriormente identificada foi suprida com instruções e manuais dedicados à prática inquisitiva, com destaque aos clássicos *Directorium Inquisitorium*, de Nicolás Eymerich, e o *Malleus Maleficarum*, de Henrich Kramer e James Sprenger. Desta forma, o problema da inexistência de um procedimento

⁹⁶ CASTRO, Flávia Lages de, **História do Direito Geral e do Brasil**. 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p.126/127.

⁹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.184.

⁹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal**. 1 ed. 4 reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 11.

jurídico fora resolvido, e estes títulos se tornaram a fonte primária dos processos da Inquisição⁹⁹.

3.1.1 Inquisição Medieval – *Directorium Inquisitorium* e *Malleus Maleficarum*

Considerada a primeira manifestação do combate à heresia pela Igreja Católica, a inquisição medieval tem por início o ano de 1178, quando o Papa Alessandro III designou um cardeal de sua confiança para combatê-la na região de Languedoc, Sudoeste da França¹⁰⁰.

Para garantir a estrutura e a aplicação da norma divina, o Papa, por meio de diversas bulas, outorgou competência do poder inquisitorial a um inquisidor, este que, por sua vez, detinha todo o poder e a estrutura do tribunal eclesiástico, para, ao fim e ao cabo, processar e julgar os hereges¹⁰¹.

Por não se tratar de crimes, mas sim de heresias, a finalidade principal dos julgamentos era o arrependimento e a conversão do acusado ao Cristianismo. No primeiro momento, a pena máxima era o exílio, ao passo que somente alguns anos após a instauração da inquisição foi que se admitiu a pena de morte¹⁰².

Como visto, o processo canônico era regulamentado, principalmente, pelo *Directorium Inquisitorium* e o *Malleus Maleficarum*, que continham regras que disciplinavam desde a instauração do processo até sua conclusão.

O processo poderia ter seu início por três formas distintas, por meio da acusação, da denúncia, ou da investigação¹⁰³.

Sobre a acusação, era exigida a apresentação formal e clara, de sorte a viabilizar o direito à defesa do acusado¹⁰⁴. A ausência desta formalidade ensejava o direito ao recurso, que será mais bem explanado adiante.

⁹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 283.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 285.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 286.

¹⁰² *Ibidem*, p. 274.

¹⁰³ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores. Directorium Inquisitorium**. Revisto e ampliado por Francisco de La Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 105.

¹⁰⁴ O Manual dos Inquisidores propunha uma espécie de modelo de acusação, cujos termos curiosamente exemplificam uma denúncia feita contra Martinho Lutero, vejamos:

“Eu, Agostinho, fiscal da Santa Inquisição, acuso, diante do senhor Reverendo Inquisidor, o citado Martinho Lutero, de ter abandonado a fé católica e aderido à horrível heresia maniqueísta e outras heresias, sendo batizado no catolicismo e considerado por todos como católico. Acuso-o de pregar,

Recebida a apresentação formal da acusação, o inquisidor perguntava se o delator pretendia se apresentar como acusador ou se pretendia somente noticiar o fato, permanecendo, assim, na qualidade de delator. Caso pretendesse manter-se como acusador, esse se tornava o fiscal da inquisição, responsável pela prática acusatória juntamente com o próprio inquisidor¹⁰⁵.

Neste ponto, o inquisidor poderia também exigir a custódia em casa de detenção do acusado, uma forma arcaica da prisão cautelar, que, para ser decretada, necessitava satisfazer dois requisitos: se houvesse elementos que comprovassem uma grave suspeita ao acusado, somado ao perigo de fuga do acusado¹⁰⁶¹⁰⁷.

Importante destacar que ao acusador era aplicada a lei de talião, com isso, se não fosse demonstrada a veracidade da acusação, ao acusador, deveria ser aplicada a pena que seria dada ao acusado¹⁰⁸. Com o passar do tempo, esta norma caiu em desuso, uma vez que “*os atos criminosos das bruxas em conjunto com os demônios são praticados em segredo, e o acusador, por este motivo, pode não ter provas conclusivas do seu depoimento*”¹⁰⁹, este é o motivo pelo qual o juiz incentivava a prática da delação ao invés da acusação, pois, na primeira, a testemunha não estaria sujeito à lei de talião, diferentemente da segunda.

Caso a testemunha decida pela delação ao invés da acusação, procedia-se, então, a abertura do processo por denúncia, cujo titular da acusação era o próprio inquisidor. Este era seguramente o método mais comum, pois, como visto, garantia que nada aconteceria ao delator caso a denúncia resultasse em absolvição do denunciado¹¹⁰.

A respeito da instauração do processo por investigação, o *Directorium Inquisitorium* determinava o seguinte:

escrever, criar e afirmar vários dogmas heréticos, falsos, escandalosos e bastante suspeitos de serem compatíveis com as heresias acima citadas”. *Ibidem*, p. 107.

¹⁰⁵ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores. Directorium Inquisitorium**. Revisto e ampliado por Francisco de La Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 106.

¹⁰⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 292.

¹⁰⁷ Possivelmente um dos primeiros registros do que viria a ser o *fumus commissi delicti e periculum libertati*, presente no nosso ordenamento jurídico no Art. 312 do Código de Processo Penal.

¹⁰⁸ EYMERICH, Nicolau. *op. cit.* p. 105-106.

¹⁰⁹ KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras. Malleus Maleficarum**. 27. ed. Tradução de Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2015, p. 406-407.

¹¹⁰ EYMERICH, Nicolau. *op. cit.* p. 107.

Se não existir confissão espontânea, nem tampouco acusação ou delação, e sim boatos, numa determinada cidade ou região, de que alguém disse ou fez alguma coisa contra a fé ou em favor de hereges, neste caso, o inquisidor deverá investigar, não na instância de uma das partes, mas segundo suas próprias atribuições.¹¹¹

Trata-se, portanto, da instauração de processo de ofício pelo inquisidor, tornando claro que suas atribuições iriam muito além do mero julgamento.

A partir da instauração do processo, o procedimento deveria ser simples e célere, sem juízes ou advogados¹¹². Não havia debates orais, e tampouco eram permitidas apelações das decisões proferidas¹¹³.

Em um primeiro momento, o inquisidor procedia a oitiva das testemunhas acusatórias¹¹⁴, estas que, por sua vez, deveriam prestar juramentos antes do depoimento¹¹⁵. Também existia uma restrição específica aos inimigos mortais do acusado, caso em que o inquisidor deveria avaliar para que seja evitado o falso testemunho. Portanto, “o testemunho de inimigos mortais é desqualificado com *justeza*”¹¹⁶.

Após o depoimento das testemunhas acusatórias, era procedido o interrogatório do réu, cujo objetivo principal era a obtenção da confissão¹¹⁷. Importante destacar que o próprio *Directorium Inquisitorium* apresentava os dez truques para se obter a confissão dos hereges, bem como, os dez truques para neutralizar os subterfúgios que os hereges poderiam utilizar para evitar a confissão¹¹⁸.

Procedido o interrogatório do acusado, caso quisessem, poderiam apresentar testemunhas de defesa, desde que o intuito do arrolamento delas não se dê por mera procrastinação do processo. Outra forma de indeferimento das testemunhas de defesa

¹¹¹ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores. Directorium Inquisitorium**. Revisto e ampliado por Francisco de La Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 108.

¹¹² Havia uma exceção sobre a participação da defesa técnica e advogados: Quando nega o crime; quando há testemunhas a seu favor; ou quando pede para ser defendido, ainda que se ache que seja inocente ou teimoso, pecador inveterado ou cheio de maldade, ele pode se defender: ser-lhe-á concedida uma defesa jurídica. *Ibidem*, p. 137. *Ibidem*, p. 110.

¹¹³ Novamente o *Directorium Inquisitorium* apresenta uma exceção: Em alguns casos, o réu pode apelar para o Papa. [...]. A apelação será justa, se o inquisidor infringir a lei durante o processo (recusa a designar a defesa, aplicação da tortura sem avisar o bispo). Nessas situações só tem uma coisa a fazer: apelar para o Papa. *Ibidem*, p. 144.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 111.

¹¹⁵ KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras. Malleus Maleficarum**. 27. ed. Tradução de Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2015, p. 402-403.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 404.

¹¹⁷ EYMERICH, Nicolau. *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 119-126.

se dá quando, durante a oitiva das testemunhas acusatórias, o acusado tenha sido identificado por quatro ou mais testemunhas, neste caso, a defesa técnica é considerada inútil, e o inquisidor deverá, de pronto, declarar e executar a pena¹¹⁹.

Outra mudança importante identificada no sistema inquisitivo diz respeito à publicidade dos atos. Diferentemente do sistema acusatório, em que havia uma exposição pública da figura do acusador e de suas testemunhas, expondo-as a ameaças e pressões, no processo Eymerichiano, havia uma grande preocupação com o resguardo do acusador, portanto, o nome do acusador, das testemunhas de acusação e do próprio defensor do acusado era mantido em sigilo, “em outras palavras, a publicidade começou a ceder lugar ao segredo”¹²⁰. A violação do sigilo necessário era punida com a excomunhão do agente causador da infração¹²¹.

Eram admitidas as provas obtidas por meio de tortura, desde que houvesse contradições no depoimento do imputado, ou, ainda, mesmo que sem contradições, houvesse fortes indícios de culpabilidade. Como o interrogatório do acusado se dava após a oitiva das testemunhas, a tortura somente era utilizada no final do processo¹²², uma espécie de *ultima ratio probandi*.

Eymerich trata a tortura como uma espécie de sentença, que deve ser prolatada caso o Inquisidor e o Bispo considerem que, apesar da insuficiência das provas colhidas, o acusado estaria ainda escondendo algo.

Importante destacar que a própria Igreja Católica contesta a plena validade da prova obtida por meio da tortura, segundo Eymerich:

Se o inquisidor e o bispo acharem mesmo que o réu lhes esconde a verdade, então, devem mandar tortura-lo moderadamente e sem derramamento de sangue, lembrando sempre que a tortura é enganadora e ineficaz. Existem pessoas com o espírito tão fraco, que confessam tudo com o mínimo de tortura, mesmo os que não cometem nada. Outras, são tão obstinadas que não abrem a boca, independentemente da tortura que sofrerem.¹²³

¹¹⁹ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores. Directorium Inquisitorium**. Revisto e ampliado por Francisco de La Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 136.

¹²⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 291.

¹²¹ KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras. Malleus Maleficarum**. 27. ed. Tradução de Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2015, p. 418.

¹²² ANDRADE, Mauro Fonseca. *op. cit.* p. 292.

¹²³ EYMERICH, Nicolau. *op. cit.* p. 154.

Obtida a confissão do acusado, era, então, modificada a sentença e passava-se à condenação de acordo com a gravidade do delito. Entretanto, caso não se tenha obtida confissão, mesmo após o uso de todos os métodos de tortura, o inquisidor deverá prosseguir para a sentença de absolvição¹²⁴.

Importante destacar que o *Malleus Maleficarum* apresentava três modalidades de sentença, as interlocutórias, as definitivas e as perceptivas¹²⁵. A primeira diz respeito às questões incidentais do processo, que podem ser proferidas oralmente pelo inquisidor. As definitivas eram aquelas que tratavam especificamente do mérito do processo, ao passo que as perceptivas cuidavam as questões administrativas proferidas por autoridades inferiores. Como visto anteriormente, à exceção de casos de descumprimento processual por parte do inquisidor, a sentença era irrecorrível.

Na Inquisição Medieval, o direito à defesa não passava do exercício da *garantia natural de defesa*, pois, de fato, a norma restringia completamente os atos defensivos, e o sigilo imposto também dificultava o acesso à informação e a possível reação aos atos processuais.

3.1.2 Inquisição Espanhola: Instruções de Torquemada e de Valdés

Novamente sob a alegação de reprimir a heresia, mas com o cunho político de unificar o Estado, o Papa Sixto IV criou a inquisição espanhola em 1478, esta que, por sua vez, continuou contando com as lições processuais de Eymerich, Kraemer e Sprenger.

Entretanto, gradativamente, a inquisição espanhola foi rompendo com os desígnios anteriores da inquisição medieval, isto é evidenciado pela publicação das instruções de Torquemada e Valdés, que mudaram radicalmente a forma de disciplinar o processo inquisitivo¹²⁶.

¹²⁴ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores. Directorium Inquisitorium**. Revisto e ampliado por Francisco de La Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 155.

¹²⁵ KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras. Malleus Maleficarum**. 27. ed. Tradução de Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2015, p. 449.

¹²⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal**. 1 ed. 4 reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 11.

Dentre as principais mudanças propostas por Torquemada, destaca-se a criação de um promotor fiscal, que era um funcionário da inquisição responsável por oferecer sua *notitia criminis* ou acusação formal¹²⁷.

Conforme leciona Mauro Fonseca Andrade, o fiscal possuía legitimidade exclusiva de noticiar ou acusar, o que provocou a iminente distinção entre as funções de julgar e acusar, “festejada como o símbolo ou ícone do sistema acusatório, mas que, curiosamente, também estava presente no modelo processual representativo pela perseguição religiosa que foi considerada a mais rígida e sanguinária entre as inquisições que já existiram”¹²⁸.

Outra inovação foi a disponibilidade do fornecimento da defesa técnica caso o acusado assim desejasse, sendo que, caso o acusado não possuísse recursos para arcar com o gasto, os valores seriam suportados pelos bens outrora confiscados em outros processos, assim dispõe a Instrução nº 16:

E se o acusado pedir que lhe dêem advogado e procurador que lhe ajude devem lhe dar os inquisidores recebendo juramento na forma que tal advogado que ajudará fielmente a tal acusado alegando suas legítimas defesas e tudo que de direito houver lugar segundo a qualidade do delito sem procurar nem pôr embargos nem dilações maliciosas [...] e se for pobre lhe devem mandar pagar de outros bens confiscados.¹²⁹

Outra modificação importante trazida pelas instruções de Torquemada diz respeito à atuação do inquisidor. Aos inquisidores era proibido inquirirem outras testemunhas acusatórias a não ser aquelas arroladas pelo fiscal, ou seja, não podiam mais atuar como acusadores, mas sim se ater às provas produzidas pelos fiscais. A exceção era quando a prova era em prol do acusado, nestes casos, o inquisidor poderia fazer prova no sentido de desconstituir os termos da acusação¹³⁰.

¹²⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal**. 1 ed. 4 reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 35.

¹²⁸ *Idem*. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 300.

¹²⁹ *Idem*. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal**. 1 ed. 4 reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 34.

¹³⁰ *Idem*. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 311.

A publicação da decisão sempre se dava em praça pública, uma cerimônia chamada de auto de fé, que não raro era sucedida por festividades em comemoração à reparação do mal praticado¹³¹.

Destarte, passaram a colidir duas formas de conduta processual, a primeira postulada por Eymerich, e a segunda modificada por Torquemada. Entretanto, visando uniformizar os procedimentos inquisitoriais, Fernando de Valdés publicou suas instruções, que rompeu definitivamente com o modelo medieval.

A primeira grande mudança diz respeito à natureza jurídica da *inquisitio*, ou seja, da pesquisa preliminar de persecução criminal. Se até então esta fase era tida como processual, Valdés deixou claro que o processo só se inicia a partir da denúncia¹³², com isso, a *inquisitivo* passou a ser considerada como uma fase pré-processual ou administrativa¹³³.

A prisão cautelar do acusado era regra, sendo que, se não havia elementos suficientes para prendê-lo, tampouco deveria ser iniciado o processo, razão pela qual a instrução número quatro de Valdés determinava que se aguardasse o surgimento de novas provas que ensejassem a prisão do réu e o prosseguimento da denúncia com o recebimento da acusação¹³⁴.

Outra inovação é a obrigatoriedade de defesa técnica ofertada por advogado, independentemente do requerimento do acusado. Este advogado era um funcionário do Santo Ofício, que tinha como principal missão convencer o acusado a confessar seus delitos¹³⁵.

Por fim, Valdés também determinou que o segredo processual fosse obrigatório, perdendo, assim, seu caráter excepcional, como orientava Eymerich. Os motivos continuaram sendo os mesmos, ou seja, a proteção do acusador, do acusado e das testemunhas¹³⁶.

¹³¹ JIMÉNEZ ANSENJO, Enrique. **Inquisición**. in Nueva Enciclopedia Jurídica. Barcelona: Francisco Seix, 1997, p. 726-727. *apud* ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 305.

¹³² *Idem*. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal**. 1 ed. 4 reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 107.

¹³³ *Idem*. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 306. 294.

¹³⁴ *Idem*. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal**. 1 ed. 4 reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 102.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 108.

¹³⁶ *Idem*. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 309.

Como visto, as instruções de Torquemada e Valdés modificaram completamente o processo canônico, ampliando as garantias processuais, apesar de que, na prática, a inquisição espanhola foi a mais terrível e sanguinária entre as três existentes.

Apesar do silêncio dos atos e o sigilo processual ter imperado durante a Inquisição Espanhola, houve uma clara preocupação em positivar o direito ao exercício de defesa do acusado, nesse aspecto, temos que as Instruções de Torquemada e de Valdés evoluíram no sentido de promover o direito de defesa, passando da *garantia natural de defesa*, identificada na Inquisição Medieval, para se tornar uma *garantia fundamental de defesa*.

3.1.3 Inquisição Romana: O fim do sistema inquisitivo eclesiástico

A última manifestação da inquisição foi denominada inquisição romana, que se distinguiu das demais por ser mais branda e civilizada. Dentre as principais inovações, o cuidado com a prisão preventiva merece destaque.

Para o decreto de prisão preventiva, se exigia um exame cauteloso das provas existentes, dos testemunhos e do interrogatório do acusado. Era, portanto, admitido o princípio do *in dubio pro reu* quando identificado o cerceamento de defesa, uma vez que as provas obtidas eram sigilosas e desconhecidas do acusado¹³⁷.

Outra grande novidade foi o reexame necessário de todas as decisões, uma vez que, para que fossem consideradas válidas, as sentenças deveriam ser revisadas em Roma. Eram admitidas apelações contra as sentenças, que provocava o envio do processo e do próprio acusado para a capital italiana¹³⁸.

Como base legal, a Inquisição Romana valeu-se do *Directorium Inquisitorium*, com forte influência nas inovações trazidas por Torquemada e Valdés. Neste aspecto, destaca-se que ainda se mantinha o sigilo como regra, no entanto, a igreja passou a ofertar defesa técnica ao imputado que não possuía condições de pagar um defensor, o que a caracteriza como um sistema em que há *garantia fundamental de defesa*.

¹³⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 313.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 314.

3.2 O DIREITO DE DEFESA NOS TRIBUNAIS SECULARES

Com decisiva influência do direito canônico, o sistema inquisitivo surgiu como um modelo de persecução penal necessário para substituir o direito local proposto pelos senhores feudais, fazendo valer a supremacia absoluta da monarquia iniciada no final do século XIII.

Não se admitia mais a delegação do poder de repressão por se considerar que tamanha discricionariedade nas mãos de um particular acabava por tornar a realização da justiça muito dispendiosa, quando não acarretava na, tão indesejada, impunidade do autor do delito.

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

A primeira modificação diz respeito à mudança do foro competente para julgar, deixando de ser o do domicílio do acusado, que reforçava o direito local. Outra modificação foi a centralização do poder jurisdicional na figura do rei¹³⁹.

Obviamente, o rei não tinha condições de julgar todos os processos, portanto, o poder jurisdicional era delegado a terceiros de sua confiança, no entanto, o rei ainda mantinha a atividade da magistratura em grau recursal¹⁴⁰.

A manutenção do poder absoluto decorrente da implementação do sistema inquisitivo foi rapidamente difundida nos principais ordenamentos jurídicos europeus, em países como Espanha, Portugal, França e Alemanha¹⁴¹.

3.2.1 Espanha – As Sete Partidas

Por meio dos pensamentos do iluminado Alfonso X, o Sábio, o sistema inquisitivo chegou à Espanha com a publicação do *Libro de las Leyes*, que se tornou conhecido como *Las Siete Partidas*, no ano de 1263.

O objetivo era, claramente, reduzir o predomínio do direito local, com a unificação de procedimentos e de leis criminais, bem como definir os métodos de

¹³⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 314.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 315.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 316-337.

aplicação e administração da justiça, recepcionando na norma diversas características oriundas do direito canônico que, a esta altura, já se estruturava com as obras *Directorium Inquisitorium* e *Malleus Maleficarum*.

As Sete Partidas eram assim divididas: a) Primeira Partida: relação entre o Estado e a Igreja Católica; b) Segunda Partida: organização política e militar; c) Terceira Partida: constituição da justiça secular; d) Quarta Partida: normas sobre o casamento; e) Quinta Partida: regras sobre contratos; f) Sexta Partida: leis sobre a sucessão; e g) Sétima Partida: crimes e normas penais.

No âmbito do direito penal e, principalmente, seu processo, a Terceira e Sétima Partida apresenta as seguintes características:

O processo criminal se iniciava pela acusação, *notitia criminis* ou de ofício¹⁴². Sobre a legitimidade ativa, a Lei II da Sétima Partida assim determinava:

Acusar puede todo home á quien non es defendido por las leyes neste libro. Et aquellos que non pueden acusar son estos: la muger et el nino menor de catorce años et el alcalde, ó merino, ó el adelantado que tanga oficio de justicia. Otrosi decidimos que nos puede acusar á otro aquel que es dado por de mala fama, nin aquel á quien fuese probado que dixera falso testimonio ó que recibiera dineros por acusase á outro. [...] Otrosi, decidimos que home muy pobre que nos há valia de cincuenta maravedis, nos puede facer acusamiento.¹⁴³

A lei também determinava a forma da acusação, sendo que essa deveria ser dirigida ao juiz contendo o nome do acusado, o nome do acusado, bem como, crime cometido, com a descrição do local dos fatos. Ao receber a acusação, o juiz deveria, de pronto, avaliar se não se trata de uma acusação leviana e mal-intencionada, para, somente após esta avaliação, determinar a citação do acusado e o prazo de vinte dias para a resposta¹⁴⁴.

Citado da acusação formal, o acusado poderia se defender pessoalmente ou, ainda, nomear um defensor para rebater a acusações segundo as normas de direito esculpidas na Terceira Partida¹⁴⁵.

¹⁴² ALFONSO, Don. **Las Siete Partidas. Tomo III**. Madrid: La Imprenta Real, 1807, p. 519. Disponível em: <<http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T3.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁴³ Todos os homens que não são defendidos pelas leis deste livro podem acusar. Aqueles que não podem acusar são: as mulheres e as crianças de menores de 14 anos e aqueles que são oficiais da justiça. Outrossim, decidimos que não podem acusar a outro aquele que é conhecido por má-fama. Outrossim, decidimos que homem muito pobre que não possui ao menos cinquenta maravedis, não pode fazer acusamento. *Ibidem*, p. 521. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 527. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 383. Acesso em: 12 de junho de 2017.

Como meio de defesa, o acusado poderia negar o cometimento do delito apresentando razões de sua defesa, caso em que o julgador deverá deferir um prazo para que o defensor comprove sua tese.

As provas eram, basicamente, documentais, periciais e testemunhais¹⁴⁶, sendo admitida a tortura, inclusive das testemunhas, com a finalidade da persecução da verdade. Importante ressaltar que a lei não oferece distinção entre provas oferecidas por acusador e acusado, deixando a entender que todos os meios existentes, inclusive a tortura, poderiam ser utilizados por ambas as partes¹⁴⁷.

Consideravam-se provas documentais as cartas, escrituras e documentos oficiais trazidos ao processo. Todos os documentos trazidos necessitavam de averiguação por parte do juízo, para que pudessem ser úteis ao processo¹⁴⁸.

Outra importante invocação das Sete Partidas foi a normatização da prova pericial, definida pela lei como Las Pesquisas¹⁴⁹. Trata-se de casos em que a complexidade da matéria necessita a análise e parecer de especialistas que, por seu notório saber, elaboravam pareceres e auxiliavam a justiça.

Apesar de não ficar claro qual seria o prazo para a produção das provas, a procrastinação do processo por parte da defesa também era algo que o julgador deveria se preocupar. Caso o juiz identificasse que a defesa está maliciosamente alongando o pleito, o magistrado deveria dar um *plazo perentorio*, que limitava a defesa a provar sua alegação até uma data fatal, sendo que o defensor constituído do acusado poderia sofrer sanções decorrentes de um alongamento malicioso do pleito¹⁵⁰.

Caso o prazo dado tenha sido insuficiente para provar a defesa, o juiz considerará vencida a acusação, e que “*si al plazo quel fuere puesto non podiere probar la defension, débele dar por vencido de la demanda*”¹⁵¹, trata-se, portanto, da clara presunção de culpa do acusado, consagrado pela expressão em Latim do *in dubio pro societate*.

Finalizado o processo, o juiz proferirá a sentença. A princípio, a sentença é irrecorrível, entretanto, a lei criou a figura do Agravo que poderá ser utilizado nas

¹⁴⁶ ALFONSO, Don. **Las Siete Partidas. Tomo II**. Madrid: La Imprenta Real, 1807, p. 506. Disponível em: <<http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T2.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 514. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 547. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 538. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 389. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 388. Acesso em: 12 de junho de 2017.

hipóteses em que a lei trata o juízo como *non valenderos*, são elas: a) a incompetência territorial do juízo; b) a suspeição do juiz; c) quando o juízo condena confessando estar em dúvida; d) quando o juiz age contrariamente às Sete Partidas; e) quando o juízo condena outra pessoa ao invés da pessoa acusada; e f) quando o juízo debruça-se sobre assunto que deveria ser julgado pela Igreja Católica¹⁵².

Em se tratando de direito de defesa, observa-se que o princípio do *in dubio pro societate* destoa do princípio do juízo democrático. Por outro lado, as Sete Partidas deixam claro que o processo não será sigiloso e que ao acusado era garantido o direito de saber o teor de sua acusação, o nome do acusador, e o direito de defender-se do que foi alegado.

Temos, portanto, que, no sistema inquisitivo secular espanhol, prevaleceu o direito de defesa na forma da *ampla defesa contida*, visto que o direito de defesa foi positivado e que foi previsto nele a garantia plena do contraditório, em que pese o juízo não ser, nem de perto, considerado democrático.

3.2.2 Portugal – Ordenações Afonsinas

As Ordenações Afonsinas, surgidas no século XV, compunham-se de cinco livros, compreendendo a organização judiciária, relações com a Igreja e o Estado, bem como, o processo civil e criminal. Foram elaboradas sob os reinados de D. João I, D. Duarte e Afonso V, sendo, por este último finalizado, razão pela qual recebeu este nome.

Diferentemente dos sistemas anteriores, o processo tinha início a partir das seguintes hipóteses¹⁵³: acusação, querela, *nottitia criminis*, de ofício, ou pela *correição*¹⁵⁴.

¹⁵² ALFONSO, Don. **Las Siete Partidas. Tomo II**. Madrid: La Imprenta Real, 1807, p. 664-665.

Disponível em: <<http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T2.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁵³ Apesar de terminologia bastante confusa, a redação do §5º do Título LXIII, do Livro II apresenta um rol taxativo de formas de início do processo: *Mandamos, e defendemos, que elles, nem seus Ouvidores, nem outros nenhuus por elles nom filhem conhecimento de nenhuus criminal feito per simples querela, nem per denunciaçom, nem per correioçom, nem per officio de justiça [...]*. UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Ordenações Afonsinas**. Livro II, Título LXIII, § 5, p. 397-398. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁵⁴ Sobre a *correição*, a parte final do artigo determina que o Corregedor que tomar ciência de malfeteiros deverá remeter ao juiz todas as querelas e acusações para que sejam processados. *Ibidem*, Livro I, Título XXIII, § 59, p. 144-145. Acesso em: 12 de junho de 2017.

A competência era determinada em razão do local dos fatos¹⁵⁵, sendo criada uma jurisdição comum para os feitos normais, e dos Corregedores da Corte, que eram responsáveis pela fiscalização dos processos e da atuação do juiz¹⁵⁶. Também faz mister ressaltar a figura do *Procurador de Noffos Feitos*¹⁵⁷, que representavam o poder central nos processos de natureza criminal.

No que toca a defesa do acusado, ressalta-se que as Ordenações Afonsinas vedavam o direito ao imputado em nomear defensor para os processos cuja a pena fosse de segregação da liberdade por um período de tempo, a exceção era apenas se o acusado já estava preso¹⁵⁸. Em crimes cuja pena era de flagelo, exílio ou morte, o acusado poderia nomear procurador para a sua defesa.

O contraditório era mitigado e limitado a determinados atos do processo, uma vez que não era obrigatória a ciência da acusação para o prosseguimento do feito e a persecução criminal. A despeito disso, anualmente, eram publicadas pelos juízes e pelos Corregedores a *inquisitio generalis*, uma espécie de citação por edital que afixava um prazo de dois meses para que o imputado respondesse as acusações, sob pena de revelia. Neste ponto, é importante ressaltar que as publicações eram, obrigatoriamente, por escrito, e que a grande maioria da população sequer sabia ler.

Era permitida, e também obrigatória¹⁵⁹, a prisão preventiva em determinados casos, especialmente em se tratando de acusações oriundas do próprio rei¹⁶⁰, nas lesões graves¹⁶¹, nos casos de heresia, traição, homicídios, incesto, estupro, falsificação, bruxaria e adultério¹⁶², e querela maliciosa¹⁶³. Por outro lado, admitia-se a liberdade provisória do imputado, que somente poderia ser determinada pelo juiz¹⁶⁴.

A despeito da prática da tortura como meio de prova, essa poderia ser determinada pelo juiz que, após examinar o conjunto probatório, estipulava a necessidade ou não do procedimento, fundamentando os elementos autorizadores

¹⁵⁵ UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Ordenações Afonsinas**. Livro II, Título LX, § 5º; p. 381-382; e Título LXIII, §3, p. 396. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁵⁶ *Ibidem*, Livro I, Título V, p. 37. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁵⁷ *Ibidem*, Livro I, Título VIII, p. 71. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁵⁸ *Ibidem*, Livro I, Título VIII, p. 91. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁵⁹ O juiz que se deixasse de ordenar a prisão preventiva nos casos obrigatórios também deveria ser preso e punido. *Ibidem*, Livro V, Título LVIII, § 7º, p. 216-217. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁶⁰ *Ibidem*, Livro V, Título LVIII, §1º, p. 212-213. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁶¹ *Ibidem*, Livro V, Título LVIII, §§3º e 5º, p. 213-214. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁶² *Ibidem*, Livro V, Título LVIII, §13, p. 219-220. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁶³ *Ibidem*, Livro V, Título LVIII, §14, p. 220-221. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁶⁴ *Ibidem*, Livro V, Título LXII, p. 255. Acesso em: 12 de junho de 2017.

para a sua realização¹⁶⁵. O acusado poderia apelar da decisão que determinasse o emprego deste meio de prova, caso em que as razões eram obrigatoriamente recebidas pelo juízo e processadas antes da realização do ato¹⁶⁶.

De modo geral, quando as partes podiam por meio da apelação e do agravo buscar a reforma das decisões que porventura tenham lhe prejudicado¹⁶⁷. Também existia a apelação de ofício, uma espécie de reexame necessário das sentenças decorrentes de processos relacionados a fatos graves¹⁶⁸.

Apesar de ser considerado um ordenamento jurídico bastante rígido para com as garantias do imputado, as Ordenações previam o respeito ao princípio do *ne bis in idem*, que proibia que um acusado absolvido pudesse voltar a ser acusado pelo mesmo delito¹⁶⁹.

Em matéria de direito de defesa, a legislação lusitana demonstrava que ali existia a *garantia fundamental de defesa*, uma vez que a previsão ao exercício de defesa estava positivada no ordenamento jurídico daquele Estado. Por outro lado, não havia ampla defesa, pois o contraditório, por vezes, era suprimido, impedindo o imputado de sequer ter ciência do que estava sendo acusado.

3.2.3 França – Ordenança de 1670

Também chamada de *Code Louis*, uma homenagem a Luis XIV, a Ordenança de 1670 é considerada como a lei que melhor representou o sistema inquisitivo romano-canônico no ordenamento jurídico francês. Dentre as suas principais características, estava a consolidação das Ordenanças de 1254, 1498 e 1539, e a unificação da justiça real, suprimindo as competências senhoriais¹⁷⁰.

Foi a partir do *Code Louis* que as normas processuais se unificaram, os tribunais e procedimentos foram regulamentados, e o sistema inquisitivo se consolidou definitivamente.

¹⁶⁵ UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Ordenações Afonsinas**. Livro V, Título LXXXVII, §4º, p. 327-328, e Livro I, Título XXIII, § 42, p. 134-135. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁶⁶ *Ibidem*, Livro V, Título LXXXVIII, §1º, p. 330-331. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁶⁷ *Ibidem*, Livro I, Título XXV, p. 155, e Livro II, Título LXIII, §4º, p. 396-397. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁶⁸ *Ibidem*, Livro I, Título XXIII, §§21 e 61, Título XXV, §1º, p. 127, 145-146, 155. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁶⁹ *Ibidem*, Livro V, Título CI, §1º, p. 359-360. Acesso em: 12 de junho de 2017.

¹⁷⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 327.

A exemplo das demais legislações, o processo se iniciava de ofício, por *notitia criminis*, ou por meio da acusação, que passou a ser pública¹⁷¹. O processo estava dividido em duas partes, uma preparatória e outra decisória¹⁷².

A fase preparatória é a única em que se admitia a intervenção do acusado por meio da defesa constituída¹⁷³, em que podia arrolar testemunhas e memoriais defensivos, com o fito de formular questões a serem perguntadas pelo juiz nas audiências. Muitos dos interrogatórios eram feitos de forma sigilosa, apenas na presença do juiz e do escrivão, razão pela qual o Código obrigava o magistrado a realizar perguntas atinentes à acusação e à defesa¹⁷⁴.

A tortura era admitida apenas com o fito de obtenção da confissão, nos crimes cuja pena era de morte, desde que as provas obtidas fossem insuficientes para a condenação. Entretanto, a insuficiência de prova promovia uma desclassificação do delito, podendo o magistrado condenar a penas pecuniárias ou a outras formas de punição¹⁷⁵.

Ao final da fase preparatória, a acusação e a defesa apresentavam suas razões finais aos juízes, estes que, por sua vez, instauravam a fase decisória, com a leitura de todas as peças e tudo o que mais foi produzido ao longo da instrução criminal. Também era procedido um último interrogatório do acusado, em que deveria, de modo pessoal e direito¹⁷⁶, expor a sua defesa e suas justificativas. Após isto, o processo estava pronto para ser julgado.

As partes inconformadas com a decisão poderiam apelar livremente, outra importante inovação do *Code Louis* com relação às demais normas de direito existentes na Europa.

Apesar de robusto e bastante completo, o *Code Louis* foi bastante duro para com a pessoa do acusado. Pouquíssimas oportunidades de defesa e um precário

¹⁷¹ Uma das principais inovações foi a criação da figura do Procurador do Rei, cuja função era atuar como fiscal dos trabalhos do juiz, bem como ser o responsável por prover a acusação. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 328.

¹⁷² PICARDI, Nicola. GIULIANI, Alessandro. **Code Louis, Ordennace Criminelle, 1670. Testi e Documenti per la Storia del Processo**. Milano: Giuffré, 1996, t.II.

¹⁷³ ESMEN, A. **Histoire de la Procédure Criminelle em France et Spécialement de la Procédure Inquisitoire depuis de XIII Siècle Jusqu'a Jours**. Paris: Larose, 1882. p. 332-333, in PICARDI, Nicola. GIULIANI, Alessandro. **Code Louis, Ordennace Criminelle, 1670. Testi e Documenti per la Storia del Processo**. Milano: Giuffré, 1996, t.II, p. X.

¹⁷⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. *op. cit.*, p. 330.

¹⁷⁵ *Idem*, *loc. cit.*

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 329.

acesso aos documentos que instruíam as acusações. Para os pobres, a investigação era silenciosa e unilateral, para os ricos, a defesa era amplamente exercida dentro e fora dos tribunais¹⁷⁷.

A regra era a defesa pessoal, sendo que, na grande maioria dos interrogatórios, a pessoa não podia estar presente para se defender, pois estava presa. O rigor judicial do *Code Louis* foi tamanho que estavam proibidos de serem publicadas quaisquer críticas ao seu teor – uma vedação que evitava que os críticos expusessem seus defeitos¹⁷⁸.

Neste diapasão, identifica-se que, em matéria de direito de defesa, no sistema inquisitivo francês, observava-se a *ampla defesa contida*, pois somavam-se os fatores: direito positivado e respeito, ainda que mitigado, ao contraditório¹⁷⁹.

3.2.4 Alemanha – Carolina

O sistema inquisitivo comum chegou ao Império Germânico por meio da *Wormser Reformation*, em 1498. A essa altura, o Império estava fragmentado e enfrentando sérios problemas políticos, sociais e judiciais, a solução para os problemas passava por uma unificação das leis do império, a uniformização dos procedimentos e, diferentemente dos demais Estados nos quais prevaleceu o sistema inquisitivo, a normatização do poder jurisdicional local¹⁸⁰.

Posteriormente, a legislação foi sucedida pela *Contitutio Bambergensis*, em 1507, sendo que este texto foi a fonte inspiradora para a mais importante obra jurídica

¹⁷⁷ A defesa fora dos tribunais consistia muitas vezes em subornos aos oficiais e aos escrivães para que o acusado tivesse acesso aos documentos e aos depoimentos acusatórios. ESMEN, A. **Histoire de la Procédure Criminelle em France et Spécialement de la Procédure Inquisitoire depuis de XIII Siècle Jusqu'a Jours**. Paris: Larose, 1882. p. 344, in PICARDI, Nicola. GIULIANI, Alessandro. **Code Louis, Ordennace Criminelle, 1670. Testi e Documenti per la Storia del Processo**. Milano: Giuffré, 1996, t.II.

¹⁷⁸ *Ibidem*. p. 347.

¹⁷⁹ Apesar de bastante rígido, o *Code Louis* também prevê que o acusado deve ter ciência dos principais atos do processo, oportunizando conhecer a acusação, que é pública, e dela defender-se; a possibilidade de formulação de questões para que o magistrado inquiria as testemunhas; a apresentação de alegações finais por escrito aos juizes; a apresentação de alegações finais orais antes da sentença; e acesso ao conteúdo da sentença para que dela possa apelar.

¹⁸⁰ Ao contrário da maioria dos países que adotaram o sistema inquisitivo, a legislação alemã não centralizou o poder na mão do Imperador, pelo contrário, com a chamada *cláusula salvatória* (Art. 1º da Constituição Criminal Carolina) foi regulamentado como seriam recepcionados os interesses e costumes locais ao ordenamento jurídico e à justiça criminal. Isso se deu para tornar mais fácil a recepção da norma por parte dos vários reinos que formavam o Império Germânico. UNIVERSIDADE DE OREGON. **Constitutio Criminalis Carolina**, disponível em inglês no site da universidade: <<http://pages.uoregon.edu/dluebke/Witches442/ConstitutioCriminalis.html>>. Acesso em 12 de junho de 2017.

do sistema inquisitivo germânico, a *Constitutio Criminalis Carolina*, ou, simplesmente, *Carolina*¹⁸¹.

Em seu preâmbulo, a norma já apresentava diversas características que destoavam das demais leis da época, pois apresentava conceitos de equidade, de proteção aos inocentes e aos acusados, e de engajamento de todos aqueles que possuem maior compreensão das leis, estabelecendo o bem-estar social, vejamos:

Do publicly declare, that whereas according to old custom and tradition of the Roman Empire of the German Nation as carefully confided to us through our and the holy Empire's Electors, Princes, and other Estates, most criminal courts are staffed with persons who have not studied, had experience with, or exercised our Imperial law. And that therefore in many places proceedings are often contrary to law and reason, and either the innocent are punished and killed or the guilty reprieved, dismissed and set free through irregular, deceitful, and protracted proceeding with great disadvantage to criminal complainants and to the common weal. And that, according to long-established usage in German territory in these matters, the criminal courts in many places cannot be staffed with legally knowledgeable, experienced and practiced persons.

Therefore we, together with our Electors, Princes and Estates have deigned to command several learned, thoroughly experienced persons to make a summary, assembled in a form which we have ordered to have printed, of how and in what manner judicial proceedings in criminal cases ought best to be conducted according to law and equity; in order that from henceforth all and each of our and the Empire's subjects can in penal matters—in consideration of the enormity and hazardousness of the same—follow the above-mentioned summary, in accord with the common law, equity, and honored customary usage [...]¹⁸².

¹⁸¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 331-332.

¹⁸² Tradução nossa: declaramos publicamente que, de acordo com os antigos costumes e tradições do Império Românico na Nação Germânica, como cuidadosamente confiou nossos eleitores do Império Sagrado, Príncipes e outros Estados, que muitos tribunais criminais são dotados de pessoas que não estudaram, tiveram experiência, ou exercido nossa Lei Imperial. E que, portanto, em muitos lugares, procedimentos são frequentemente contrários à lei e à razão, quer os inocentes são punidos e mortos ou os culpados tolerados, dispensados e postos irregularmente em liberdade, por meio de um enganador e prolongado processo ilegal, com grande desvantagem aos queixosos criminais e ao povo comum. E que, de acordo com o que está longamente estabelecido no território alemão nestas questões, os tribunais criminais em muitos lugares podem não serem compostos por conhecedores das leis, experientes e praticados.

Portanto, nós, juntamente com os nossos eleitores, Príncipes e Estados, designamos várias pessoas bem experientes para fazer um resumo, organizado na forma em que deverá ser impresso, de como e de que maneira os processos judiciais criminais deveriam conduzidos, de acordo com a lei e equidade; a fim de que a partir de agora todos e cada um dos nossos e súditos do Império podem em matéria penal – em consideração da enorme periculosidade do mesmo – seguir o resumo acima mencionado, de acordo com a lei comum, equidade e a honra costumeira [...]. UNIVERSIDADE DE OREGON. **Constitutio Criminalis Carolina**, disponível em Inglês no site da universidade: <<http://pages.uoregon.edu/dluebke/Witches442/ConstitutioCriminalis.html>>. Acesso em 12 de junho de 2017.

Observa-se que a norma preocupou-se em estabelecer ritos e fórmulas padrões para os atos processuais, que firmavam uma forma preestabelecida de acusação, de defesa e de sentença¹⁸³.

Mauro Fonseca Andrade destaca que havia dois ritos processuais, o primeiro que denominou de rito comum¹⁸⁴, com a seguinte ordem: a) instauração do processo; b) acusação pública, oral e protocolar; c) defesa igualmente pública e também na forma de protocolo; d) investigação preliminar; e) apreciação mínima das provas para que, caso haja *indicação legalmente suficiente de crime*¹⁸⁵, passe para o interrogatório do acusado; f) instrução do processo com a tomada dos depoimentos das testemunhas; g) exposição do processo e o debate pelas partes; e f) sentença.

Também havia a possibilidade de um julgamento sumário, sem a necessidade da instrução processual, nos casos de crimes em que a pena era corporal e o imputado confesso, ou, ainda, quando o acusado foi pego no flagrante delito, vejamos:

¹⁸³ Para ilustrar, destacamos o Art. 90, que trata-se de uma resposta que o advogado do imputado deve dar caso o acusado tenha confessado o crime, ou caso há provas suficientes para a sua condenação: § 90. *When the accused has previously confessed the crime in an incontrovertible manner, or it has been sufficiently proved of him, then he may do nothing other than plead for mercy or let it be pleaded for him; when, however, he does not confess or when he admits the alleged deed but brings forward thereto the sort of grounds by which he hopes to be exculpated from penal sanction, then he shall have pleaded through his advocate as hereafter follows. Further: where in the now following article a "B" stands, the accused shall be succinctly named and understood; where "A," the complainant; and where "C," the crime complained of.* "Lord judge: B, the accused, responds to the alleged crime of C, which it has been alleged through A as complainant that he is said to have committed, in every detail as he has previously responded and has sufficiently adduced. And he prays that you earnestly judge all the proceedings and writings relative to the said complaint and relative to the response in the manner in which all that has heretofore been sufficiently brought out and brought forward in the estimable and lawful criminal courts ordinance of Emperor Charles V and of the Holy Empire; and he prays that on the basis of his revealed innocence he be declared innocent with final judgment of the law, together with reimbursement of the court costs incurred, and that the complainant, in accord with this imperial criminal courts ordinance, be bound to final process before the (as above indicated) regarding punishment and compensation. Further: when the designated advocate cannot make this aforementioned response and plea orally, he may submit it to the court in writing and say the following: "Lord judge: I ask that you might let your scribe read out the response and plea of the accused from the sheet of paper submitted."

UNIVERSIDADE DE OREGON. **Constitutio Criminalis Carolina**, disponível em inglês no site da universidade: <<http://pages.uoregon.edu/dluebke/Witches442/ConstitutioCriminalis.html>>. Acesso em 12 de junho de 2017.

¹⁸⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 334.

¹⁸⁵ A *indicação legalmente suficiente de crime* é um importante conceito jurídico trazido pelos artigos 18 e 19 da Constituição Criminal Carolina, o primeiro trata do poder discricionário do juiz em identificar quando há ou não os indicativos, ao passo que o segundo estabelece o que vem a ser tais indicativos: § 19. *Where hereafter we discuss "legally sufficient indication," we intend thereby also to have consistently meant legally sufficient signs, suspicion, and presumption, and therefore we drop the residual words. That no one shall be examined under torture without legally sufficient indication.* UNIVERSIDADE DE OREGON. *op. cit.*, Acesso em 12 de junho de 2017.

§ 10. When, however, on account of a sufficiently undoubted crime, someone is convicted and found guilty and is finally to be punished on body or limb according to this our and the Holy Empire's ordinance by the authorities acting *ex officio*; that is, when the said penalty comprises neither death nor perpetual imprisonment, the sentencing to this penalty shall be in accord with Article 196; and the same applies when someone has been caught in the act.¹⁸⁶

Acusado e acusador tinham direito à nomeação de um advogado, que poderá representá-los nos tribunais, apresentar argumentos, pedir diligências, e tudo mais que fosse necessário para comprovar a culpa ou a inocência do imputado. Em se tratando de defesa, as diligências solicitadas eram executadas pelo juiz, este que, muito embora pudesse dar início ao processo, deveria atuar como se fosse o próprio defensor¹⁸⁷.

A tortura era admitida como meio de obtenção da confissão, e, neste aspecto, a lei fazia clara a distinção entre ricos e pobres¹⁸⁸. Para que pudesse ser utilizado este meio de prova, três requisitos deveriam ser satisfeitos: a) o crime deveria ser punível com pena de morte; b) deveria existir a chamada indicação legalmente suficiente de crime; e c) a tortura deveria ser empregada com métodos que permitissem a recuperação corporal da lesão sofrida¹⁸⁹.

A exemplo de todos os atos do processo, a sentença era pública e seguia uma fórmula pré-estabelecida¹⁹⁰. Em regra, a sentença só existia quando havia um juízo de certeza sobre a culpa, em caso de condenação, ou de inocência, nos casos de absolvição. Onde havia margem para a dúvida, o procedimento previsto era a *consulta*, que consistia na remessa do processo a um conselho de magistrados que deveriam apontar a solução ao caso.

Ao contrário da maioria dos modelos analisados no sistema inquisitivo, não havia previsão de qualquer tipo de recurso destinado a reformar a sentença proferida.

¹⁸⁶ Tradução nossa: § 10. Quando, no entanto, ocorrer um crime de autoria suficientemente indubitável, e a finalidade for a punição do corpo ou membros, de acordo com o Portaria do Sacro Império, as autoridades agirão *ex officio*; ou seja, quando a referida prisão penalidade não compreender nem a morte nem perpétua, a condenação a esta penalidade deve ser de acordo com o artigo 196; e o mesmo se aplica quando alguém for pego em flagrante. UNIVERSIDADE DE OREGON. **Constitutio Criminalis Carolina**, disponível em inglês no site da universidade: <<http://pages.uoregon.edu/dluebke/Witches442/ConstitutioCriminalis.html>>. Acesso em 12 de junho de 2017.

¹⁸⁷ Ressalta-se que no Art. 88 existe uma clara obrigação do juiz prosseguir com a defesa do acusado caso o advogado abandone a causa. *Ibidem*. Acesso em 12 de junho de 2017.

¹⁸⁸ Assim como nos casos de prisão preventiva, o acusado poderia dispor de seus recursos como caução para evitar o cerceamento da liberdade e a produção deste tipo de prova.

¹⁸⁹ Art. 6º, Art. 8º, Art. 19 e Art. 20 *in fine*. *Ibidem*, Acesso em 12 de junho de 2017.

¹⁹⁰ Art. 104. *Ibidem*. Acesso em 12 de junho de 2017.

A enorme preocupação com a publicidade dos atos nos remete ao princípio do contraditório, que, em síntese, trata da informação que as partes devem ter de tudo o que foi produzido, para que dela possam, caso queiram, reagir. A norma igualmente tratou de prever o necessário direito de defesa do imputado, inclusive apresentando diversas fórmulas de como os documentos deveriam ser redigidos.

Neste sentido, identifica-se que, no sistema inquisitivo germânico, prevaleceu a *ampla defesa contida* como meio de defesa do acusado, uma vez que a tortura e a ausência de um duplo grau de jurisdição não coadunam para com um juízo democrático.

CONCLUSÃO

O estudo dos sistemas processuais penais nos remete a uma análise da própria história da humanidade, já que a lei penal, em especial a lei processual penal, sempre serviu de pano de fundo para encobrir as preferências ideológicas dos Estados ao longo do tempo.

Sistemas processuais penais, portanto, significam o conjunto de princípios e regras que, de acordo com o momento político de cada Estado, estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal. É, portanto, impossível dissociar o presente estudo com a realidade política de cada local investigado.

Isto provoca um problema bastante incorrente na dogmática jurídica, em especial a brasileira, que é o uso indiscriminado, e, por vezes, equivocado, dos termos acusatório e inquisitivo. Inicialmente, tendemos a rotular como acusatório um determinado sistema inserido em um Estado liberal, no qual haveria suposto respeito às garantias do indivíduo, ao passo que resta ao termo inquisitivo tudo aquilo que desinteressa ao Estado Democrático de Direito, pois é mais fácil vinculá-lo a práticas jurídicas arbitrárias, ao invés de estudar com profundidade histórica o tema.

Por outro lado, alguns pesquisadores ainda dedicam-se em buscar a resposta nas fontes historicamente comprovadas, de sorte a filiar-me à corrente doutrinária que observa que os sistemas são, em verdade, formados por *elementos fixos* e *elementos variáveis* de natureza processual penal. A caracterização dos sistemas por este modo afasta o comprometimento ideológico de parte da doutrina, invoca a razão para que supere a emoção, para que possam ser cientificamente distinguidos.

O sistema processual penal inquisitivo está formado por dois *elementos fixos*, um de ordem principiológica e outro de ordem procedimental, que são, respectivamente: a prescindibilidade do acusador ser diferente do julgador, e pelo fato do processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz. Os demais elementos invocados pela doutrina (como, por exemplo, a questão do sigilo do processo, da inexistência do contraditório), são *elementos variáveis* deste sistema, pois alguns dos modelos inquisitivos analisados os consideraram prescindíveis ao longo de todo o seu processo, ou restringiram sua manifestação em determinadas ocasiões.

Considerando os *elementos fixos* acima apresentados, reunimos, no presente estudo, oito normas distintas e características do sistema processual penal inquisitivo,

com o fito de analisar o instituto do direito de defesa do acusado em cada um dos ordenamentos jurídicos pesquisados, que foram divididas da seguinte forma: a) *Directorium Inquisitorium, Malleus Maleficarum*, Instrução de Torquemada e Instrução de Valdés, como fonte histórica do sistema inquisitivo eclesiástico; e b) *Las Siete Partidas*, Ordenações Afonsinas, *Code Louis* de 1670 e *Constitutio Criminalis Carolina*, na vertente secular do sistema inquisitivo. Antes, porém, de verificar a incidência do direito de defesa nas fontes históricas, faz-se mister adentrarmos na seara teórica sobre o direito de defesa em si.

A expressão *defesa* está indissoluvelmente unida ao fenômeno jurídico *vingança*. É um impulso vital que tende a procurar a permanência do que está criado, frente às ações contrárias de quem pretende destruí-lo. Trata-se de um conceito que deriva do instinto de sobrevivência dos seres humanos, que leva a opor reações frente a qualquer ameaça contra sua própria integridade.

Esta constatação permite situar a origem do instituto como um fenômeno anterior e superior a qualquer configuração jurídica, demonstrando a ideia de que defesa é uma condição natural do homem, uma resposta a uma ofensa, que passa a ser um antecedente lógico e necessário ao exercício de defesa.

Ao analisar o direito de vingança, Kelsen estipulou que cada ação boa ou má deve seguir seu prêmio ou castigo, surge, portanto, o direito de defesa como um importante e poderoso instrumento como forma de prover a rigorosa e necessária proporcionalidade a esta punição.

Por representar valores inerentes do homem, o direito de defesa recebe a chamada *condição de fundamentalidade* e está essencialmente vinculado ao direito natural, acima e fora do direito positivo. Neste ponto, o direito de defesa é considerado como a primeira e mais precária proteção ao acusado, a simples *garantia natural de defesa*, pois nada mais é do que um valor ético e moral que demonstra o instinto natural do homem em responder a uma ofensa.

Tal condição é critério para aferir o grau de legitimidade do direito fundamental, que, por sua vez, só se constitui a partir da positivação no ordenamento jurídico. Ao receber cunho normativo, o direito de defesa passa a se tornar *garantia fundamental de defesa*. Conclui-se, portanto, que o direito à defesa é um direito natural que tem sua eficácia confirmada pela positivação na forma de direito fundamental.

Apesar de ser prescindível para a caracterização do direito de defesa, o contraditório se impõe como um importante elemento, alçado à condição de princípio,

para que o direito de defesa tenha efetividade, pois se trata do direito à informação de todos os atos do processo. Advém destes conceitos a ideia de que o contraditório é um instrumento jurídico-formal utilizado igualmente por acusador e acusado para que todas as partes tenham acesso a todos os termos e atos do processo, em se tratando de defesa, trata-se do requisito necessário para que essa possa ser considerada *ampla defesa contida*.

O direito de defesa somente adquire seus contornos modernos quando, em adição a todos os elementos anteriores, o processo é conduzido por um juízo democrático e com procedimentos ordinários, surgindo, portanto, a *ampla defesa plena*. Estar diante de um juízo democrático significa estar diante de um juiz que se encontra na órbita lógico-jurídica do juízo de direito, lançando mão de fundamentos decisórios marcados pela exauriência argumentativa ao passo que a ordinary procedural significa a existência de ritos processuais que garantam adequadas oportunidades de manifestação e defesa.

Com todas as premissas bem estabelecidas, em uma incursão aprofundada nos textos apresentados, afigura-se que, na Inquisição Medieval, o direito à defesa não passava do exercício da *garantia natural de defesa*, pois o *Directorium Inquisitorium* e *Malleus Maleficarum* restringia os atos defensivos, e o sigilo imposto também dificultava o acesso à informação e a possível reação aos atos processuais.

Já na Inquisição Espanhola, houve uma clara preocupação em positivar o direito ao exercício de defesa do acusado, apesar de manter o sigilo como regra, nesse aspecto, as Instruções de Torquemada e de Valdés promoveram o direito de defesa, passando a se tornar uma *garantia fundamental de defesa*. Regra esta que, inclusive, foi mantida durante a Inquisição Romana.

Em matéria de direito de defesa, a legislação lusitana comum, bem representada pelas Ordenações Afonsinas, demonstrava que ali existia apenas a *garantia fundamental de defesa*, uma vez que a previsão ao exercício de defesa estava positivada no ordenamento jurídico daquele Estado. Por outro lado, não havia ampla defesa, pois o contraditório, por vezes, era suprimido, impedindo o imputado de sequer ter ciência de que estava sendo acusado.

Já no sistema inquisitivo secular espanhol, consolidado pela lei das *Las Siete Partidas*, prevaleceu o direito de defesa na forma da *ampla defesa contida*, visto que o direito de defesa foi positivado e que foi prevista nele a garantia plena do contraditório.

Neste diapasão, identifica-se que, no sistema inquisitivo francês, se observava a *ampla defesa contida*, pois se somavam os fatores: direito positivado e respeito, ainda que mitigado, ao contraditório. Vale ressaltar que, apesar do contraditório ser suprimido em determinados atos, o *Code Louis* também prevê que o acusado deve ter ciência dos principais atos do processo, oportunizando conhecer a acusação, que é pública, e dela defender-se; a possibilidade de formulação de questões para que o magistrado inquiria as testemunhas; a apresentação de alegações finais por escrito aos juízes; a apresentação de alegações finais orais antes da sentença; e acesso ao conteúdo da sentença para que dela possa apelar.

Por fim, a *Constitutio Criminalis Carolina*, precursora do sistema inquisitivo germânico, observou a *ampla defesa contida* como meio de defesa do acusado, uma vez que há clara existência de procedimentos sumários que obstaculiza a plenitude da ampla defesa, bem como a tortura e a ausência de um duplo grau de jurisdição não condizem para com um juízo democrático.

Diante ao exposto, apontamos as seguintes conclusões: a) a análise do direito de defesa deve ser considerada um *elemento variável* de qualquer sistema processual, pois, como visto, ela varia de ordenamento a ordenamento; b) em se tratando de sistema inquisitivo, o direito de defesa alternou entre *garantia natural de defesa*, *garantia fundamental de defesa* e *ampla defesa contida*, demonstrando que nele havia espaço para normas com menor e maior proteção ao acusado; c) no sistema inquisitivo, não foi identificado a *ampla defesa plena*, entretanto, as diversas formas de preservação do direito de defesa observadas no sistema processual penal inquisitivo demonstram a possibilidade de equívoco de parte da doutrina que sequer o caracteriza como processo, por pressupor que nele não há garantia de defesa.

Ao analisar o sistema inquisitivo é importante adentrarmos na realidade histórica, política e religiosa vivida na época, que, para afirmar a soberania do poder do Rei e da Igreja Católica, se socorria aos mais variados métodos de autoafirmação, entre eles, o endurecimento das leis penais e seus respectivos procedimentos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Renan; MACIEL, José Fábio Rodrigues, **História do Direito**, 4^aed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALFONSO, Don. **Las Siete Partidas. Tomo II**. Madrid: La Imprenta Real, 1807. Disponível em: <<http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T2.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

_____. **Las Siete Partidas. Tomo III**. Madrid: La Imprenta Real, 1807. Disponível em: <<http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T3.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Processo penal, ação e jurisdição. São Paulo: RT, 1975, in RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Código de Instrução Criminal Francês de 1908**. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal**. 1 ed. 4 reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

_____. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

ARISTOTELES. **La Constitución de Atenas**. 3 ed. Tradução de Antonio Tovar. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2000.

_____. **Política. Livro II**. Coleção Los Clássicos de Grecia y Roma. Tradução de Manuela García Valdés. Madri: Gredos, 2000, v. 30.

AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal: Uma explicación baseada em la razón.** Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997, *in* RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Flávia Lages de, **História do Direito Geral e do Brasil.** 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo processo penal à luz da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRUZ, Clenderson. **A ampla defesa na processualidade democrática.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DINAMARCO, Cândido. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** 3d. São Paulo: RT, 1986, *in* GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa.** Curitiba: Juruá, 2012

ESMEN, A. **Histoire de la Procédure Criminelle em France et Spécialement de la Procédure Inquisitoire depuis de XIII Siècle Jusqu'a Jours.** Paris: Larose, 1882, *in* PICARDI, Nicola. GIULIANI, Alessandro. **Code Louis, Ordennace Criminelle, 1670. Testi e Documenti per la Storia del Processo.** Milano: Giuffré, 1996.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores. Directorium Inquisitorium.** Revisto e ampliado por Francisco de La Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal.** 5 ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillo Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2001.

FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa.** São Paulo: LTR, 2007.

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa.** Curitiba: Juruá, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JIMÉNEZ ANSENJO, Enrique. **Inquisición.** Nueva Enciclopedia Jurídica. Barcelona: Francisco Seix, 1997, *in* ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores.** 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

KELSEN, Hans. **A justiça e o Direito Natural.** Coimbra: Almedina, 2001.

KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras. Malleus Maleficarum.** 27. ed. Tradução de Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos.** 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LIMA, Patrícia Carla de Deus. **O abuso do direito de defesa no processo civil.** Revista Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril 2005, ano 30, n. 122.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípio do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MIRANDA, Pondes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense: 1974.

MOLINA, Juan Carlos. **Abuso del derecho, lesión e imprevisión em la reforma del Código Civil**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1969.

PAOLI, Ugo Enrico. **Studi sul Processo Atico**. Padova: Cedam, 1993, in ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora.

PEREZ, Alex Carocca. **Garantía Constitucional de La Defensa Procesal**. Barcelona: JMB, 1998.

PICARDI, Nicola. GIULIANI, Alessandro. **Code Louis, Ordonnance Criminelle, 1670. Testi e Documenti per la Storia del Processo**. Milano: Giuffré, 1996.

PORTANOVA, Ruy. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

POSNER, Richard A. **Droit em littérature**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, in FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007.

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

RICOEUR, Paul. **Le juste**. Paris: Éditions Esprit, 1995, *in* FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007.

ROUSSEAU, Dominique. **Droits fondamentaux, expression du principe de dondamentalité. Dictionneire de la justice** Paris: Presses Universaires de France, 2004, *in* FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007.

SANTOS, Rogério Dutra dos, **A institucionalização da Dogmática Jurídico-Canônica Medieval**, *in* WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SOUZA, Artur César de. **Contraditório e revelia**. São Paulo: RT, 2003, *in* GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba: Juruá, 2012.

UNIVERSIDADE DE OREGON. **Constitutio Criminalis Carolina**, Disponível em: <<http://pages.uoregon.edu/dluebke/Witches442/ConstitutioCriminalis.html>>. Acesso em 12 de junho de 2017.

UNIVERSISADE DE COIMBRA. **Ordenações Afonsinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

VARAUT, Jean-Marc. **Le procès de Nuremberg**. Paris: Perrin, 2002, *in* FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.